**CCE-DES-FM-17**

**DOCUMENTOS TIPO – Inalterabilidad – Configuración – Pliego de condiciones – Alcance**

Los artículos 2.2.1.2.6.1.4 , 2.2.1.2.6.2.3 y 2.2.1.2.6.3.4 del Decreto 1082 de 2015 establecen la inalterabilidad de los documentos tipo para las modalidades de licitación pública, selección abreviada de menor cuantía y mínima cuantía, que consiste en que las entidades estatales no pueden incluir o modificar en los documentos del proceso las condiciones habilitantes, los factores técnicos y económicos de escogencia y los sistemas de ponderación distintos a los señalados en los documentos tipo. En consecuencia, las condiciones que sean establecidas en los documentos que adopte el Gobierno Nacional, en ejercicio del mandato establecido en el artículo 4 de la Ley 1882 de 2018, modificado por la Ley 2022 de 2020, son de obligatorio cumplimiento e inalterables para las entidades sometidas al EGCAP que adelanten procesos que deban regirse por su contenido. Por tanto no pueden variar los requisitos que en ellos sean fijados, ni establecer reglas o requisitos adicionales a los establecidos en los Documentos Tipo para la presentación de las ofertas y la acreditación de los requisitos habilitantes.

Esta prohibición la ratifica el artículo 2 de las resoluciones No.1798 de 2019, 044, 045 y 094 de 2020, por medio de las que se desarrollaron los documentos tipo para las referidas modalidades de selección, al disponer la inalterabilidad de los documentos tipo en los siguientes términos: «Las Entidades Estatales no pueden incluir condiciones o modificar las señaladas en los Documentos Tipo, a menos que expresamente se les faculte para hacerlo».

**DOCUMENTOS TIPO – Inalterabilidad – Información en corchetes y resaltado gris – Experiencia**

[…] la regla general frente la aplicación del «Documento Base» es su inalterabilidad, y no se podrán incluir o modificar en los documentos del proceso las condiciones habilitantes, los factores técnicos y económicos de escogencia y los sistemas de ponderación distintos a los señalados en los documentos tipo; salvo si el objeto contractual incluye bienes o servicios ajenos a la obra pública de infraestructura de transporte, caso en el que se podrá incluir experiencia adicional; y, además, cuando el pliego tipo de forma expresa lo incluya, es decir, en los aspectos incluidos en corchetes y resaltados en gris.

Este principio de inalterabilidad también es aplicable a los formatos y anexos implementados junto con el «Documento Base», los cuales deben ser usados para desarrollar el procedimiento de contratación, con la finalidad de que los proponentes acrediten los diferentes requisitos establecidos para participar en el proceso de selección. Debe aclararse que los formatos y anexos, al igual que el «Documento Base», contienen apartes entre corchetes y resaltados en gris, los cuales deben ser diligenciados por la entidad, al igual que otros aspectos relativos a información que debe ser completada por los oferentes al hacer uso de los formatos.

**DOCUMENTOS TIPO** **– Inalterabilidad – Prevalencia del derecho sustancial**

Con todo, el principio de inalterabilidad de los documentos tipo debe armonizase con principios de orden constitucional, especialmente con el de prevalencia del derecho sustancial, consagrado en el artículo 228 de la Constitución Política. La interpretación armónica de tales principios, a juicio de la Agencia Nacional de Contratación Pública, impide que la entidad que adelanta el proceso contractual le rinda culto a las «formas», pues, en últimas, el deber que le asiste es el de tener en cuenta y aplicar los aspectos sustanciales de los documentos tipo, sin distingo de la formalidad de la que se sirva para ello los actores de la contratación pública.

**OPERACIONES DE CRÉDITO PÚBLICO – Noción**

El parágrafo 2 del artículo 41 de la Ley 80 de 1993, define las operaciones de crédito público como aquellas «que tienen por objeto dotar a la entidad de recursos con plazo para su pago, entre las que se encuentran la contratación de empréstitos, la emisión, suscripción y colocación de bonos y títulos valores, los créditos de proveedores y el otorgamiento de garantías para obligaciones de pago a cargo de las entidades estatales». Por su parte, el artículo 3 del Decreto 2681 de 1993, compilado en el artículo 2.2.1.1.1. del Decreto 1068 de 2015 , las define como «los actos o contratos que tienen por objeto dotar a la entidad estatal de recursos, bienes o servicios con plazo para su pago o aquellas mediante las cuales la entidad actúa como deudor solidario o garante de obligaciones de pago».

**DOCUMENTOS TIPO – Créditos de proveedor – Presentación de oferta – Requisitos de ejecución – Respaldo crediticio – Cupo de crédito**

[…] resulta válido que en procesos a adelantarse con documentos tipo de infraestructura de transporte, se incluya la contratación de créditos de proveedor en los términos del artículo 2.2.1.2.3.1 del Decreto 1068 de 2015. En dichos casos, con la finalidad de evaluar la capacidad del proveedor para desarrollar el objeto contractual hasta el vencimiento del plazo del respectivo crédito, podrá exigirse que determinado porcentaje del ofrecimiento económico a realizarse por el oferente, como requisito para la ejecución del contrato, se encuentren respaldado con determinado cupo de crédito, garantías bancarias o en general mecanismos financieros que permitan establecer que el contratista cuenta con la capacidad financiera para asumir el crédito, sin que ello pueda tener algún impacto en la ejecución del contrato.

