**CCE-DES-FM-17**

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

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. Lo anterior salvo que el objeto contractual incluya bienes o servicios ajenos a la obra pública, 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.

Esta regla de inalterabilidad también aplica a los formatos y anexos implementados junto con el «Documento Base», los cuales deben usarse en el procedimiento de contratación. Estos, 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 del formato.

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

La regla 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.

**ANEXO 5 – MINUTA DEL CONTRATO – Modificaciones – Límites – Cláusula 9**

Aunque el encabezado del Anexo 5 señala que la entidad podrá incluir obligaciones adicionales, se deberá respetar el contenido de este Anexo, por lo que no podrá incorporar obligaciones que contradigan lo dispuesto en el mismo. Bajo este marco, la entidad podrá establecer condiciones y cláusulas distintas a las establecidas en el Anexo 5, siempre que ello no contravenga las demás estipulaciones establecidas en este o en los demás documentos tipo. De este modo, las obligaciones adicionales que se incluyan no podrán contradecir lo dispuesto en la cláusula 9, numeral 1, del Anexo 5, así como tampoco modificar las condiciones señaladas ni los porcentajes determinados.

En definitiva, el Anexo 5 al hacer parte de los listados de documentos tipo adoptados mediante Resoluciones Nos. 248 y 249 de 2020, es de obligatoria aplicación por las entidades regidas por el EGCAP que adelanten procesos de selección de obra pública de infraestructura de agua potable y saneamiento básico. Estas entidades, están facultadas para modificar el contenido del Anexo 5 en los aspectos previstos para ello, esto es, los apartados grises entre corchetes de acuerdo con las instrucciones allí consignadas. Por tal razón, para efectos de la cláusula 9, numeral 1, del Anexo 5, la entidad únicamente está facultada para determinar los porcentajes de mano de obra no calificada de la región de acuerdo con los rangos expresamente contemplados, de manera que la inclusión de porcentajes diferentes vulneraría la regla de inalterabilidad de los documentos tipo.

Bogotá D.C., **29/06/2021 Hora 16:32:23**



Señora

**Silvia María Rodríguez Peña**

Dirección de Infraestructura y Desarrollo Empresarial

Viceministerio de Agua y Saneamiento Básico

Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio

Bogotá D.C.

**Concepto C ‒ 314 de 2021**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:** | DOCUMENTOS TIPO – Inalterabilidad – Información en corchetes y resaltado gris / DOCUMENTOS TIPO – Inalterabilidad – Prevalencia del derecho sustancial / ANEXO 5 – MINUTA DEL CONTRATO – Modificaciones – Límites – Cláusula 9 |
| **Radicación:** | Respuesta a consulta P20210514004220 |

Estimada señora Rodríguez:

En ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente, a través de la Subdirección de Gestión Contractual, responde su consulta del 14 de mayo del 2021.

1. **Problema planteado**

Respecto a la obligación contractual de la cláusula 9, numeral 1, del «Anexo 5 – Minuta del contrato», relacionada con el porcentaje de mano de obra no calificada de la región que debe destinarse para la ejecución del contrato de obra, usted realiza la siguiente pregunta: «Surge la inquietud si es posible superar este límite del 30%, en el marco de la reactivación económica como apoyo a las regiones. Puntualmente una entidad territorial afectada por el fenómeno migratorio consulta sobre la posibilidad de incluir esta obligación señalando que toda la mano de obra no calificada será de la región, sin incurrir en contradicciones de lo reglado en este anexo».

