

OBRAS PROPIAS COMO EXPERIENCIA DEMOSTRABLE EN LOS REQUISITOS HABILITANTES DE LA CONTRATACION ESTATAL.

SANTIAGO TRIVIÑO LOPEZ¹.

Resumen

En la actualidad, el Registro Unico de Proponentes expedido por las Cámaras de Comercio, es el documento idóneo establecido para acreditar los requisitos habilitantes del proponente ante las entidades públicas que requieren contratar por medio de licitaciones.

Dentro de tales requisitos habilitantes, se encuentra la experiencia ejecutada, la cual demostrará que el proponente posee los conocimientos requeridos, así como la capacidad técnica y práctica para ejecutar el objeto del contrato requerido por el Estado.

Para el efecto, dicha experiencia debe acreditarse únicamente mediante certificaciones expedidas por los terceros contratantes respectivos, con la copia de tales contratos o con el acta de liquidación del caso. Sin embargo, existen sectores comerciales donde su dinámica de negocio no puede enmarcarse dentro de una relación contractual típica de “contratante-contratista”, tal y como ocurre en el caso de los constructores, pues su esquema se basa en construir una obra a muto propio para luego comercializarla, sin que esto signifique que dicho constructor no haya tenido la experticia técnica para ejecutar la obra.

Deviene entonces un vacío legal para este sector, pues al no existir un tercero que certifique que efectivamente contrató la elaboración de una obra determinada, no sería posible registrar dicha experiencia vital para el constructor en el Registro de Proponentes, y por ende, no podría allegar dichas calidades antes una licitación pública.

¹ Abogado RUP de la Cámara de Comercio de Bogotá. Egresado Universidad La Gran Colombia. Estudiante de Especialización en Contratación Estatal. **Correo E:** santi_36@hotmail.com

Palabras Clave: Registro Único de Proponentes, RUP, obras propias, contrato de obra pública, requisitos habilitantes, acreditación de experiencia, certificación del tercero contratante, autocertificación, principios de la contratación estatal, idoneidad del proponente.

Abstract

Currently, the Registration of Proponents issued by chambers of Commerce, is the ideal document established to accredit the proponent's enabling requirements before public entities that require contracting by means of tenders.

Within such enabling requirements, we find the experience executed, which will show that the proponent possesses the required knowledge, as well as the technical and practical capacity to execute the object of the contract required by the state.

For this purpose, this experience must be accredited only by certifications issued by the respective third contractors, with the copy of such contracts or with the settlement act of the case. However, there are commercial sectors where your business dynamics cannot be framed within a contractual relationship typical of "contractor-contracting", as in the case of constructors, because their scheme is based on building a own work to then market it, without this means that the builder has not had the technical expertise to execute the construction.

It then becomes a legal vacuum for this sector, because in the absence of a third contractor certifying that it actually hired the elaboration of a particular work, it would not be possible to register that life experience for the builder in the register of proponents, therefore, it would not be possible to pass on these qualities before a public tender.

Keywords: Register of Proponents, RUP, own works, contract of public construction, qualifying requirements, accreditation of experience, certification of

the third contracting, certification, principles of state contracting, suitability of the proponent.

INTRODUCCION

A partir de la presente investigación se busca plantear como la exigencia contenida en el Decreto 1082 de 2015 y la Circular Externa 02 de 2017 de la Superintendencia de Industria y Comercio, en la que determina que la experiencia de los proponentes únicamente puede surgir de relaciones contractuales donde existe un contratante y un contratista, vulnera los derechos de los constructores que elaboran sus obras propias para luego comercializarlas.

La acreditación de experiencia como requisito habilitante ante la contratación estatal en Colombia era regulada por el artículo 6.2.2.4 del Decreto 734 de 2012, donde para que el proponente pudiera demostrar su experiencia en una disciplina determinada ante las entidades estatales por medio del RUP², bastaba con que su contador o revisor fiscal aportara una certificación en la cual relacionara hasta los 10 contratos más relevantes del proponente, en los que su objeto evidenciara su experticia en el mismo.

Teniendo en cuenta que el soporte documental exigido por la norma abría una brecha muy grande para que los proponentes relacionaran contratos y experiencia de forma fraudulenta y amañada, la Nación por medio de su poder ejecutivo optó por reformar el sistema de la “autocertificación”, y así, mediante el artículo 9 del Decreto 1510 de 2013 (Hoy recopilado por el Decreto 1082 de 2015) en concordancia con la Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio, estableció que la experiencia ante el RUP únicamente podría establecerse de certificaciones o contratos provenientes de un tercero contratante.