Dicha posibilidad, además se encuentra condicionada a que la decisión de financiar de esta manera la ejecución del contrato se encuentre respaldada en el análisis del sector, estudio en virtud del cual la entidad estatal da «sustento para la decisión de adelantar el proceso de contratación desde el punto de vista de la eficiencia, eficacia y economía, que parte de una aproximación al panorama que se enfrentan a la hora de adelantar un proceso de contratación» . En dicho análisis además deberá estudiarse lo relativo al cumplimiento de los requisitos establecidos en los capítulos 1 y 2 del Título 1 de la Parte 2 del Decreto 1068 de 2015 y el parágrafo 2 del artículo 41 de la Ley 80 de 1993 para el otorgamiento del correspondiente crédito, comoquiera que las circunstancias que en ello subyacen se relacionan necesariamente con la planeación y desarrollo del proceso de contratación de obra pública dentro del que se contempla el crédito.

Bogotá D.C., **09/12/2020 Hora 19:8:14s**

**N° Radicado: 2202013000011961**

Señora

**María José Ballestas**

Barranquilla, Atlántico

 **Concepto C ─ 696 de 2020**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**   | DOCUMENTOS TIPO – Inalterabilidad – Configuración – Pliego de condiciones – Alcance / DOCUMENTOS TIPO – Inalterabilidad – Información en corchetes y resaltado gris – Experiencia / DOCUMENTOS TIPO – Inalterabilidad – Prevalencia del derecho sustancial / OPERACIONES DE CRÉDITO PÚBLICO – Noción / DOCUMENTOS TIPO – Créditos de proveedor – Presentación de oferta – Requisitos de ejecución – Respaldo crediticio – Cupo de crédito |
| **Radicación:**  | Respuesta a la consulta No. 4202013000009774 |

Estimada señora Ballestas:

En ejercicio de la competencia otorgada por los artículos 11, numeral 8º, y 3º, numeral 5º, del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública ― Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 27 de octubre de 2020.

1. **Problemas planteados**

Usted realiza las siguientes preguntas:

«1. ¿Podría una entidad pública sometida al Estatuto General de la contratación de la Administración Pública establecer, criterios habilitantes y ponderables adicionales a los establecidos en los pliegos tipo y adicionales a la previsión establecida en el artículo 2.2.1.2.1.6.5 del Decreto 1082 de 2015, cuando el contrato a celebrar comprenda un servicio adicional?

2. ¿Podría una entidad pública sometida al Estatuto General de la contratación de la Administración Pública establecer criterios habilitantes y ponderables adicionales a los establecidos en el pliego tipo, tendientes a evaluar idoneidad de cara a la operación de crédito público que se utilizaría como forma de pago del proyecto de infraestructura de transporte?

3. En caso de no ser afirmativas las respuestas a los anteriores interrogantes, ¿qué criterios podría utilizar una entidad pública sometida al Estatuto General de la contratación de la Administración Pública para garantizar la solidez financiera de un oferente que pretenda financiera un proyecto de obra pública en infraestructura de transporte, bajo la modalidad de crédito público de crédito proveedor?».

1. **Consideraciones**

La Agencia Nacional de Contratación Pública ― Colombia Compra Eficiente en los conceptos C–144 de 2 de marzo de 2020, C-174 del 16 de marzo de 2020, C-129 del 24 de marzo de 2020, C-193 del 6 de abril de 2020, C-189 del 8 de abril de 2020, C-009 del 27 de abril de 2020, C-289 del 26 de mayo de 2020, C-384 del 4 de junio de 2020, C-328 del 30 de junio de 2020, C-397 del 30 de junio de 2020, C-327 del 10 de julio de 2020, C-485 del 27 de julio de 2020, C-501 del 29 de julio de 2020, C-497 del 6 de agosto de 2020, C-528 del 18 de agosto de 2020, C-526 del 26 de agosto de 2020, C-531 del 28 de agosto de 2020, C-597 del 14 de septiembre de 2020, C-618 del 17 de septiembre de 2020, C-633 del 23 de octubre de 2020, C-630 del 21 de octubre de 2020, C-643 del 26 de octubre de 2020, C-635 del 29 de octubre de 2020 y C-716 del 30 de octubre de 2020, se refirió al alcance del principio de inalterabilidad de los documentos tipo de obra pública de infraestructura de transporte. En los conceptos C-289 del 25 de mayo de 2020 y C-501 del 29 de julio de 2020, se estudió lo referente a las modalidades de pago en procesos adelantados con documentos tipo. De otra parte, en el concepto de radicado No. 2201913000009289 del 16 de septiembre de 2019, esta Agencia se refirió a la aplicación de la figura de créditos de proveedor en procesos adelantados con documentos tipo. Las consideraciones entonces expuestas se retoman a continuación.

* 1. **Inalterabilidad de los documentos tipo**

El artículo 4 de la Ley 1882 de 2018 estableció que al Gobierno Nacional le correspondía adoptar los «documentos tipo para los pliegos de condiciones de los procesos de selección de obras públicas» y que estos «*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».

Adicionalmente señala, frente a su contenido, que «[d]entro 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 –en adelante EGCAP– las condiciones habilitantes, así como los factores técnicos y económicos de escogencia […] teniendo en cuenta la naturaleza y la cuantía de los contratos».

Es necesario destacar que el artículo 4 de la Ley 1882 de 2018, a través del cual se adicionaba el parágrafo 7 arriba transcrito al artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, fue modificado por el artículo 1 de la Ley 2022 de 2020, por medio del cual se refuerzan las competencias de esta Agencia para la producción de documentos tipo al habilitarla directamente para su expedición, estableciéndose además su carácter obligatorio para las entidades estatales regidas por el EGCAP. Dicha ley, publicada el 22 de julio de 2020, entró a regir a partir de su publicación y permite que la Agencia Nacional de Contratación Pública implemente documentos tipo para diferentes objetos contractuales, conforme indiquen los cronogramas que se definan en coordinación con las diferentes entidades técnicas y especializadas, con el fin de incorporarlos al sistema de compra pública, sin perjuicio de la aplicación de los documentos tipo expedidos antes de la entrada vigencia de la referida norma.

