

MEMORIA JUSTIFICATIVA DEL PROYECTO DE DECRETO

“Por el cual se adiciona la Subsección 4, a la Sección 6, 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”

El presente escrito contiene el soporte técnico del decreto mediante el cual el Gobierno nacional adopta documentos tipo en desarrollo del 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.

1. 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 de la Administración 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

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”.

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 fundamento 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 y selección abreviada de obra pública que adelanta el mencionado sector. 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 y la Resolución 044 de 2020 de 14 de febrero de 2020, en ejercicio de la potestad de micro-regulación que le asiste como organismo técnico especializado y como ente rector del Sistema de Compra Pública.

1.1 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.

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 propuestas.⁴

De conformidad con los datos publicados en el SECOP II⁵, desde el año 2016 hasta el 2019, los procesos adelantados a través de la modalidad de concurso de méritos abiertos para la interventoría de los procesos de obra pública de infraestructura de transporte son 307, sin perjuicio de los demás procesos que no están publicados en esta plataforma. De estos procesos, dichas entidades celebraron 8 contratos en los cuáles sólo se presentó un único oferente. A continuación, se representan estos datos:

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

⁴ INVIAS, Visión de la nueva ley desde el sector público, 2018

⁵ Procesos de selección de concurso de méritos abierto para la interventoría de obra pública de infraestructura de transporte en el SECOP de 1 de enero de 2016 a 31 de diciembre de 2019.

PORCENTAJE DE CONTRATOS DE INTERVENTORÍA DE OBRA PÚBLICA DE INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE (CONCURSO DE MÉRITOS) CON ÚNICO OFERENTE		
Total contratos interventoría 2016-2019	Contratos con único oferente	%
307	8	2,6%

En este caso, se demuestra que en los procesos de selección de interventoría de obra pública de Infraestructura de Transporte existe un porcentaje de procesos en los cuales solo se presentó un único oferente, situación que evidencia una afectación a la pluralidad que debe primar en los procesos de contratación. Es importante recordar que en los procesos de contratación debe prevalecer la selección objetiva y permitir que el mayor número de oferentes se presenten a los procesos, para seleccionar la oferta más favorable a los intereses de la entidad.

Por otro lado, es importante tener en cuenta el valor de los contratos que han celebrado las entidades en la interventoría de obra pública de infraestructura de transporte –es decir, sin incluir el valor de otros contratos de interventoría de obra pública–, para tener un valor exacto del presupuesto de las entidades en estos procesos. De los datos suministrados exclusivamente por la plataforma del SECOP II, que funciona desde finales 2015 –por lo tanto, sin considerar la información del SECOP I, por la enorme dispersión que tiene– se evidencia que en el solo período 2016–2019 se han invertido \$756.772.387.817. Asimismo, cada año aumenta significativamente el valor de estos procesos. Así lo demuestra la siguiente tabla:

GASTO DE LAS ENTIDADES EN CONTRATOS DE INTERVENTORÍA DE INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE		
Año	Gasto	No. de Contratos
2016	\$ 346.500.000	1
2017	\$802.673.231	5
2018	\$83.484.728.705	117
2019	\$ 394.997.439.704	184
2020	\$277.141.046.177	13

A continuación y con base en la información que reposa en la plataforma de SECOP II, se discrimina la información de cada una de las entidades que han celebrado contratos de interventoría de obra pública de infraestructura de transporte y, además el gasto que han invertido desde el año de 2016 hasta el 2019:

GASTOS DE LAS ENTIDADES EN LOS CONTRATOS DE INTERVENTORÍA DE INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE ADELANTADOS POR LA MODALIDAD DE SELECCIÓN DE CONCURSO DE MÉRITOS						
ENTIDAD	GASTO POR AÑO					GASTO TOTAL POR ENTIDAD
	2016	2017	2018	2019	2020	
Central Administrativa y Contable Especializada CENAC Aviación				\$17.500.000		\$ 17.500.000
Unidad Administrativa Especial de Organizaciones Solidarias				\$11.905.355		\$11.905.355
Agencia De Desarrollo Rural			\$686.420.924	\$661.399.584		\$1.347.820.508
Agencia Logística de Las Fuerzas Militares	\$ 346.500.000					\$346.500.000
Agencia Nacional de Infraestructura - ANI			\$6.657.112.932	\$3.339.822.466		\$9.996.935.398
Agencia Nacional de Minería			\$48.476.638			\$48.476.638
Alcaldía Local de Ciudad Bolívar			\$34.511.600			\$34.511.600
Alcaldía Local de Mártires			\$ 18.500.000	\$92.901.582		\$111.401.582
Alcaldía Local de Puente Aranda-Fondo de Desarrollo Local			\$ 10.000.000	\$22.933.155		\$32.933.155
Alcaldía Local de Tunjuelito			\$250.000.000			\$250.000.000
Alcaldía Local de Usaquén			\$101.572.088			\$101.572.088
Alcaldía Municipal de Ibagué				\$668.742.297		\$668.742.297
Caja de la Vivienda Popular			\$21.770.602			\$21.770.602
Dirección General Marítima - INRED					\$133.540.000	\$ 133.540.000
Empresa de Transporte del Tercer Milenio			\$2.069.000.000	\$6.881.532.505		\$8.950.532.505