1. **Consideraciones**

Para resolver el interrogante planteado se estudiarán los siguientes aspectos: i) la inalterabilidad de los documentos tipo y ii) contenido del «Anexo 5 – Minuta del contrato» del documento tipo de agua potable y saneamiento básico

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-332 del 26 de mayo de 2020, C-354 del 4 de junio de 2020, C-387 del 23 de junio de 2020, C-379 del 30 de junio de 2020, C-411 del 30 de junio de 2020, C-415 del 7 de julio de 2020, C-443 del 7 de julio de 2020, C-427 del 9 de julio de 2020, C-395 del 9 de julio de 2020, C-327 del 10 de julio de 2020, C-444 del 13 de julio de 2020, C-429 del 24 de julio de 2020, C-466 del 24 de julio de 2020, C-420 del 28 de julio de 2020, C-485 del 29 de julio de 2020, C-501 del 29 de julio de 2020, C-478 del 30 de julio de 2020, C-450 del 3 de agosto de 2020, C-497 del 6 de agosto de 2020, C-528 del 18 de agosto de 2020, C-531 del 21 agosto de 2020, C-546 del 26 de agosto de 2020, C-597 del 14 de septiembre de 2020, C-618 del 17 de septiembre de 2020, C-633 del 2 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, C-653 del 9 de noviembre de 2020, C-665 del 11 de noviembre de 2020, C-698 del 19 de noviembre de 2020, C-716 del 30 de noviembre de 2020, C-775 de 2020 del 11 de diciembre de 2020, C-031 del 1 de febrero de 2021, C-027 del 1 de marzo de 2021, C-064 del 8 de marzo 2021, C-157 del 13 de abril de 2021 y C-204 del 6 de mayo de 2021, explicó la regla de inalterabilidad y sus excepciones. Las tesis desarrolladas en estos conceptos se reiteran a continuación y se complementa en lo pertinente:

**2.1. Inalterabilidad de los documentos tipo**

Todas las resoluciones[[1]](#footnote-2) expedidas por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, mediante las cuales se han adoptado los pliegos tipo, consagran la regla de la inalterabilidad. Esta prohibición 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 establecidas en los documentos tipo son de obligatorio cumplimiento para las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública que adelanten procesos que deban regirse por su contenido, y no pueden variarse los requisitos fijados en ellos. Por lo tanto, las entidades estatales, al realizar sus procedimientos de selección, solo podrán modificarlos en los aspectos en que los documentos tipo lo permitan.

El fundamento legal vigente de la regla de la inalterabilidad está en el artículo 1 de la Ley 2022 de 2020, según el cual «[…] serán de obligatorio cumplimiento en la actividad contractual de todas las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública». Pero eso no significa que antes no rigiera, pues así también lo disponía el artículo 4 de la Ley 1882 de 2018. Por vía reglamentaria, también quedó consignado en su momento el carácter inmodificable de los pliegos tipo en el artículo 1 de los Decretos 342 de 2019, Decreto 2096 de 2019 y 594 de 2020, que adicionaron, respectivamente, los artículos 2.2.1.2.6.1.4, 2.2.1.2.6.2.3 y 2.2.1.2.6.3.4 al Decreto 1082 de 2015.

Además, las entidades estatales deben garantizar el *principio de economía*, del cual se desprende que no pueden exigir documentos o requisitos más allá de los que permitan la Constitución, la ley y los reglamentos. Este postulado ha sido recogido no solo en la contratación estatal[[2]](#footnote-3) sino además en la normativa antitrámites[[3]](#footnote-4); pues se inscribe dentro de la tendencia de simplificación y racionalización de los procedimientos administrativos. De ahí que cuando las autoridades solicitan la entrega de documentación innecesaria, desconocen el principio de economía.

Adicionalmente, la parte introductoria de los documentos tipo dispone 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, como, por ejemplo, los formatos que requieren de la firma del proponente o su representante legal. De todos modos, en cada acápite que esté resaltado en gris la entidad tendrá la libertad de determinar la información que se diligenciará en los documentos tipo, de acuerdo con su necesidad y las instrucciones del pliego de condiciones.

Asimismo, en los documentos tipo se prevé los eventos en los que el objeto contractual incluye bienes o servicios adicionales a la obra pública. 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, 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. Lo anterior salvo que el objeto contractual incluya bienes o servicios ajenos a la obra pública, 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.