Conforme a esto, en vigencia del artículo 4 –original– de la Ley 1882 de 2018, el Gobierno Nacional adoptó los documentos tipo para los pliegos de condiciones de los procesos de selección de licitación de obra pública de infraestructura de transporte, mediante la expedición del Decreto 342 de 2018, el cual adiciona al Decreto 1082 de 2015. Lo propio hizo mediante los Decretos 2096 de 2019 y 594 de 2020, para las modalidades de selección abreviada de menor cuantía y mínima cuantía, en lo que tiene que ver con la escogencia de contratistas de obra pública de infraestructura de transporte.

Los artículos 2.2.1.2.6.1.4[[1]](#footnote-1), 2.2.1.2.6.2.3[[2]](#footnote-2) y 2.2.1.2.6.3.4[[3]](#footnote-3) del Decreto 1082 de 2015 establecen la inalterabilidad de los documentos tipo para las modalidades de licitación pública, selección abreviada de menor cuantía y mínima cuantía, que consiste en que las entidades estatales no pueden incluir o modificar en los documentos del proceso las condiciones habilitantes, los factores técnicos y económicos de escogencia y los sistemas de ponderación distintos a los señalados en los documentos tipo. En consecuencia, las condiciones que sean establecidas en los documentos que adopte el Gobierno Nacional, en ejercicio del mandato establecido en el artículo 4 de la Ley 1882 de 2018, modificado por la Ley 2022 de 2020, son de obligatorio cumplimiento e inalterables para las entidades sometidas al EGCAP que adelanten procesos que deban regirse por su contenido. Por tanto no pueden variar los requisitos que en ellos sean fijados, ni establecer reglas o requisitos adicionales a los establecidos en los Documentos Tipo para la presentación de las ofertas y la acreditación de los requisitos habilitantes.

Esta prohibición la ratifica el artículo 2 de las resoluciones No.1798 de 2019, 044, 045 y 094 de 2020, por medio de las que se desarrollaron los documentos tipo para las referidas modalidades de selección, al disponer la inalterabilidad de los documentos tipo en los siguientes términos: «Las Entidades Estatales no pueden incluir condiciones o modificar las señaladas en los Documentos Tipo, a menos que expresamente se les faculte para hacerlo».

En armonía con lo anterior, en la parte introductoria de los documentos tipo, tanto los de licitación como los de selección abreviada de menor cuantía, se señala que los aspectos incluidos en corchetes y resaltado gris deben ser diligenciados por la entidad. Excepcionalmente le corresponde al proponente consignar la información incluida en corchetes y resaltada en gris. De todos modos, en cada apartado que esté resaltado en gris la entidad tendrá la libertad de determinar la información que diligenciará, de acuerdo con su necesidad y las instrucciones que establezca el Documento Tipo.

Asimismo, el artículo 2.2.1.2.6.1.5 del Decreto 1082 de 2015[[4]](#footnote-4) prevé los eventos en los que el objeto contractual incluye bienes o servicios adicionales a la obra pública de infraestructura de transporte. En este caso, la entidad estatal puede complementar experiencia adicional para evaluar la idoneidad respecto de los bienes o servicios ajenos a la obra pública. No obstante, se deberán seguir los siguientes parámetros: i) demostrar en los estudios previos que ha verificado las condiciones de mercado para la adquisición de los bienes o servicios adicionales al componente de obra pública, de tal forma que la experiencia adicional garantiza la pluralidad de oferentes, ii) conservar los requisitos exigidos en los Documentos Tipo, iii) abstenerse de pedir experiencia exclusiva con entidades estatales, experiencia previa en un territorio específico, limitada en el tiempo o que incluya volúmenes o cantidades de obra específica, iv) clasificar la experiencia requerida solo hasta el tercer nivel del Clasificador de Bienes y Servicios e incluir exclusivamente los códigos que estén relacionados directamente con el objeto a contratar.

En suma, la regla general frente la aplicación del «Documento Base» es su inalterabilidad, y no se podrán incluir o modificar en los documentos del proceso las condiciones habilitantes, los factores técnicos y económicos de escogencia y los sistemas de ponderación distintos a los señalados en los documentos tipo; salvo si el objeto contractual incluye bienes o servicios ajenos a la obra pública de infraestructura de transporte, caso en el que se podrá incluir experiencia adicional; y, además, cuando el pliego tipo de forma expresa lo incluya, es decir, en los aspectos incluidos en corchetes y resaltados en gris.

Este principio de inalterabilidad también es aplicable a los formatos y anexos implementados junto con el «Documento Base», los cuales deben ser usados para desarrollar el procedimiento de contratación, con la finalidad de que los proponentes acrediten los diferentes requisitos establecidos para participar en el proceso de selección. Debe aclararse que los formatos y anexos, al igual que el «Documento Base», contienen apartes entre corchetes y resaltados en gris, los cuales deben ser diligenciados por la entidad, al igual que otros aspectos relativos a información que debe ser completada por los oferentes al hacer uso de los formatos.

Con todo, el principio de inalterabilidad de los documentos tipo debe armonizase con principios de orden constitucional, especialmente con el de prevalencia del derecho sustancial, consagrado en el artículo 228 de la Constitución Política. La interpretación armónica de tales principios, a juicio de la Agencia Nacional de Contratación Pública, impide que la entidad que adelanta el proceso contractual le rinda culto a las «formas», pues, en últimas, el deber que le asiste es el de tener en cuenta y aplicar los aspectos sustanciales de los documentos tipo, sin distingo de la formalidad de la que se sirva para ello los actores de la contratación pública.