GASTOS DE LAS ENTIDADES EN LOS CONTRATOS DE INTERVENTORÍA DE INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE ADELANTADOS POR LA MODALIDAD DE SELECCIÓN DE CONCURSO DE MÉRITOS						
ENTIDAD	GASTO POR AÑO					GASTO TOTAL POR ENTIDAD
	2016	2017	2018	2019	2020	
Transmilenio S. A.						
Empresa Férrea Regional SAS				\$45.959.412.829	\$ 728.716.634	\$46.688.129.463
Fondo de Desarrollo Local De La Candelaria					\$ 24.428.748	\$ 24.428.748
Fondo Único de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones				\$6.976.246.659		\$ 6.976.246.659
Fuerza Aérea Colombiana				\$791.449.046		\$791.449.046
ICBF Regional Nariño				\$39.984.000		\$39.984.000
Instituto de Desarrollo Municipal de Dosquebradas				\$ 178.125.973		\$178.125.973
Instituto de Desarrollo Urbano - IDU			\$10.702.381.438	\$219.449.713.647	\$ 272.558.765.241	\$502.710.860.326
Instituto de Infraestructura y Concesiones de Cundinamarca			\$4.219.792.091	\$6.781.133.872	\$661.839.791	\$11.662.765.754
Instituto de Planificación y Promoción de Soluciones Energéticas para las Zonas no Interconectadas IPSE			\$149.683.862	\$105.135.763		\$254.819.625
Instituto Nacional de Vías - INVIAS		\$ 23.276.400	\$16.346.026.981	\$73.771.233.734	\$2.596.431.250	\$92.736.968.365
Municipio de Medellín		\$119.396.831	\$1.057.567.462			\$1.176.964.293
Municipio de Neiva				\$542.252.270	\$266.213.115	\$ 808.465.385

GASTOS DE LAS ENTIDADES EN LOS CONTRATOS DE INTERVENTORÍA DE INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE ADELANTADOS POR LA MODALIDAD DE SELECCIÓN DE CONCURSO DE MÉRITOS						
ENTIDAD	GASTO POR AÑO					GASTO TOTAL POR ENTIDAD
	2016	2017	2018	2019	2020	
Municipio de Santiago De Cali - Secretaria De Desarrollo Territorial y Participación Ciudadana				\$ 7.489.871		\$ 7.489.871
Rama Judicial – Dirección Seccional de Administración Judicial de Armenia				\$ 27.803.933		\$27.803.933
Rama Judicial – Dirección Seccional de Administración Judicial de Neiva				\$19.811.322		\$19.811.322
Secretaría de Transporte y Movilidad			\$4.399.267.020	\$703.500.000		\$ 5.102.767.020
Secretaría Distrital de Movilidad		\$660.000.000	\$15.572.252.860	\$7.086.816.655		\$23.319.069.515
Sena Dirección General Dirección Jurídica				\$3.887.529.269		\$3.887.529.269
Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil Aerocivil			\$20.838.757.382	\$ 12.090.034.100	\$171.111.398	\$33.099.902.880
Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial			\$301.634.825			\$301.634.825
Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios - USPEC				\$4.883.029.817		\$4.883.029.817
TOTAL GENERAL	\$346.500.000	\$802.673.231	\$83.484.728.7	\$394.997.439.704	\$277.141.046.177	\$756.772.387.817

Lo anterior demuestra la necesidad de implementar los Documentos Tipo de Interventoría de obra pública Infraestructura de Transporte que se adelanten por la modalidad de concurso de méritos abiertos o concurso de méritos con precalificación por los siguientes motivos: *i) para promover la pluralidad de oferentes en los procesos, y ii) porque el gasto de las entidades en los procesos de selección de interventoría de infraestructura de transporte es significativo, en consecuencia se debe propender a garantizar el adecuado manejo de los recursos públicos destinados a la interventoría.*

Por su parte, la adopción de los Documentos Tipo de licitación pública de Infraestructura de Transporte que hizo el Gobierno nacional, a través de los Decretos 342 de 2019 y del Decreto 2096 de 2019 ha replicado los impactos positivos de la experiencia antedicha en el ámbito del sistema de compra pública colombiano.