Esta regla de inalterabilidad también aplica a los formatos y anexos implementados junto con el «Documento Base», los cuales deben usarse en el procedimiento de contratación. Estos, 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 del formato.

Con todo, la regla 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.

El carácter inalterable de los documentos tipo no puede, entonces, hacerse extensivo a los aspectos materiales 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. Todo porque estos aspectos en nada afectan la aplicación y alcance de los documentos tipos; en otras palabras, porque no afectan su contenido esencial y, mucho menos, las obligaciones, deberes y derechos que se derivan para las partes contratantes.

**2.2. Contenido del «Anexo 5- Minuta del contrato» del documento tipo de agua potable y saneamiento básico**

Conforme a la competencia del artículo 1° de la Ley 2022 de 2020, esta Agencia expidió las Resoluciones No. 248 y 249 del 1° de diciembre de 2020[[4]](#footnote-5). Mediante estos actos administrativos se adoptaron los documentos tipo para licitación de obras públicas de infraestructura de agua potable y saneamiento básico y los documentos tipo para licitación de obras públicas de infraestructura de agua potable y saneamiento básico, en modalidad llave en mano, respectivamente. De acuerdo con el artículo 6 *ibídem,* la implementación de estos documentos es obligatoria en los procedimientos de selección de licitación pública cuyo aviso de convocatoria se publique a partir del 11 de diciembre de 2020.

En relación con los documentos tipo propiamente dichos, el artículo 2 de las resoluciones señaladas contempló el documento base del pliego tipo, junto con los correspondientes anexos, formatos, matrices y formularios. Dentro del listado de los documentos tipo se encuentra el «Anexo 5 – Minuta del contrato». Este consta de 25 cláusulas orientadas a servir de insumo para el contrato que finalmente será suscrito por las partes. Este anexo constituye una particularidad frente a los demás anexos de los documentos tipo, ya que no está destinado a regular aspectos propios del proceso de selección sino de la relación contractual.

En razón de ello, dentro de las 25 cláusulas que conforman este documento encontramos una serie de apartados grises entre corchetes –que se presentan con mayor frecuencia que en otros documentos tipo– destinados a que las entidades estatales, en el marco de la autonomía que les corresponde, dispongan en ellos información relativa a las necesidades que pretenden satisfacer, el objeto a contratar y en general información necesaria para regular la relación contractual. Lo anterior teniendo en cuenta los aspectos más básicos como el objeto, el plazo, la forma de pago, las obligaciones, etc., a partir de opciones, alternativas y sugerencias de cláusulas prestablecidas en el Anexo 5. Al respecto, el documento base establece como encabezado del «CAPÍTULO VIII MINUTA Y CONDICIONES DEL CONTRATO» lo siguiente:

Las condiciones de ejecución del contrato están previstas en el Anexo 5 – Minuta del contrato. Dentro de estas condiciones se incluye la forma de pago, anticipo y/o pago anticipado, obligaciones y derechos generales del contratista, obligaciones de la entidad, garantías, multas, cláusula penal y otras condiciones particulares aplicables al negocio jurídico a celebrar.

El Proponente adjudicatario debe presentar el Registro Único Tributario—RUT y demás documentos necesarios para la celebración del contrato al momento de firma.

[La entidad deberá incluir en el Anexo el contenido mínimo allí establecido. Podrá incluir cláusulas con condiciones adicionales que no contradigan lo dispuesto en el Anexo. En todo caso, las cláusulas adicionales deberán obedecer a las necesidades de ejecución del contrato ni deben contrariar las condiciones señaladas en los Documentos Tipo]

En concordancia, sin perjuicio de la mencionada autonomía, el diligenciamiento de los apartados grises entre corchetes del Anexo 5 debe realizarse conforme a unas indicaciones, las cuales están establecidas en el párrafo sombreado en gris y entre corchetes que encabeza dicho anexo que dispone lo siguiente:

La Entidad debe incluir el contenido mínimo del presente Documento. Podrá incluir condiciones adicionales que no contradigan lo dispuesto en el presente Anexo. En todo caso, las condiciones adicionales deberán obedecer a las necesidades de ejecución del contrato, definidas por la Entidad. En algunas cláusulas la Entidad podrá escoger entre algunas opciones de cláusula, podrá combinar opciones o podrá construir su propia cláusula, esto se indicará de manera clara cuando a ello haya lugar.