De esta forma, si en los documentos tipo se establece, por ejemplo, que el proponente debe «diligenciar para cada uno de los ítems enunciados en el Formulario 1 – Formulario de Presupuesto Oficial, el análisis de precios unitarios», dicha obligación debe entenderse satisfecha cuando el proponente lleva a cabo el análisis de los precios unitarios para cada uno de los ítems enunciados en el referido Formulario, independientemente de la forma de la que se sirvió el contratista para diligenciar la información solicitada. Lo anterior siempre que en los documentos tipo no se exija una formalidad de manera expresa al proponente, hipótesis que, en todo caso, es eventual y excepcional.

El carácter inalterable de los documentos tipo no puede, entonces, hacerse extensivo a los aspectos formales de tales documentos, esto es, el tamaño y tipo de letra, las márgenes o las expresiones que pretenden hacer más comprensible el documento, como es el caso de aquellas que informan que una expresión larga será referida con otra similar pero más corta. Lo anterior teniendo en cuenta que estos aspectos en nada afectan la aplicación y alcance de los documentos tipo, pues no inciden en su contenido esencial y, mucho menos, las obligaciones, deberes y derechos que se derivan para las partes contratantes.

**2.2. Créditos de proveedor y su aplicación en procesos de selección con documentos tipo**

El parágrafo 2 del artículo 41 de la Ley 80 de 1993, define las operaciones de crédito público como aquellas «que tienen por objeto dotar a la entidad de recursos con plazo para su pago, entre las que se encuentran la contratación de empréstitos, la emisión, suscripción y colocación de bonos y títulos valores, los créditos de proveedores y el otorgamiento de garantías para obligaciones de pago a cargo de las entidades estatales»[[5]](#footnote-5).
Por su parte, el artículo 3 del Decreto 2681 de 1993, compilado en el artículo 2.2.1.1.1. del Decreto 1068 de 2015[[6]](#footnote-6), las define como «los actos o contratos que tienen por objeto dotar a la entidad estatal de recursos, bienes o servicios con plazo para su pago o aquellas mediante las cuales la entidad actúa como deudor solidario o garante de obligaciones de pago».

De acuerdo con las definiciones de la Ley 80 de 1993 y del Decreto 1068 de 2015, las operaciones de crédito publico permiten dotar a la entidad de recursos líquidos, suministrar bienes o la prestación de servicios. La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto del 20 de febrero de 2014, señaló respecto de la reglamentación del cupo de crédito y su carácter contractual lo siguiente:

El Decreto Reglamentario 2681 de 1993 continuó con la definición que traía la Ley 80 de 1993, según la cual las operaciones de crédito público, así como sus obligaciones jurídicas, surgen en forma contractual por virtud del acuerdo entre dos o más sujetos con el objeto de dotar a las entidades del Estado de una serie de recursos, bienes o servicios cuyo pago se realiza a plazo. Incluye esta noción la asunción de obligaciones crediticias solidarias y el otorgamiento de garantías para respaldar obligaciones de pago.

Esta característica reviste importancia en la medida en que son los mismos agentes que intervienen en la operación crediticia los que determinan la regulación de sus relaciones, el alcance de sus obligaciones, así como sus modalidades y condiciones de pago, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, aunque con sujeción a los límites que establece el ordenamiento aplicable[[7]](#footnote-7).

 Dentro de las modalidades de operación de crédito público encontramos los créditos de proveedor, que conforme se establece en el artículo 17 del Decreto 2681 de 1993, hoy compilado en el artículo 2.2.1.2.3.1. del Decreto 1068 de 2015, son «aquellos mediante los cuales se contrata la adquisición de bienes o servicios con plazo para su pago»[[8]](#footnote-8). Respecto de lo que se entiende por crédito de proveedor, la Sección Cuarta del Consejo de Estado, en sentencia del 13 de junio de 2013, manifestó:

[…] los créditos a proveedores ciertamente hacen parte de las operaciones de crédito público, distinguidas por las únicas y categóricas finalidades de dotar a la entidad contratante de recursos, bienes o servicios, con la mediación de un plazo para pagarlos, o de garantizar obligaciones de pago, inclusive bajo la forma de la solidaridad; y, en todo caso, los actos o contratos análogos a esas unívocas finalidades, que obliguen a la entidad estatal bajo un determinado plazo de pago.

[…]

La idea es clara: el «crédito de proveedor» como especie del género «operación de crédito público» se contrae con el exclusivo objeto de que una entidad estatal adquiera bienes y servicios pagables a futuro […][[9]](#footnote-9).

En este sentido la operación de crédito de proveedor permite que la entidad realice la contratación de bienes o servicios a través de crédito, el cual se pagará en las condiciones establecidas en el contrato resultante del proceso de selección. Esta modalidad de crédito público implica necesariamente que el contratista seleccionado cuente con la suficiente capacidad financiera o con los respaldos y garantías correspondientes que le permitan asumir la ejecución total o parcial del contrato, de acuerdo con el esquema de ejecución, sin desembolsos o pagos totales por parte de la entidad, hasta tanto se cumplan los plazos o las condiciones necesarias, fijadas en los Documentos del Proceso de contratación.

Lo anterior implica que la decisión de una entidad de optar por esta forma de financiación, debe surgir del análisis que procede en virtud de los artículos 2.2.1.1.1.6.1 y **2.2.1.1.1.6.2 del Decreto 1082 de 2015**[[10]](#footnote-10)**, esto es, el estudio o análisis del sector, cuya realización adelantan las entidades estatales al hacer los** estudios necesarios para conocer el sector económico, los riesgos previsibles y así, adoptar las medidas necesarias que garanticen la ejecución y cumplimiento del objeto contractual. En ese sentido, el estudio del sector debe servir a la entidad estatal para determinar la posibilidad de financiar un proyecto mediante una operación de crédito público, como lo es un crédito de proveedor, y asimismo debe establecer las condiciones exigibles a los proponentes para que dicha financiación sea posible.