Un análisis de los procesos de licitación pública cuyo aviso de convocatoria fue publicado en el SECOP II, a partir del 1 de abril de 2019, identificó que las entidades que estructuraron los procesos con los parámetros del Decreto 342 de 2019 tuvieron un promedio de 43 oferentes; en contraste con los que no aplicaron los Documentos Tipo y contaron con la participación de un único oferente⁶. A continuación se muestra el número de oferentes que se presentan a los procesos antes y después adoptar los Documentos Tipo, reflejando un aumento significativo de oferentes en los procesos de contratación, situación que muy seguramente tendría el mismo efecto en los procesos de selección de interventoría de infraestructura de transporte, cuando se adopten los Documentos Tipo.

Datos antes de implementar los Documentos Tipo de Licitación de obra pública de Infraestructura de Transporte (Análisis del 1 de enero de 2019 al 31 de marzo de 2019).

Contratos	Promedio de proponentes por Contrato	Máximo de proponentes en 1 contrato	Mínimo de Proponentes en 1 contrato	Número de contratos con único proponente
45	25	59	2	0

Datos después de implementar los Documentos Tipo de Licitación de obra Pública de Infraestructura de Transporte (Análisis del 1 de abril de 2019 al 15 de noviembre de 2019):

Contratos	Promedio de proponentes por Contrato	Máximo de proponentes en 1 contrato	Mínimo de proponentes en 1 contrato	Número de contratos con único proponente
86	43	106	1	2

⁶ 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.

En cumplimiento del artículo 7 de la Ley 1340 de 2009 y del artículo 2.1.2.1.9 del Decreto 1081 de 2015, la Superintendencia de Industria y Comercio, mediante oficio con **radicado No. XXXXXXXX de 2020**, decidió no pronunciarse de manera específica en lo relacionado con los Documentos Tipo para los pliegos de condiciones de los procesos de interventoría de obra pública de infraestructura del transporte, recordando lo conceptuado mediante Rad. No. 18-331011 (referente a los Documentos Tipo adoptados para los procesos de licitación de obra pública de infraestructura de transporte), en el cual no se emitieron recomendaciones y se concluyó que *“la adopción de documentos tipo se configuran como una medida pro competitiva, pues propenden por aumentar el número de oferentes dispuestos a contratar con el Estado, lo que produce diversidad de oferentes tanto nacionales como extranjeros y mayor presión competitiva entre estos. El escenario descrito, tal como lo señaló esta Entidad, tiene la potencialidad de redundar en más innovación, mejores calidades u menores precios”*.

2. Viabilidad Jurídica

2.1. 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.

La Corte Constitucional, mediante sentencia C-119 de 2020, como se desprende del comunicado de prensa No. 15 del 15 y 16 de abril de 2020, estudió la constitucionalidad del artículo 4 de la Ley 1882 de 2018, frente al cual se demandaron los siguientes apartes subrayados, que fueron declarados exequibles:

“ARTÍCULO 4o. Adiciónese el siguiente párrafo al artículo 2o de la Ley 1150 de 2007:

PARÁGRAFO 7. 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. Dentro de los documentos tipo el Gobierno adoptará de manera general y con alcance obligatorio para todas las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, las condiciones habilitantes, así como los factores técnicos y económicos de escogencia, según corresponda a cada modalidad de selección y la ponderación precisa y detallada de los mismos, que deberán incluirse en los pliegos de condiciones, teniendo en cuenta la naturaleza y cuantía de los contratos. Para la adopción de esta reglamentación el Gobierno tendrá en cuenta las características propias de las regiones con el ánimo de promover el empleo local.

La facultad de adoptar documentos tipo la tendrá el Gobierno nacional, cuando lo considere necesario, en relación con otros contratos o procesos de selección. [...]”

(Subrayas propias).