[…]

Tales indicaciones fueron precisadas por Colombia Compra Eficiente en el Concepto C-289 del 26 de mayo de 2020 donde se explicó que la entidad estatal debe incluir como mínimo las 25 cláusulas mencionadas, y que la indicación de que se «Podrá incluir condiciones adicionales que no contradigan lo dispuesto en el presente Anexo», significa que además de los presupuestos mínimos que debe contener y las condiciones inmodificables de la minuta, «la entidad podrá adicionar otras diferentes respetando el contenido de los documentos tipo y sus estipulaciones, siempre que respondan a las necesidades propias de la ejecución del contrato». Asimismo, el referido concepto precisó el alcance la expresión «En algunas cláusulas la Entidad podrá escoger entre algunas opciones de cláusula, podrá combinar opciones o podrá construir su propia cláusula […]», explicando que:

[…] algunas cláusulas del «Anexo 5 ‒ Minuta del contrato» tienen un mayor grado de modificabilidad o alterabilidad que permiten, a discrecionalidad de la entidad, estipular algunas condiciones, que de acuerdo a sus necesidades y a la estructuración del negocio, permitan el cumplimiento del objeto contractual. De esta forma, teniendo en cuenta la información incluida entre corchetes y sombrada en gris, en los casos que las cláusulas contengan opciones para la entidad, ésta definirá si acoge alguna de las dispuestas, las modifica o estipula algo totalmente diferente a las opciones presentadas, siempre que lo dispuesto no contravenga las estipulaciones inalterables e inmodificables del documento tipo.

El contenido de las 25 cláusulas establecidas en la minuta sirven de punto de partida para que las partes regulen su relación contractual. En ese orden, las diferentes cláusulas contienen una serie de apartados grises entre corchetes, dirigidos a que las entidades estatales puedan consignar en ellos la información relativa al objeto contractual, valiéndose de unas indicaciones establecidas en el encabezado que son indispensables para que las partes diligencien los campos destinados para ello en el cuerpo del documento.

Así, las indicaciones establecidas en el encabezado del Anexo 5 y los espacios entre corchetes incluidos en el clausulado prestablecido en este, ofrecen a las entidades estatales un margen amplio para la configuración del contrato de acuerdo con las necesidades identificadas por cada entidad. Esto se manifiesta, por ejemplo, en la «Cláusula 3. Alcance del objeto» donde «[La Entidad puede incluir condiciones de ejecución o interpretación del Contrato que no contradigan lo dispuesto en la presente minuta en un Anexo al presente documento]». Asimismo, la «Cláusula 9. Obligaciones Generales del Contratista» dispone lo siguiente: «[La Entidad podrá seleccionar algunas de las siguientes opciones de obligaciones, combinarlas, eliminarlas o incluir las que considere convenientes:]». Incluso, la «Cláusula 10. Obligaciones Especificas del Contratista» dispone que «[La entidad incluirá las obligaciones específicas que considere conveniente, de acuerdo con la naturaleza y objeto del contrato, al igual que los mecanismos que tenga cada Entidad para controlar el cumplimiento de las obligaciones del Contratista]».

Ahora bien, conforme al párrafo que encabeza el Anexo 5 que se ratifica en la Cláusula 3, la posibilidad de incluir condiciones adicionales a las prestablecidas está limitada por el hecho de que estas no contradigan lo dispuesto en el Anexo 5. La razón de ser de esta limitación, en sentido general, obedece a la necesidad de evitar antinomias dentro del contenido del documento contractual.