²² En adelante Registro único de proponentes RUP

A raíz del cambio normativo, muchos empresarios y proponentes cuya experiencia se basaba exclusivamente en obras propias y no en contratos con terceros, quedaron automáticamente descartados del RUP, como es el caso de los constructores que levantaban sus edificaciones a muto propio para luego comercializarlas. Lo anterior en observancia que la comercialización de estos inmuebles construidos, solo les da experiencia como vendedores, más no como constructores. Esta situación ha generado un vacío normativo desigual e inequitativo para los oferentes, pues el simple hecho que la experiencia no se haya generado por una relación contractual “contratante-contratista”, no significa que el proponente no haya tenido la experticia técnica, administrativa, financiera y jurídica requerida para acceder a la contratación estatal en el campo de su disciplina como constructor.

Teniendo en cuenta la relevancia que tienen los precedentes jurisprudenciales y los principios constitucionales en la contratación estatal, esta investigación está encaminada a demostrar cómo a través de tales principios, podría suplirse el mencionado vacío normativo, de forma tal que el acceso a los concursos y licitaciones sea garantista de los derechos a la igualdad y a la libre concurrencia de los proponentes, y su vez, el estado en su misión de proteger el interés general y sus fines esenciales, tenga un abanico más amplio y mejores alternativas de elección entre la experiencia real de sus oferentes.

Las limitaciones a las obras propias de los constructores como experiencia demostrable ante el RUP y la contratación estatal, vulnerarían los derechos de los proponentes, y a su vez, disminuirían injustificadamente las opciones para la mejor escogencia de oferentes que tienen las entidades estatales.

En este sentido, nuestro objetivo general es lograr establecer dentro de la contratación estatal un mecanismo jurídico para que los constructores puedan acreditar sus obras propias como experiencia en las diferentes licitaciones del país.

Para lo anterior, este ensayo reconocerá la realidad contractual en la que los constructores elaboran sus obras con recursos propios para luego disponer de ellas, para luego identificar los obstáculos legales que existen en la actualidad para registrar las obras propias como experiencia en el RUP.

De la misma forma, en el contenido del presente escrito se establecerá el grado de experticia que las obras propias realmente generan para los constructores, para finalmente lograr determinar los principios constitucionales y contractuales que se vulnerarían al descartar la experiencia de un proponente por no provenir de una relación contractual donde intervenga un tercero contratante.

De este modo, la presente investigación se realiza con el fin de demostrar cómo a través de los principios constitucionales y legales de la contratación estatal, podría suplirse el vacío normativo que impide registrar las obras propias como experiencia en el RUP, de forma tal que el acceso a los concursos y licitaciones sea garantista de los derechos a la igualdad y a la libre concurrencia de los proponentes, y su vez, el estado en su misión de proteger el interés general y sus fines esenciales, tenga un abanico más amplio y mejores alternativas de elección entre la experiencia real de sus oferentes.

Así las cosas, el proyecto investigativo resulta pertinente toda vez que en la actualidad la contratación para obras públicas se ve limitada en la escogencia de proponentes, vulnerando los principios mismos de la contratación, pues únicamente resulta admisible y registrable ante el RUP aquella experiencia surgida de una relación contractual “contratante-contratista”, excluyendo injustificadamente la construcción de obras propias, modalidad común en el sector de la construcción del país y que aporta un grado significativo en la experticia técnica de los constructores que aspiran al contrato estatal.

La investigación entonces resulta importante para la dinámica de la contratación estatal en el sentido que muchos empresarios y proponentes cuya experiencia se basa exclusivamente en obras propias y no en contratos con terceros, se encuentran descartados del RUP, como es el caso de los

constructores que levantaban sus edificaciones a muto propio para luego comercializarlas. Esta situación, que pretende solucionarse a lo largo del presente proyecto, ha generado un vacío normativo desigual e inequitativo para los oferentes, pues el simple hecho que la experiencia no se haya generado por una relación contractual “contratante-contratista”, no significa que el proponente no haya tenido la experticia técnica, administrativa, financiera y jurídica requerida como constructor.

En este orden de ideas, el proyecto contribuirá a demostrar que las limitaciones a las obras propias de los constructores como experiencia demostrable ante el RUP y la contratación estatal, vulnerarían los derechos de los proponentes, y a su vez, disminuirían injustificadamente las opciones para la mejor escogencia de oferentes que tienen las entidades estatales. Lo anterior en aras de establecer un mecanismo jurídico justo donde la totalidad de los constructores puedan acceder a la calidad de “proponentes” y así mismo, las entidades públicas tengan el sustento legal para elegir realmente al proponente cuya experticia sea la adecuada para satisfacer los fines esenciales públicos.

De la misma forma, este proyecto resulta necesario para suplir el vacío normativo que de forma injustificada el ejecutivo dejó frente al tema de la forma de acreditar la experiencia ante el RUP al subrogar el Decreto 734 de 2012 con el Decreto 1510 de 2014, y que en la actualidad ha generado que los constructores legalmente constituidos y con toda la experticia necesaria para adelantar obras públicas, queden excluidos de los contratos estatales.