 Ahora, si bien en los Documentos Tipo no se hace alusión a la financiación de procesos de selección, ello no quiere decir que dicha alternativa se encuentre vedada o proscrita en los procesos regidos por estos documentos. Más aún, si como lo señaló esta Agencia en conceptos como el C-289 del 25 de mayo de 2020 y C-501 del 29 de julio de 2020, existe cierta autonomía de las entidades para determinar la forma de pago en este tipo de procesos, que les permite optar por las formas de pago que a bien determinen, incluso apartándose de las sugeridas en el «Anexo 5 - Minuta del contrato»[[11]](#footnote-11), tesis a la luz de la cual la estipulación de pagos sometidos a plazos, amparados en la figura de créditos de proveedor, resultaría válida.

Además de lo previsto en el parágrafo 2 del artículo 41 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 2.2.1.2.3.1 del Decreto 1068 de 2015, se puede afirmar que el ejercicio de la autonomía de la voluntad y el principio de la buena fe que rige la ejecución de los contratos avalan la posibilidad de que los contratistas estatales de obra pública se obliguen más allá de lo estrictamente referido al desarrollo del objeto principal del contrato, comprometiéndose a financiar hasta cierto plazo la ejecución del contrato, de acuerdo con las estipulaciones contractuales. Sin embargo, la pretensión de incluir en un contrato de obra pública obligaciones referentes al otorgamiento de un crédito de proveedor, con las formalidades que ello podría implicar y sin que en el marco del proceso de selección se determinen requisitos relativos a la evaluación de la capacidad del proponente para asumir este tipo de obligaciones, resulta contrario al deber de planeación y estudio del sector, comoquiera que ello puede tener un impacto en la ejecución y cumplimiento del contrato.

Al respecto, en principio podría entenderse que el otorgamiento de un crédito por parte de un proveedor, destinado a financiar la ejecución de un contrato de obra pública de infraestructura de transporte, constituye un servicio adicional en los términos del artículo 2.2.1.2.6.1.5 del Decreto 1082 de 2015. No obstante, dicho artículo solo habilita para exigir experiencia adicional a la exigible para el objeto contractual conforme a la «Matriz 1 – Experiencia», cuando se cumplen los presupuestos establecidos en dicha norma. En ese sentido, si bien pudiera configurarse un requisito de experiencia adicional, conforme a lo establecido en esta norma, relacionado con la experiencia de los oferentes en el otorgamiento de créditos de proveedor, se cuestiona que ello sea útil para evaluar la capacidad de otorgar el crédito que se establezca en el proceso contractual, en la medida en que la experiencia poco aporta frente a la capacidad de un oferente para otorgar un crédito y a su vez ejecutar el contrato hasta que se produzca su pago, comoquiera que esto tiene que ver con un asunto financiero y no con los conocimientos requeridos para ejecutar el objeto contractual.

Dada la obligatoriedad de las disposiciones contenidas en los documentos tipo y su inalterabilidad, el hecho de que no se contemplen requisitos habilitantes dirigidos a evaluar la capacidad de un oferente para otorgar un crédito de proveedor podría significar un obstáculo de importancia para la implementación de créditos de proveedor en el marco de este tipo de contratos, máxime cuando en lo relativo a la evaluación de la capacidad financiera no se contemplan alternativas que permitan determinar la aptitud de un proponente para asumir este clase de compromisos bajo la forma de un requisito habilitante.

 No obstante, esta Agencia ya se pronunció sobre la aplicación de la figura de créditos de proveedor en los procesos de licitación de obra pública de infraestructura de transporte adelantados con los documentos tipo adoptados mediante la Resolución No. 1798 de 2019 –Versión 1–, mostrándose de acuerdo con la posibilidad que las condiciones requeridas del contratista para financiar la ejecución del proyecto hasta el vencimiento del plazo del correspondiente crédito, se evalúen a partir de mecanismos financieros que respalden la oferta. Por ejemplo, con la presentación de la propuesta respaldada por un cupo de crédito asociado al valor de la eventual obligación sometida o plazo, o en general mecanismos financieros mediante los que se ampare la capacidad del proponente para desarrollar el objeto contractual en el monto y plazo del crédito requerido. Así se manifestó en concepto de 16 de diciembre de 2019:

[…] tratándose de Procesos de Contratación estructurados a través de operaciones de crédito público, la entidad producto del análisis del riesgo y del sector económico, debe identificar si requiere de la exigencia de requisitos o condiciones que permitan garantizar la ejecución del contrato, siempre y cuando estos sean adecuados y proporcionales. Así en procesos de contratación de licitación de obra pública de infraestructura de transporte que deban aplicar Documentos Tipo, la entidad puede configurar como requisito para la presentación de la oferta económica, que se respalde el valor total o un porcentaje del ofrecimiento realizado, a través de cupo de crédito o cualquier amparo adicional que permita complementar la capacidad financiera del proponente. Este requisito, al ser parte de la oferta económica, debe ser incorporada en el Sobre 2 y únicamente podría ser solicitado en procesos como el expuesto en la consulta que son estructurados a través de esquemas de crédito público.

Por otro lado y si el resultado de los análisis y estudios previos así lo concluye, la entidad puede establecer como requisito para la suscripción del acta de inicio, como parte de los requisitos de ejecución del contrato, que se aporte el cupo o carta de crédito o cualquier otro documento idóneo expedido por una entidad financiera autorizada por la Superintendencia Financiera, en el cual se demuestre que se cuenta con el respaldo para ejecutar las obras[[12]](#footnote-12).