Los argumentos de la Corte Constitucional para declarar la exequibilidad de la disposición anterior, de acuerdo a lo informado en el comunicado de prensa No. 16 del 15 y 16 de abril de 2020, se sintetizan en lo siguiente:

“(…) Encontró la Corte en el control abstracto de constitucionalidad, que de la norma no surge vulneración alguna de la autonomía de los entes territoriales, en cuanto que la estandarización se predica únicamente de los requisitos habilitantes y los criterios de escogencia, elementos propios del procedimiento de selección de contratistas, materia en la que existe reserva de ley, el Legislador goza de un amplio margen de configuración normativa y que no se encuentra atribuida a la regulación de las entidades territoriales. Resaltó que la norma cuestionada no interfiere en la facultad de las entidades territoriales para gestionar sus propios intereses, la que, en materia contractual, se predica particularmente de la identificación autónoma de sus necesidades y la configuración de los elementos del contrato. Finalmente, indicó que el respeto de la autonomía de las entidades territoriales, así como del principio constitucional de eficacia de la función administrativa, se garantiza a través de los mecanismos institucionales de control abstracto de validez de actos administrativos, ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y concreto, mediante la excepción de inconstitucionalidad la que exige la expedición de un acto administrativo motivado e involucra la responsabilidad por su adopción”.

2.1.1. 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 ella”⁷.

Dos son los elementos fundamentales de la potestad reglamentaria, de acuerdo con la jurisprudencia Constitucional⁸, 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 respectiva⁹;

⁷ Consejo de Estado, Sala de Consulta Civil. Concepto del 9 de julio de 1996, rad. 854.

⁸ Sentencia C 810 de 2014, Corte Constitucional.

⁹ 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).

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.¹⁰

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 subreglas¹¹ ha establecido ciertos límites a la misma:

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, 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.

2.1.2. 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*

¹⁰ 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.

¹¹ 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.

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”¹².

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*”¹³.

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 “*micro regulación 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 Planeación¹⁴, 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:

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).

¹² Corte Constitucional, Sentencia C 1005 de 2008

¹³ Corte Constitucional, Sentencia C- 917 de 2002

¹⁴ Artículo 1º del Decreto Ley 4170 de 2011.

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”*¹⁵.

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”*¹⁶.

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”*¹⁷.

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”¹⁸.

Conviene reiterar que conforme a lo establecido por el Consejo de Estado¹⁹, 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

¹⁵ Ver artículo 11 numeral 12 del Decreto Ley 4170 de 2011.

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Auto del 14 de agosto de 2017, rad. 58820.

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 16 de agosto de 2017, rad. 56166.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 11 de abril de 2019, rad. 52.055.

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 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 República²⁰”.*

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, consideró 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 párrafo 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 los pliegos de condiciones de los procesos de interventoría para las obras públicas de infraestructura de transporte que se adelanten por la modalidad de concurso de méritos abiertos o concurso de méritos con precalificación, 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.

²⁰ Ibidem.

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.

3. 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 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”²¹.

4. Vigencia de la ley o norma reglamentada o desarrollada

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

²¹ 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.

5. Disposiciones derogadas, subrogadas, modificadas, adicionadas o sustituidas

El presente acto adiciona la subsección 4, a 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.

6. Circunstancias jurídicas relevantes para la expedición del acto

6.1. Obligatoriedad de los documentos tipo

Cuando el legislador otorgó al Gobierno Nacional la facultad de adoptar documentos tipo, lo hizo con el propósito de que dichos documentos se adopten como actos administrativos reglamentarios de la Ley; esto significa que los documentos tipo son desarrollo de la potestad reglamentaria *secundum legem*, la cual, *“tiene su marco general en la ley [a fin] de proveer la adecuada ejecución de ésta, precisando circunstancias o pormenores no contenidos en ella (...)”*²².

En este sentido, la obligatoriedad de los documentos tipo proviene de la voluntad del legislador y de los actos administrativos que expresan la manifestación de la voluntad de la Administración con miras a producir efectos jurídicos de manera general.

6.2. Autonomía de las entidades territoriales

Pese a que los documentos tipo tienen un contenido definido, las entidades que los apliquen tienen la posibilidad de establecer medidas dentro de sus procesos de selección de contratistas que reconozcan las características propias de su territorio, con lo cual, se da valía al principio de autonomía territorial.

No debe pasarse por alto que existen normas reglamentarias del orden nacional en materia de contratación pública que deben ser obedecidas por las entidades territoriales, sin que ello suponga una violación del principio de autonomía territorial; ejemplo de ello, es el Decreto reglamentario 1082 de 2015 que siendo una norma expedida por el gobierno nacional en ejercicio de la función determinada en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, es una norma vinculante para las entidades territoriales.