Los resultados de esta investigación traerán beneficios para tres actores principalmente: constructores, entidades estatales y sociedad. Así, los constructores podrán beneficiarse al ser incluidos como proponentes ante el Estado y concursar con el máximo de su potencial técnico en las diferentes licitaciones, sin que les sea vulnerado sus derechos que los principios de la contratación deben garantizar. Por otro lado, las entidades estatales podrán beneficiarse al tener dentro de su concurso mayores calidades entre los proponentes, que se adecúen de la mejor manera al fin mismo buscado con el

contrato ofertado, y a su vez, se reivindicque el principio de selección objetiva adeudado por la entidad pública. Por último, el mayor beneficiado será la sociedad misma, pues los constructores que adelantarán las obras públicas generadoras de desarrollo social, serán los profesionales técnicamente idóneos y con mejor experiencia real para tal misión.

Las garantías de éxito del proyecto son altas por cuanto el investigador resulta ser abogado RUP de la Cámara de Comercio de Bogotá, teniendo acceso a la información requerida para adelantar la investigación, tales como requisitos normativos del registro, de requisitos habilitantes, pronunciamientos del Consejo de Estado y Colombia Compra Eficiente, doctrina especializada sobre el tema y acercamiento directo a los constructores que se encuentran estancados en sus negocios públicos al no encontrar solución a la problemática planteada.

En consecuencia de lo anteriormente expuesto, la presente investigación parte del presupuesto que la exclusión de las obras propias dentro de la experiencia registrable en el RUP contenida en el Decreto 1082 de 2015 vulnera los principios generales de la contratación estatal afectando las garantías constitucionales de proponentes del sector de la construcción.

Lo anterior, toda vez que mientras que el principio de la libre concurrencia y selección objetiva de la contratación estatal abren paso para que todos los proponentes que tienen las calidades idóneas para ejecutar un contrato de obra estatal, presentes sus ofertas ante la Administración y esta a su vez elija la más favorable para los intereses generales, el Decreto 1082 de 2015 injustificadamente y desconociendo tales principios, excluye a los proponentes que aun teniendo dichas calidades y experiencia traducida en experticia técnica, no puedan concurrir al proceso contractual por el simple hecho que sus obras demostrables no hayan sido producto de un contrato típico donde se evidencia un contratante y un contratista, sino que hayan sido obras construidas con recursos y a disposición propia para luego comercializarlas.

La experiencia en el RUP como mecanismo idóneo para acreditar la idoneidad técnica del proponente.

De cara a la contratación estatal, el RUP constituye una pieza registral de relevancia extremadamente trascendental, pues únicamente a través de los requisitos allí acreditados es que el proponente podrá habilitarse para aspirar a suscribir el contrato público.

De allí que autores como ESCOBAR (1999) sostengan que el registro es un requisito esencial que el contratista debe cumplir para poder contratar con el Estado y por lo tanto si se omite, carece de capacidad. (p. 106).

En este punto, llama la atención que a pesar que el objeto del registro es proporcionar a la entidad estatal y a todas las personas interesadas en contratar, la información necesaria en relación con el contratista, el RUP no tenga la posibilidad de registrar experiencia que realmente hace parte de la hoja de vida del contratista bajo el pretexto superficial que el mismo no se encuentra acreditado por un tercero.

No obstante, pese al gran impacto en sector de la construcción que este vacío jurídico genera, curiosamente no existe doctrina académica que desarrolle dicho tópico, tal vez por la novedad de la norma, tal vez por las constantes modificaciones normativas que el RUP ha venido teniendo, o simplemente porque ningún doctrinante se ha detenido a analizar este fenómeno jurídico.

Sin embargo la doctrina oficial del estado, emitida por sus distintos órganos jurídicos de las entidades estatales facultadas para el efecto, si ha hecho algunos adelantos académicos sobre el fenómeno estudiado en la presente investigación.

Es así como la Agencia Nacional de Contratación Estatal – Colombia Compra Eficiente, ha tratado de hacer un acercamiento al tema, por lo que de forma reciente ha definido nociones a tal problemática indicando que tales proponentes podrían aportar la experiencia ejecutada como obra propia

directamente a la entidad estatal que adelanta la licitación, y en el RUP registrar su demás experiencia.

Para el efecto, tal entidad dentro de su doctrina ha expresado que aunque la normatividad vigente no señala un procedimiento para inscribir en el RUP la experiencia que no proviene de una relación contractual, tal y como lo es el caso de las obras propias, la Ley 1150 dispone que la Entidad Estatal puede solicitar en los Pliego de Condiciones que los proponentes aporten directamente al proceso licitatorio los soportes de dichos proyectos propios ya ejecutados (Colombia Compra Eficiente, 2015, p. 2).

De la misma forma, la Superintendencia de Industria y Comercio ha analizado el tema pluricitado, cortando tajantemente la posibilidad que los constructores acrediten sus obras propias ante el RUP, y así, ha determinado que la única forma de inscribir tal experticia en el Registro de Proponentes es a través de una certificación o documento idóneo que demuestre la existencia de un contrato suscrito con un tercero (Superintendencia de Industria y Comercio, 2017, p. 17-18).