Conforme a lo anterior, resulta válido que en procesos a adelantarse con documentos tipo de infraestructura de transporte, se incluya la contratación de créditos de proveedor en los términos del artículo 2.2.1.2.3.1 del Decreto 1068 de 2015. En dichos casos, con la finalidad de evaluar la capacidad del proveedor para desarrollar el objeto contractual hasta el vencimiento del plazo del respectivo crédito, podrá exigirse que determinado porcentaje del ofrecimiento económico a realizarse por el oferente, como requisito para la ejecución del contrato, se encuentren respaldado con determinado cupo de crédito, garantías bancarias o en general mecanismos financieros que permitan establecer que el contratista cuenta con la capacidad financiera para asumir el crédito, sin que ello pueda tener algún impacto en la ejecución del contrato.

Dicha posibilidad, además se encuentra condicionada a que la decisión de financiar de esta manera la ejecución del contrato se encuentre respaldada en el análisis del sector, estudio en virtud del cual la entidad estatal da «sustento para la decisión de adelantar el proceso de contratación desde el punto de vista de la eficiencia, eficacia y economía, que parte de una aproximación al panorama que se enfrentan a la hora de adelantar un proceso de contratación»[[13]](#footnote-13). En dicho análisis además deberá estudiarse lo relativo al cumplimiento de los requisitos establecidos en los capítulos 1 y 2 del Título 1 de la Parte 2 del Decreto 1068 de 2015 y el parágrafo 2 del artículo 41 de la Ley 80 de 1993 para el otorgamiento del correspondiente crédito, comoquiera que las circunstancias que en ello subyacen se relacionan necesariamente con la planeación y desarrollo del proceso de contratación de obra pública dentro del que se contempla el crédito.

En conclusión, la implementación de créditos de proveedor a luz de lo dispuesto artículo 2.2.1.2.3.1 del Decreto 1068 de 2015, en procesos de licitación de obra pública de infraestructura de transporte, adelantados con documentos tipo, es posible, siendo el respaldo de los ofrecimientos en un porcentaje igual o superior al valor del pago sometido a plazo, con cupos de créditos aprobados y garantías bancarías, mecanismos válidos para determinar la capacidad del proponente de asumir el respectivo crédito de proveedor. Dicho respaldo también podrá exigirse como requisito de ejecución del contrato, estableciéndose como una exigencia para la suscripción del acta de inicio, cuando del análisis y estudio del sector así se derive.

1. **Respuestas**

«1. ¿Podría una entidad pública sometida al Estatuto General de la contratación de la Administración Pública establecer, criterios habilitantes y ponderables adicionales a los establecidos en los pliegos tipo y adicionales a la previsión establecida en el artículo 2.2.1.2.1.6.5 del Decreto 1082 de 2015, cuando el contrato a celebrar comprenda un servicio adicional?

2. ¿Podría una entidad pública sometida al Estatuto General de la contratación de la Administración Pública establecer criterios habilitantes y ponderables adicionales a los establecidos en el pliego tipo, tendientes a evaluar idoneidad de cara a la operación de crédito público que se utilizaría como forma de pago del proyecto de infraestructura de transporte?»

3. En caso de no ser afirmativas las respuestas a los anteriores interrogantes, ¿qué criterios podría utilizar una entidad pública sometida al Estatuto General de la contratación de la Administración Pública para garantizar la solidez financiera de un oferente que pretenda financiera un proyecto de obra pública en infraestructura de transporte, bajo la modalidad de crédito público de crédito proveedor?».

El artículo 4 de la Ley 1882 de 2018 –modificado por la Ley 2022 de 2020­– y el artículo 2.2.1.2.6.1.4. del Decreto 1082 de 2015 establecen la inalterabilidad de los Documentos Tipo, lo que impide que las entidades estatales puedan incluir o modificar las condiciones habilitantes, los factores técnicos y económicos de escogencia y los sistemas de ponderación allí definidos y, en general, alterar sus contenidos en los supuestos en que los documentos no lo permiten, toda vez que su contenido es obligatorio.

 Ahora bien, el otorgamiento de créditos de proveedor, conforme con el artículo 2.2.1.2.3.1 del Decreto 1068 de 2015, en principio pudiera entenderse como un bien adicional a la obra pública, que facultaría a la entidad contratante a exigir experiencia adicional. No obstante, tal experiencia no constituye un criterio útil para determinar la capacidad del proponente para asumir el referido crédito, sin que ello tenga un impacto en el desarrollo del contrato.

Sin embargo, tratándose de procesos de contratación estructurados a través de operaciones de crédito público, como los créditos de proveedor, la entidad producto del análisis del riesgo y del sector económico, debe identificar si requiere de la exigencia de requisitos o condiciones que permitan garantizar la ejecución del contrato, siempre y cuando estos sean adecuados y proporcionales, tal como se desarrolló en las consideraciones de este concepto.

En virtud de esto, en procesos de contratación de licitación de obra pública de infraestructura de transporte en los que se deban aplicar los documentos tipo adoptados por la Resolución No. 045 de 2020 –Versión 2–, la entidad puede configurar como requisito para la presentación de la oferta económica, que se respalde el valor total o un porcentaje del ofrecimiento realizado, a través de cupo de crédito o cualquier amparo adicional que permita complementar la capacidad financiera del proponente, requisito que únicamente podría ser solicitado en procesos como el expuesto en la consulta que son estructurados a través de esquemas de crédito público.

Por otro lado, si el resultado de los análisis y estudios previos así lo concluye, la entidad puede establecer como requisito para la suscripción del acta de inicio, como parte de los requisitos de ejecución del contrato, que se aporte el cupo o carta de crédito o cualquier otro documento idóneo expedido por una entidad financiera autorizada por la Superintendencia Financiera, en el cual se demuestre que se cuenta con el respaldo para ejecutar las obras pese a dicha forma de pago.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Alejandro Sarmiento CantilloGestor T1-11 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Sebastián Ramírez GrisalesGestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado NavarroSubdirector de Gestión Contractual  |

1. Decreto 342 de 2019 «Artículo 2.2.1.2.6.1.4. Inalterabilidad de los Documentos Tipo. Las entidades estatales contratantes no podrán incluir o modificar dentro de los Documentos del Proceso las condiciones habilitantes, los factores técnicos y económicos de escogencia y los sistemas de ponderación distintos a los señalados en los Documentos Tipo».