Esto es particularmente importante debido a que existen cláusulas en la minuta destinadas a materializar dentro de la relación contractual circunstancias ocurridas durante el procedimiento de selección, que deben reflejarse en el contrato y que las partes no pueden modificar al redactarlo. Por ejemplo, la cláusula 3 hace referencia a que el contratista se obliga a garantizar los precios ofertados y ejecutar las cantidades de obra detalladas en el «Formulario 1 – Formulario de Presupuesto Oficial», al igual que se establece el compromiso de asumir los riesgos previsibles identificados y plasmados en el Pliego de Condiciones en la «Matriz 3 – Riesgos» aceptados con la presentación de la propuesta.

Por tanto, otro de los fundamentos de la limitación a la facultad de las entidades estatales para introducir condiciones o modificaciones en el contenido del Anexo 5 se encuentra en el hecho de que muchas de las disposiciones establecidas en las diferentes cláusulas obedecen al desarrollo de normas y principios normativos de obligatoria observancia. En ese sentido, la «Cláusula 17. Cláusulas Excepcionales» que materializa en el contrato las cláusulas excepcionales establecidas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, las cuales se entenderían incluidas incluso de haber sido expresamente pactadas, no estando facultadas las partes para pactar en contrario.

Asimismo, la «Cláusula 9. Obligaciones generales del contratista», numeral 1, materializa en el contrato el mandato legal otorgado a la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente mediante el artículo 1° de la Ley 2022 de 2020 que modifica el artículo 4 de la Ley 1882 de 2020, en relación con el fomento de la economía local. En efecto, esta disposición, además de otorgar a la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente la competencia para adoptar los documentos tipo y reiterar la obligatoriedad de estos documentos para todas las entidades públicas cuya contratación esté sometida al Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública ‒EGCAP‒, dispuso que la Agencia, al adoptar los documentos tipo, tendrá en cuenta las características propias de las regiones, el fomento de la economía local y determinará condiciones particulares dependiendo las regiones del país. El propósito fundamental de este mandato es promover la descentralización, el empleo local, el desarrollo, los servicios e industrias locales y fomentar la economía local en los procesos de selección y ejecución de contratos que adelante las entidades cuya contratación es obligatoria la aplicación de los documentos tipo.

Con fundamento en lo anterior, la Agencia incorporó una obligación general del contratista en la cláusula 9, numeral 1, dirigida a fomentar el empleo local, a través de la destinación a la ejecución del contrato de un porcentaje determinado de mano de obra no calificada de la región. Asimismo, con el ánimo de generar una acción afirmativa en favor de las mujeres, se determinó la incorporación de un porcentaje específico de mujeres en ese personal. Esta obligación prescribe lo siguiente:

CLÁUSULA 9. OBLIGACIONES GENERALES DEL CONTRATISTA

Además de las derivadas de la esencia y naturaleza del presente Contrato, la ley, las obligaciones y condiciones señaladas en el pliego de condiciones y demás Documentos del Proceso y de las establecidas en [Documento adicional aplicable al Proceso de Contratación], vigente durante la ejecución del contrato, el Contratista se obliga a:

1. Destinar a la ejecución del contrato mano de obra no calificada de la región en un porcentaje no inferior [al diez por ciento (10%), sin perjuicio de incluir un porcentaje superior que no supere el treinta por ciento (30%)] de acuerdo con el personal del contratista de obra destinado a la ejecución del contrato. En todo caso, [el cinco por ciento 5%, sin perjuicio de establecer un porcentaje superior, de acuerdo con el estudio del sector y características propias de la región, que no podrá superar el 30%)] de la mano de obra no calificada de la región serán mujeres.

Según se evidencia, el numeral transcrito hace referencia expresamente a la mano de obra no calificada de la región. Esto significa que, de la totalidad del personal destinado a la ejecución del contrato, un porcentaje determinado será mano de obra no calificada de la región y de ese personal, un porcentaje específico deberán ser mujeres. Así, el contratista, además de contar con el personal técnico necesario para la ejecución de la obra, tendrá la obligación de incluir en el personal un porcentaje de mano de obra no calificada de la región y de mujeres. Con ello se incentiva el desarrollo y el empleo local, en la medida en que se vinculará en la ejecución del contrato personal de la zona en la que se desarrollará el proyecto, lo cual promueve la economía local.