Por último, en este mismo sentido, en septiembre de los corrientes Colombia Compra Eficiente emitió entre su doctrina el más reciente pronunciamiento al respecto, e indicó:

La información adicional que las Entidades Estatales pueden verificar directamente en relación con la experiencia como requisito habilitante, debe ser sobre experiencia registrada en el Registro Único de Proponente, pues la experiencia solo puede ser acreditada directamente ante la Entidad Estatal en las modalidades de selección que no requieren que los proponentes tengan el registro. (Colombia Compra Eficiente, 2017, p. 2).

Sin embargo, a pesar de los fallidos intentos de acercamiento sobre el tema que la doctrina estatal ha definido, las obras propias continúan en el limbo jurídico del RUP, pues sin justificación material alguna se han venido excluyendo dichos proyectos propios del RUP, y por ende, los proponentes cuya experticia surja exclusivamente de las obras propias que comercialice no podrían participar dentro de los contratos del Estado.

Es de resaltar que el proponente podría acreditar los contratos de compraventa o escrituras públicas surgidas de las ventas de los inmuebles construidos para ser registrados en el RUP, más sin embargo, esta experiencia le genera experticia y puntuación como comerciante (vendedor) pero no como constructor, siendo esta última la actividad realmente central y principal en su gestión técnica y profesional (Colombia Compra Eficiente, 2017, p. 2).

Y es que esta problemática no solo tiene arraigo en el ámbito de lo justo y del deber ser, sino que también repercute en los principios mismos de la contratación estatal. Así es como las teorías modernas del estado indican que es la Administración la llamada a garantizar los intereses generales de la sociedad, debe ceñirse entonces a ciertas bases jurídicas o principios teóricos generales sobre los cuales debe encaminar su actividad en pro del respeto por los derechos del colectivo.

Resulta entonces que la contratación estatal es la herramienta por excelencia para desarrollar tales fines esenciales sociales, por lo que al tratar con erario e intereses general, es necesario que se respeten ciertas condiciones en todo el proceso contractual, las cuales se garantizan a través de los principios que rigen la contratación pública.

En este sentido, la contratación pública se encuentra sometida a los principios de la Administración Pública, a los principios propios de la contratación estatal y a los principios del control fiscal.

Así las cosas, teniendo que los fines del Estado son proveer los intereses generales y cumplir la soberanía del pueblo, en Colombia a los funcionarios sólo les está permitido hacer aquello que la ley expresamente les autorice. Por lo anterior, es que los procesos de selección en la contratación estatal deben seguir un procedimiento establecido por normas conocidas por todos, generales y claras, cerrando todos los espacios a la subjetividad y arbitrariedad.

Los principios son postulados que orientan la creación de normas y se constituyen en criterios de interpretación de las reglas contenidas en la normatividad, para evitar apreciaciones subjetivas y actuaciones arbitrarias, so pretexto de aplicar una determinada norma.

Es así como Rosero (2011) señala que *“el estatuto de contratación estatal está orientado por principios y reglas que son de obligatorio cumplimiento para las entidades estatales en ejercicio de su actividad, a fin de garantizar la adecuada inversión de los recursos públicos y la prevalencia del interés general”*.

En este sentido, la teoría jurídica que enmarca el principio de libre concurrencia señala que los procesos contractuales deben promover la más amplia afluencia de oferentes al proceso de selección, para que así, la administración pueda seleccionar al mejor proponente que de forma idónea los intereses generales.

Por ende, la teoría del principio de la libre concurrencia garantiza la facultad de todos los comerciantes posibles, sin exclusiones, de participar en el proceso licitatorio, de manera tal, que no haya cabida a la discriminación para el acceso en la participación dentro del concurso contractual, toda vez que atentaría contra la sana competencia entre los oferentes.

Es así como en virtud de esta teoría, el Estado no puede imponer condiciones restrictivas injustas que impidan el acceso y concurrir al proceso de selección contractual.

De la misma forma, debe analizarse la teoría de la selección objetiva la cual nace de los principios de la función administrativa que indican que su función debe estar encaminada al servicio de los intereses generales enmarcados dentro de los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.

Al respecto, Rosero (2011) indica que *“el principio de selección objetiva también fue objeto de reglamentación en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, en el que se establece la objetividad en la selección del contratista, en el evento de escoger la oferta más favorable para la entidad contratante y que cumpla con los fines que persigue la entidad a través del contrato, sin que se tengan en cuenta aspectos subjetivos o de interés particular”*.

Así las cosas, esta teoría que orienta los procesos licitatorios, indica que la administración pública debe perfilar sus actos a permitir la escogencia de la oferta más ventajosa para los intereses colectivos perseguidos con la contratación, asegurando la igualdad de oportunidades entre los ciudadanos que tengan las calidades y cualidades propias para la ejecución del contrato, así como la selección del oferente más capaz.