 [↑](#footnote-ref-1)
2. Decreto 2096 de 2020 «Artículo 2.2.1.2.6.2.3 Criterios para selección abreviada de menor cuantía. […] Los artículos 2.2.1.2.6.1 .4. y 2.2.1.2.6.1.5. del presente Decreto aplican para la modalidad de selección abreviada de menor cuantía para la contratación obra pública de infraestructura de transporte».

. [↑](#footnote-ref-2)
3. Decreto 594 de 2020 «Artículo 2.2.1.2.6.3.4 Inalterabilidad de los Documentos Tipo. Las entidades estatales contratantes no podrán incluir o modificar dentro de los Documentos del Proceso, condiciones habilitantes y factores económicos de escogencia distintos a los señalados en los Documentos Tipo». [↑](#footnote-ref-3)
4. Este artículo también es aplicable a los procedimientos de selección abreviada de menor cuantía, adelantados con documentos tipo, de conformidad con el artículo 2.2.1.2.6.2.3 del Decreto 1082 de 2015. Para los procesos con documentos tipo, adelantado en modalidad de mínima cuantía, el Decreto 594 de 2020, al adicionar el Decreto 594 de 2020 introdujo una regla especial para regular esta situación, la cual dispone:

«2.2.1.2.6.3.5. Bienes o servicios adicionales a la obra pública. Cuando el objeto contractual incluya bienes o servicios ajenos a la obra pública de infraestructura de transporte, la entidad estatal deberá aplicar los Documentos Tipo. Si de manera excepcional requiere incluir experiencia adicional para evaluar la idoneidad respecto de los bienes o servicios ajenos a la obra pública, deberá seguir los siguientes parámetros:

»1. Demostrar en los estudios previos que ha verificado las condiciones de mercado para la adquisición de los bienes o servicios adicionales al componente de obra pública, de tal manera que la experiencia adicional que se exija para tales bienes o servicios procure la pluralidad de oferentes, y no limite la concurrencia de proponentes al proceso de contratación.

»2. Conservar los requisitos exigidos en los Documentos Tipo.

»3. Abstenerse de pedir experiencia exclusiva con entidades estatales, experiencia previa en un territorio específico, limitada en el tiempo o que incluya volúmenes o cantidades de obra específica». [↑](#footnote-ref-4)
5. Ley 80 de 1993: «Artículo 41. Del perfeccionamiento del contrato. Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito.

[…]

»Parágrafo 2o.Operaciones de crédito publico**.** Sin perjuicio de lo previsto en leyes especiales, para efectos de la presente ley se consideran operaciones de crédito público las que tienen por objeto dotar a la entidad de recursos con plazo para su pago, entre las que se encuentran la contratación de empréstitos, la emisión, suscripción y colocación de bonos y títulos valores, los créditos de proveedores y el otorgamiento de garantías para obligaciones de pago a cargo de las entidades estatales.

   »Así mismo, las entidades estatales podrán celebrar las operaciones propias para el manejo de la deuda, tales como la refinanciación, reestructuración, renegociación, reordenamiento, conversión, sustitución, compra y venta de deuda pública, acuerdos de pago, cobertura de riesgos, las que tengan por objeto reducir el valor de la deuda o mejorar su perfil, así como las de capitalización con ventas de activos, titularización y aquellas operaciones de similar naturaleza que en el futuro se desarrollen. Para efectos del desarrollo de procesos de titularización de activos e inversiones se podrán constituir patrimonios autónomos con entidades sometidas a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria, lo mismo que cuando estén destinados al pago de pasivos laborales.

   »Cuando las operaciones señaladas en el inciso anterior se refieran a operaciones de crédito público externo o asimiladas, se requerirá autorización previa del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, que podrá otorgarse en forma general o individual, dependiendo de la cuantía y modalidad de la operación.

   »Para la gestión y celebración de toda operación de crédito externo y operaciones asimiladas a éstas de las entidades estatales y para las operaciones de crédito público interno y operaciones asimiladas a estas por parte de la Nación y sus entidades descentralizadas, así como para el otorgamiento de la garantía de la Nación se requerirá la autorización del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, previos los conceptos favorables del CONPES y del Departamento Nacional de Planeación.

   »El Gobierno Nacional, mediante decreto reglamentario que expedirá a más tardar el 31 de diciembre de 1993, con base en la cuantía y modalidad de las operaciones, su incidencia en el manejo ordenado de la economía y en los principios orgánicos de este Estatuto de Contratación, podrá determinar los casos en que no se requieran los conceptos mencionados, así como impartir autorizaciones de carácter general para dichas operaciones. En todo caso, las operaciones de crédito público externo de la Nación y las garantizadas por ésta, con plazo mayor de un año, requerirán concepto previo de la Comisión Interparlamentaria de Crédito Público.

   »Las operaciones de crédito público interno de las entidades territoriales y sus descentralizadas se regularán por las disposiciones contenidas en los Decretos 1222 y 1333 de 1986, que continúan vigentes, salvo lo previsto en forma expresa en esta Ley. En todo caso, con antelación al desembolso de los recursos provenientes de estas operaciones, éstas deberán registrarse en la Dirección General de Crédito Público del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

   »De conformidad con las condiciones generales que establezca la autoridad monetaria, la emisión, suscripción y colocación de títulos de deuda pública interna de las entidades territoriales y sus descentralizadas requerirá autorización previa del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y concepto previo favorable de los organismos departamentales o distritales de planeación, según el caso. Cada uno de los conceptos y autorizaciones requeridos deberá producirse dentro del término de dos meses, contados a partir de la fecha en que los organismos que deban expedirlos reciban la documentación requerida en forma completa. Transcurrido este término para cada organismo, se entenderá otorgado el concepto o autorización respectiva.