Sobre el particular, la Corte Constitucional ha mencionado que: *“(...) la autonomía que la Constitución Política otorga a las entidades territoriales responde al modelo de organización instituido en ella, en la medida que busca “hacer efectivo el respeto a la identidad comunitaria local y a su capacidad de auto determinarse, sin que se ignore por eso la necesidad de que ciertas actividades sean coordinadas y planeadas desde el poder central”*²³

7. Estructura del Decreto

²² Consejo de Estado, Sala de Consulta Civil. Concepto del 9 de julio de 1996, rad. 854.

²³ Corte Constitucional, Sentencia C-506 de 1995.

Teniendo en cuenta el tema sobre el que recaen los documentos tipo, el decreto adiciona la Subsección 4, a la Sección 6 del Título 1, de la Parte 2, del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional.

El artículo 1, incluye el artículo 2.2.1.2.6.4.1 a través del cual se indica que el objeto del Decreto es adoptar los Documentos Tipo para los procesos de selección de Interventoría de obra pública de infraestructura de transporte que se adelanten por la modalidad de concurso de méritos abiertos o concurso de méritos con precalificación.

De igual forma, el artículo 1 adiciona el artículo 2.2.1.2.6.4.2, según el cual los Documentos Tipo para los procedimientos de selección de concurso de méritos abiertos o concurso de méritos con precalificación para la contratación de la interventoría de obra pública de infraestructura de transporte, contienen parámetros obligatorios para las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Así mismo, contiene el listado de documentos que hacen parte de los Documentos Tipo y reitera la obligación de adaptar los documentos al Sistema Electrónico de Contratación Pública SECOP II, siempre y cuando las condiciones técnicas de las entidades Estatales Contratantes le permitan hacer uso de la mencionada plataforma transaccional.

A su vez, el artículo 1 adiciona el artículo 2.2.1.2.6.4.3, para que en los procedimientos de selección de concurso de mérito abierto o con precalificación de los procesos de interventoría de obra pública de infraestructura de transporte, la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente, en coordinación con el Departamento Nacional de Planeación (DNP) y el Ministerio de Transporte observen dichos parámetros al desarrollar e implementar los Documentos Tipo para esta modalidad.

Finalmente, el artículo 1 adiciona los artículos 2.2.1.2.6.4.4. y 2.2.1.2.6.4.5 que se ocupan de la inalterabilidad de los Documentos Tipo y los aspectos que deben tener en cuenta las entidades estatales cuando en desarrollo de un proceso de selección de interventoría de obra pública de infraestructura de transporte requieran adquirir bienes o servicios adicionales.

Es importante precisar que los requisitos habilitantes y la forma de ponderación señalados en los documentos tipo obedecen a un análisis conjunto realizado con el Sector Transporte.

Por último en el artículo 2 del decreto se establece un término prudencial para su entrada en vigencia, en consideración al proceso de divulgación del contenido de los documentos tipo.

8. **Ámbito de aplicación y sujetos a quien va dirigido**

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 Interventoría de obra pública de Infraestructura de Transporte en la modalidad de concurso de méritos abierto o concurso de méritos con precalificación.

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 30 de septiembre de 2020 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.

9. Análisis de Impacto, disponibilidad presupuestal

La expedición del decreto permitirá: (i) incrementar la pluralidad de oferentes, (ii) simplificar los trámites de contratación estatal, (iii) reducir los tiempos de preparación de ofertas y de estructuración de los procesos, (iv) utilizar documentación clara e integrada que se adapte a las necesidades de las entidades estatales, (v) reducir la posibilidad de direccionamiento en la adjudicación de los procesos, (vi) incrementar la transparencia y reforzar la selección objetiva, y (vii) disminuir el riesgo de colusión.

No es necesario disponer de tiempo ni de medios, por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, del Ministerio de Transporte o del Departamento Nacional de Planeación, para que los destinatarios del proyecto de decreto apliquen su contenido.

El proyecto tampoco tiene impacto en el Presupuesto General de la Nación, 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.

La expedición de este decreto no implica impacto ambiental ni ecológico y tampoco se generan impactos sobre el patrimonio.

MARCELA GÓMEZ MARTÍNEZ
Jefe Oficina Asesora Jurídica
Departamento Nacional de Planeación
(Original Firmado)

JOSÉ ANDRÉS O'MEARA RIVEIRA
Director General
Colombia Compra Eficiente
(Original Firmado)