No resulta entendible entonces bajo ninguna luz la razón por la cual la experiencia de los constructores ejecutada como obra propia no pueda ser tomada en cuenta, más aún cuando, tal y como lo define Pachón (2014) *“la experiencia como requisito habilitante se entiende como el conocimiento del proponente derivado de su participación previa en actividades iguales o similares a las previstas en el objeto con contratantes públicos, privados, nacionales o extranjeros”*, pues el simple hecho que la experiencia no se haya generado por una relación contractual “contratante-contratista”, no significa que el proponente no haya tenido la experticia técnica, administrativa, financiera y jurídica requerida para acceder a la contratación estatal en el campo de su disciplina como constructor.

Desarrollo normativo y jurisprudencial del Registro Único de Proponentes en Colombia.

Para efectos de la mejor escogencia de los proponentes, a lo largo de la historia el Estado siempre ha hecho esfuerzos por determinar ciertos requisitos habilitantes que garanticen la idoneidad de sus contratistas.

Es así como en un principio, para el año de 1983, la materia era regulada por una norma donde los oferentes debían inscribirse en un registro individual que administraba cada entidad (D. 222/1983, Art 44).

No obstante, este sistema resultaba dispendioso para el proponente, pues debía cargar todos sus soportes a todas las entidades y a cuanta licitación de presentará. Así, la Ley 80 de 1993 modificó tal panorama (L. 80/1993, Art 22), unificando en un solo registro el listado de aspirantes a contratar con el Estado, simplificando la tarea de los contratistas en sus trámites frente a la Administración, reduciendo trámites y costos, además de dar mayor transparencia y centralización en la contratación estatal. El registro aún mantenía su misma esencia y objetivo, hacer de público conocimiento las características habilitantes de los proponentes. (Cámara de Comercio de Bogotá, 2007, pág. 172).

Para lo anterior se creó una base de datos universal, para que la administración conociera a los inscritos, de forma más ágil y eficiente. Esta tarea se impuso a las Cámaras de Comercio, naciendo así el Registro Único de Proponentes. (CE 3, 26 Ago. 2013, E. Gil. Recuperado de legal.legis.com.co/document?obra=jurcol&document=jurcol_e95b74f892ee02dae0430a01015102da. 5 Nov. 2017).

Posteriormente, la mencionada Ley 80 sufrió una subrogación por la Ley 1150 donde los interesados en inscribirse en el RUP se auto-calificaban y definían su capacidad técnica, jurídica y económica sin mayor control, lo que dio pie a que los proponentes ocultaran información determinante que afectaba en la

administración pública, la convicción que debía ofrecer este registro. Por tal motivo, el legislador de la Ley 1150 de 2007 exigió a las Cámaras de Comercio que verificaran la “veracidad” de la información. (L. 1150/2007, Exposición de Motivos Art. 6).

En esta medida, hoy por hoy decimos que el RUP es único y permanente; es obligatorio por regla general para contratar con el Estado, es público; determina el cumplimiento de los requisitos habilitantes del proponente a través de soporte documental veraz y verificado.

El Registro Único de Proponentes resulta ser un registro público encabeza de las Cámaras de Comercio, creado mediante la ley 80 de 1993, al cual están obligadas todas las personas que aspiren a celebrar contratos con entidades estatales.

En este sentido, la Corte Constitucional ha definido el alcance del registro en mención así:

“El RUP tiene como finalidad suministrar a las entidades del Estado y en general a todas las personas interesadas en celebrar contratos, la información relacionada con un contratista, particularmente en lo relacionado con su experiencia contractual, idoneidad financiera y capacidad técnica. El RUP fue concebido por el legislador para (i) unificar la reglamentación y la información de todos los registros de proponentes, (ii) simplificar la tarea de los contratistas en sus trámites respecto de la administración, haciendo que con la sola inscripción en la Cámara de Comercio del domicilio del proponente el interesado quede válidamente registrado ante todas las entidades del país, y (iii) dar transparencia al proceso de inscripción en el registro” (Corte Constitucional, 28 Nov. 2012, J. Palacio).

Para el año de 2012, el RUP se encontraba reglado por el Decreto 734, norma que establecía que el proponente podía demostrar su experiencia a través de una certificación expedida por su contador o revisor fiscal en la cual relacionara hasta los 10 contratos más relevantes del proponente, en los que su objeto evidenciara su experticia en el mismo (D. 734/2012, Art., 6.2.2.4).

No obstante, la misma norma era muy laxa, lo que abría la posibilidad que algunos proponentes relacionaran contratos dentro de su experiencia de forma fraudulenta y amañada, por lo que la Nación, en aras de “blindar” dicho sistema, reformó el mecanismo de la “autocertificación”, y así, el ejecutivo dictó una nueva norma (D. 1510 / 2013, Art, 9) - Hoy recopilada por el Decreto 1082 de 2015- en concordancia con la Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio, estableció que la experiencia ante el RUP únicamente podría establecerse de certificaciones o contratos provenientes de un tercero contratante (CE. 2/2016, Art. 4.2.2.2).