   »En ningún caso se otorgará la garantía de la Nación a las operaciones de crédito público interno de las entidades territoriales y sus entidades descentralizadas, ni a operaciones de particulares.

   »Las operaciones a que se refiere el presente artículo y las conexas con éstas se contratarán en forma directa. Su publicación, si a ello hubiere lugar, se cumplirá en el Diario Oficial cuando se trate de operaciones de la Nación y sus entidades descentralizadas. Para operaciones de la Nación este requisito se entenderá cumplido en la fecha de la orden de publicación impartida por el Director General de Crédito Público del Ministerio de Hacienda y Crédito Público; en las entidades descentralizadas del orden nacional en la fecha del pago de los derechos correspondientes por parte de la entidad contratante.

   »Salvo lo que determine el Consejo de Ministros, queda prohibida cualquier estipulación que obligue a la entidad estatal prestataria a adoptar medidas en materia de precios, tarifas y en general, el compromiso de asumir decisiones o actuaciones sobre asuntos de su exclusiva competencia, en virtud de su carácter público. Así mismo, en los contratos de garantía la Nación sólo podrá garantizar obligaciones de pago.

   »Las operaciones a que se refiere este artículo y que se celebren para ser ejecutadas en el exterior se someterán a la jurisdicción que se pacte en los contratos». [↑](#footnote-ref-5)
6. Decreto 1068 de 2015: «Artículo 2.2.1.1.1. Operaciones de crédito público. Son operaciones de crédito público los actos o contratos que tienen por objeto dotar a la entidad estatal de recursos, bienes o servicios con plazo para su pago o aquellas mediante las cuales la entidad actúa como deudor solidario o garante de obligaciones de pago.

»Dentro de estas operaciones están comprendidas, entre otras, la contratación de empréstitos, la emisión, suscripción y colocación de títulos de deuda pública, los créditos de proveedores y el otorgamiento de garantías para obligaciones de pago a cargo de entidades estatales.

»Para efectos de lo dispuesto en el presente título, las operaciones de crédito público pueden ser internas o externas. Son operaciones de crédito público internas las que, de conformidad con las disposiciones cambiarias, se celebren exclusivamente entre residentes del territorio colombiano para ser pagaderas en moneda legal colombiana. Son operaciones de crédito público externas todas las demás. Se consideran como residentes los definidos en el artículo 2.17.1.2. del Título 1 de la Parte 17 del presente Decreto Único Reglamentario». [↑](#footnote-ref-6)
7. CONSEJO DE ESTADO, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 20 de febrero de 2014, Exp. No. 2171, C.P. Álvaro Námen Vargas. [↑](#footnote-ref-7)
8. Decreto 1068 de 2015 «Artículo 2.2.1.2.3.1. Créditos de proveedores. Se denominan créditos de proveedores aquellos mediante los cuales se contrata la adquisición de bienes o servicios con plazo para su pago.

»Sin perjuicio del cumplimiento de los requisitos establecidos para la adquisición de bienes o servicios en la Ley 80 de 1993, los créditos de proveedor se sujetarán a lo dispuesto en el Capítulo 1 del presente título, según se trate de empréstitos internos o externos y la entidad estatal que los celebre.

»Parágrafo. De conformidad con lo dispuesto en el parágrafo 2 del artículo 41 de la Ley 80 de 1993, están autorizados por vía general y no requerirán los conceptos allí mencionados, los créditos de proveedor con plazo igual o inferior a un año». [↑](#footnote-ref-8)
9. CONSEJO DE ESTADO, Sección Cuarta, Sentencia del 13 de junio de 2013, Exp. No. 19.028. C.P. Carmen Teresa Ortiz De Rodríguez. [↑](#footnote-ref-9)
10. Decreto 1082 de 2015 «Artículo 2.2.1.1.1.6.1. Deber de análisis de las Entidades Estatales. La Entidad Estatal debe hacer, durante la etapa de planeación, el análisis necesario para conocer el sector relativo al objeto del Proceso de Contratación desde la perspectiva legal, comercial, financiera, organizacional, técnica, y de análisis de Riesgo. La Entidad Estatal debe dejar constancia de este análisis en los Documentos del Proceso.

»Artículo 2.2.1.1.1.6.2. Determinación de los Requisitos Habilitantes. La Entidad Estatal debe establecer los requisitos habilitantes en los pliegos de condiciones o en la invitación, teniendo en cuenta: (a) el Riesgo del Proceso de Contratación; (b) el valor del contrato objeto del Proceso de Contratación; (c) el análisis del sector económico respectivo; y (d) el conocimiento de fondo de los posibles oferentes desde la perspectiva comercial. La Entidad Estatal no debe limitarse a la aplicación mecánica de fórmulas financieras para verificar los requisitos habilitantes». [↑](#footnote-ref-10)
11. Agencia Nacional de Contratación Pública, Concepto C-289 del 25 de mayo de 2020, Radicado de entrada No. 4202013000002691, Radicado de salida No. 2202013000004169. Concepto C-501 del 29 de julio de 2020, Radicado de entrada No. 4202012000006087, Radicado de salida No. 2202013000006839. [↑](#footnote-ref-11)
12. Agencia Nacional de Contratación Pública, Concepto del 16 de diciembre de 2019, Radicado de entrada No. 4201913000007443, Radicado de salida No. 2201913000009289. [↑](#footnote-ref-12)
13. Agencia Nacional de Contratación Pública, Concepto C-387 del 23 de junio de 2020, Radicado de entrada No. 4202013000004275, Radicado de salida No. 2202013000005289. [↑](#footnote-ref-13)