Con esta modificación en el sistema de acreditación de experiencia, muchos proponentes quedaron automáticamente descartados del RUP de forma injustificada, pues su experiencia no surgía de contratos con terceros sino en obras propias que construían a muto propio para luego comercializarlas.

Lo anterior en virtud que la misma norma establece que la Cámara de Comercio puede abstenerse de inscribir, renovar o actualizar la información del interesado, si advierte que es insuficiente, inconsistente o incompleta, de acuerdo con los requisitos de existencia y validez establecidas para tales efectos en el respectivo reglamento (L. 1150/2007, Art 6.1).

En primera medida, podía pensarse que los compradores de los apartamentos que dichos vendedores construyeron y vendieron podían certificar tales contratos, sin embargo, a ciencia cierta, la relación contractual entre tales compradores y el proponente no era un contrato de obra, sino una simple compraventa, por lo que la experiencia en mención solo podía acreditar experticia en ventas, más no en construcción como tal.

Esta situación ha generado que muchos constructores, a pesar de tener la experiencia suficiente en el área de la construcción, no puedan inscribir sus contratos en el RUP, y por ende, se encuentren excluidos de toda licitación afectando así la libre concurrencia propia de los concursos públicos contractuales.

Es preciso analizar que el simple hecho que la experiencia no se haya generado por una relación contractual donde existe un contratante y un contratista, no significa que el proponente no haya tenido la experticia técnica, administrativa, financiera y jurídica requerida para ejecutar una obra para el Estado.

Ante lo anterior, muchos contratistas constructores han acudido a expertos en la materia, sin que los mismos hayan logrado resolver el asunto en cuestión.

En la actualidad, frente al tema existe un gran vacío normativo y conceptual, pues no existe normatividad ni pronunciamientos jurisprudenciales que desarrollen el tema, ni mucho menos, den una respuesta al problema jurídico propuesto en el presente artículo.

Así las cosas, este vacío jurídico se traduce en un perjuicio para los constructores que pretenden contratar con el Estado y que atenta contra los principios propios de la contratación estatal.

Mecanismos para hacer valer como experiencia habilitante las obras propias de los constructores en un proceso licitatorio.

Ateniendo los antecedentes ya expuestos, es evidente que el obstáculo legal que deben surtir los constructores para registrar su experiencia ante el RUP proveniente de obras propias, afecta de forma injustificada sus derechos como proponentes contenidos en los principios generales de la contratación pública, pues la exclusión de su experticia obtenida de forma lícita y de conformidad a la

costumbre mercantil del sector, taja de manera arbitraria su posibilidad de acceder al concurso público.

Esto cobra relevancia más aún cuando las obras propias resultan ser el modelo normal de negocio de los constructores. Así, el sector de la construcción es una de las actividades más dinámicas de la economía de nuestro país, esencial además para el aumento de la productividad en otros sectores económicos.

De la misma forma, las entidades estatales se están privando de la posibilidad de adjudicar sus proyectos de obra a constructores con mejor experticia que no pueden validar dicha experiencia por la inexistencia de un tercero contratante que certifique sus negocios anteriores, lo que deviene en un perjuicio público, pues es la sociedad la que recibe y hace uso de tales obras estatales pagadas con el erario público.

Ante esta situación, se hace necesario encontrar una fórmula que sobrepase el obstáculo del Decreto 1082 y traiga beneficios justos para constructores, entidades estatales y sociedad misma, donde los constructores no sean excluidos como proponentes ante el Estado y puedan concursar con el máximo de su potencial técnico en las diferentes licitaciones, sin que les sea vulnerado sus derechos que los principios de la contratación deben garantizar; donde además las entidades estatales puedan tener dentro de su concurso mayores calidades entre los proponentes, que se adecúen de la mejor manera al fin buscado, y a su vez, la sociedad reciba obras de mejores calidades.

En este sentido, se plantean dos alternativas de solución que garantizarían los derechos del constructor, y a su vez, respetaría las estipulaciones legales vigentes.

La primera alternativa que se encuentra, es que el constructor reúna las certificaciones emitidas por todos los compradores de la propiedad horizontal en cuestión, es decir, reuniendo todas certificaciones de las ventas hechas producto de la obra realizada, acompañadas de un certificado del curador urbano que

globalice el proyecto total, puedan sumarse los distintos contratos de compraventa como uno solo, y además, basado en el reporte emitido por el curador urbano, pueda darse un nuevo alcance al objeto de tal contrato, pasando de ser una mera compraventa a ser un verdadero contrato de obra.

En este sentido, sería un tercero quien efectivamente da constancia del dinero que el constructor percibió por la construcción y posterior venta de su obra, y además, por medio del visto bueno del curador podría verificarse que las distintas ventas hacen parte de un solo proyecto de construcción que trasciende de una venta a una obra como tal.

Lo anterior en analogía a los contratos típicos consensuales donde cuyo valor es indeterminado y debe calcularse a través de la suma de las distintas órdenes de compra ejecutadas en cumplimiento del mismo contrato, así mismo, el valor global de la obra licenciada por la curaduría sería la sumatoria de todos los contratos de compraventa que se efectuó sobre el inmueble construido en propiedad horizontal.

No puede perderse de vista que siguiendo con la línea doctrinaria establecida por Colombia Compra Eficiente, sería correcto por demás afirmar que si el constructor comercializa los bienes objeto de su actividad constructora, es viable que los compradores o adquirentes certifiquen la existencia de un contrato de obra.

La segunda posible estrategia para allegar la pluricitada experiencia al proceso licitatorio, es que el proponente adjunte su declaración juramentada soporte de la experticia que ejecutó como obra propia directamente a la entidad estatal contratante. Recordemos que la restricción de aportar autocertificación deprecia únicamente para la inclusión del contrato ante el RUP, más no para su análisis y estudio por parte de la entidad estatal al momento de seleccionar a sus contratistas.

Si bien es cierto que el RUP debe entenderse a la luz de la Ley como plena prueba de los requisitos habilitantes, razón por la cual las entidades estatales estaría eximida de validar tales elementos básicos que contiene el Registro de Proponentes, también lo es que el artículo 6 de la Ley 1150 de 2007 abre la posibilidad que en los casos en que por las características del objeto a contratar se requiera la verificación de requisitos habilitantes del proponente adicionales a los contenidos en su RUP, la entidad estatal contratante pueda recibir los soportes del caso y hacer la verificación directamente.

Y es que resulta que ni el Decreto 1510 de 2013 ni el Decreto Compilatorio 1082 de 2015 establece un procedimiento para inscribir en el RUP la experiencia ejecutada de una figura jurídica diferente a la contractual típica tal y como ocurre con las obras propias. Sin embargo, en una interpretación sistemática de la norma contractual podemos elevarnos a la Ley 1150 y sus principios rectores, los cuales determinan que la Entidad Estatal puede verificar ciertos requisitos adicionales de forma directa cuando las características del contrato lo ameriten.

Así, las entidades estatales en sus procesos de selección podrían solicitar o deberían abrir la posibilidad en los pliegos de condiciones, de acreditar directamente la experiencia ejecutada como obra propia desarrollada por el mismo proponente a través de los documentos que tal ente determine.

En este sentido, en virtud de la relevancia e impacto del objeto contractual de un contrato de obra pública, las entidades estatales deben dar estricto cumplimiento al artículo 6 de la Ley 1150 y solicitar la experiencia por obras propias de manera directa entre sus proponentes. De no llegar a hacerlo, los proponentes podrían solicitar tal consideración por medio de observaciones, las cuales deben ser atendidas mediante adendas por parte de la entidad estatal en concordancia con el espíritu garantista de los principios mismos de la contratación estatal.

Conclusiones

El Decreto 1510 de 2013, recopilado por el Decreto 1082 de 2015, señala que ante el RUP únicamente es posible registrar aquella experiencia que surja de una relación contractual bilateral, es decir, donde exista un tercero contratante y un contratista.

En este sentido, las obras propias estarían excluidas de dicha norma, imposibilitando que la experiencia atribuida a muto propio no sea registrable en el RUP.

No obstante lo anterior, el numeral 6.1 del artículo 6 de la Ley 1150 de 2007 abre la posibilidad que las Entidades Estatales dentro de sus procesos licitatorios admitan documentos y requisitos adicionales del proponente que no pueden ser validados con el RUP, cuando las características de la licitación así lo requiera.

Por lo anterior, las entidades estatales deben admitir en sus procesos licitatorios la acreditación de la experiencia surgida de obras propias desarrolladas por el mismo proponente. En efecto, los pliegos de condiciones de cada concurso deben indicar la forma en que dichos soportes pueden entregarse directamente a la Entidad para acreditar las obras propias realizadas, en virtud de que tal experiencia es adicional al RUP y no puede validarse de este registro de la manera en que se indicó anteriormente, tal y como lo ha señalado la Agencia de Contratación Estatal - Colombia Compra Eficiente en concepto 41513000145 de 2015.

Si los pliegos de condiciones iniciales (borrador) no establecen dichos términos, es posible solicitar por medio de observaciones, que se tenga en cuenta la experiencia conforme lo indica la Ley 1150.

Lo anterior toda vez que de imposibilitar que el proponente adjunte su experiencia adicional que no es registrable ante el RUP, pero que de todas formas hacer parte de su curriculum material, técnico y demostrable que conforma su experiencia, se estaría atentando contra la esencia misma de la Ley 1150 y los principios generales que rigen la contratación pública colombiana, tales como la libre concurrencia y selección objetiva.

El principio de libre concurrencia busca permitir el acceso al proceso licitatorio de todas las personas o sujetos de derecho interesados en contratar con el Estado. En este sentido, las entidades del Estado deben abstenerse de imponer condiciones restrictivas que impidan el acceso al procedimiento de selección, por lo que resulta inadmisibles la inclusión en los pliegos de condiciones de cláusulas limitativas que no se encuentren autorizadas por la Constitución y la Ley, lo que ocurriría de no permitirse aportar la experiencia de obra propia de forma directa, tal y como lo indica la Ley 1150, puesto que ello impide la más amplia oportunidad de concurrencia y atenta contra los intereses económicos de la entidad contratante, en razón a que no permite la consecución de las ventajas económicas que la libre competencia del mercado puede aparejar en la celebración del contrato.

El principio de selección objetiva es el que permite que la entidad Estatal determine la propuesta más favorable. Así, de descartar tajantemente las propuestas por no permitirse de forma arbitraria allegar la documentación sobre obras propias, no podría la administración seleccionar la mejor oferta del mercado por cuanto descartaría sin fundamento, posibles mejor propuestas que satisfagan las necesidades del servicio y el fin del contrato.

REFERENCIAS

Cámara de Comercio de Bogotá. (2007). *Vademécum de los Registros Públicos*. Bogotá: Panamericana Formas e Impresos.

Colombia Compra Eficiente. (21 de abril de 2015). *Concepto 415130001145*. Bogotá.

Colombia Compra Eficiente. (8 de septiembre de 2017). *Concepto 2201713000005258*. Bogotá.

Congreso de Colombia. (16 de julio de 2007). *Ley 1150 de 2007. por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos*. En Legis Editores, Colección de Legislacion Colombiana [en línea]. Recuperado de legal.legis.com.co/document?obra=legcol&document=legcol_75992042358af034e0430a010151f034

Congreso de Colombia. (28 de octubre de 1993). *Ley 80 de 1993. Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*. En Legis Editores, Colección de Legislacion Colombiana [en línea]. Recuperado de legal.legis.com.co/document?obra=legcol&document=legcol_7599204144dbf034e0430a010151f034

Congreso de la República. (26 de Julio de 2005). *Exposición de Motivos Ley 1150 de 2007. Gaceta del Congreso 458 de 2005*.

Departamento Nacional de Planeación. (13 de abril de 2012). *Decreto 734 de 2012. Por el cual se reglamenta el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y se dictan otras disposiciones*. En Legis Editores, Colección de Legislacion Colombiana [en línea]. Recuperado de legal.legis.com.co/document?obra=legcol&document=legcol_bdd359f41e9201e2e0430a01015101e2

Departamento Nacional de Planeación. (17 de julio de 2013). *Decreto 1510 de 2013. Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública*. En Legis Editores, Colección de Legislacion Colombiana [en

línea]. Recuperado de <legal.legis.com.co/document?obra=legcol&document=legcol_e1d4925bf9de017ce0430a010151017c>

Escobar, R. (1999). *Teoría General de los Contratos de la Administración Pública*. Bogotá: Legis Editores.

Gil Botero, E. (26 de agosto de 2013). *Sentencia 2012-00056. ACCIÓN DE NULIDAD, REGISTRO DE PROPONENTES, MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO*. Bogotá. Consejo de Estado. En Legis Editores, Colección de Jurisprudencia Colombiana [en línea]. Recuperado de <legal.legis.com.co/document?obra=jurcol&document=jurcol_e95b74f892ee02dae0430a01015102da>

Pachón, L. C. (2014). *Contratación pública: análisis normativo, descripción de procedimientos, estatuto general, normas complementarias, decretos 1510 de 2013 y 791 de 2014, directrices de colombia compra eficiente (6a. ed.)*. Retrieved from <https://ugc.elogim.com:2117>

Palacio Palacio, J. I. (28 de noviembre de 2012). *Sentencia C-1016-2012. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 6º (parcial) de la Ley 1150 de 2007, "Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos"*. Bogotá. Corte Constitucional.

Presidencia de la Republica. (02 de febrero de 1983). *Decreto 222 de 1983. por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones*. En Legis Editores, Colección de Legislacion Colombiana [en línea]. Recuperado de <legal.legis.com.co/document?obra=legcol&document=legcol_75992041ddb5f034e0430a010151f034>

Rosero, M. B. C. (2011). *Contratación estatal: manual teórico práctico*. Retrieved from <https://ugc.elogim.com:2117>

Superintendencia de Industria y Comercio. (2017). *Concepto 17-161174*. Bogotá.

Superintendencia de Industria y Comercio. (23 de noviembre de 2016). *Circular externa 2 de 2016. Por la cual se modifica el título VIII de la Circular Única*. En Legis Editores, Colección de Legislacion Colombiana [en línea]. Recuperado de <legal.legis.com.co/document?obra=legcol&document=legcol_bbb9a4cb73134ddd_a85eeec83aa55d64>