Este numeral contiene apartados grises entre corchetes, dirigidos a que las entidades estatales puedan consignar en ellos la información relativa de acuerdo con las indicaciones consignadas. De este modo, para efectos de la determinación de la mano de obra no calificada de la región, la cláusula 9, numeral 1, dispone que el porcentaje no podrá ser inferior al 10% ni superior al 30%, de acuerdo con el personal del contratista de obra destinado a la ejecución del contrato. De igual manera, de ese porcentaje, entre el 5% y el 30% deberán ser mujeres, lo cual definirá cada entidad de acuerdo con el estudio del sector y las características propias de la región.

Como se explicó anteriormente, los apartados grises entre corchete son los espacios dispuestos para que la entidad en su autonomía determine la información que se diligenciará en los documentos tipo, de acuerdo con su necesidad. No obstante, para efectos de la obligación consagrada en la cláusula 9, numeral 1, esta autonomía no es absoluta, pues está supeditada a las instrucciones del Anexo 5, las cuales resultan obligatorias e inmodificables, so pena de vulnerar la regla de inalterabilidad.

En este contexto, es claro que la entidad estatal no podrá establecer porcentajes del personal de mano de obra no calificada de la región por fuera de los rangos establecidos en dicho numeral. En caso de que la entidad estatal requiera que el contratista destine a la ejecución del contrato mano de obra no calificada de la región en un porcentaje superior al 30%, se infringe la regla de la inalterabilidad prevista en el artículo 3 de las Resoluciones Nos. 248 y 249 de 2020. Adicionalmente, esta situación podría comprometer la ejecución del contrato, pues el personal de mano de obra no calificado de la región del que trata este numeral se establece en proporción al personal del contratista destinado a la ejecución del contrato. De este modo, imponer una obligación al contratista que supere los porcentajes establecidos en la cláusula 9, numeral 1, supondría aumentar desproporcionadamente el personal de mano obra no calificada de la región en relación con el personal de mano de obra calificada, en perjuicio del proyecto.

En este sentido, los parámetros establecidos en relación con los porcentajes del personal de mano de obra no calificada de la región, consagrados en el numeral 1, cláusula 9 del Anexo 5, son inmodificables por las entidades estatales y de obligatorio cumplimiento por parte del contratista.

Aunado a lo anterior, debe precisarse que esta obligación debe incorporarse en la minuta del contrato de los documentos tipo de agua potable y saneamiento básico, independientemente de la opción de obligaciones generales que seleccione la entidad. En efecto, en la cláusula 9 se dispone que «[La Entidad podrá seleccionar algunas de las siguientes opciones de obligaciones, combinarlas, eliminarlas o incluir las que considere convenientes:]». Para ello, incluye 2 opciones que enlistan las obligaciones generales del contratista a partir del numeral segundo. De ahí que, la obligación contenida en el numeral 1 resulte de obligatoria inclusión en la minuta del contrato para cualquier opción que se elija.

Igualmente, no puede perderse de vista que el incumplimiento de esta obligación generará multas al contratista. Al respecto, la «Cláusula 15. Multas» del Anexo 5, dispone en el párrafo primero lo siguiente:

Incumplir la obligación de incluir mínimamente el [diez por ciento (10%) o el porcentaje previsto por la entidad que no supere el treinta por ciento (30%)] de mano de obra no calificada de la región durante la ejecución del contrato, de conformidad con la obligación 1 de las “obligaciones generales del contratista”, causará multas equivalentes a [\_\_\_\_\_\_ SMMLV] por cada día de incumplimiento. Por su parte, no cumplir con el porcentaje mínimo de vinculación de mujeres durante la ejecución del contrato, de conformidad con la misma obligación indicada, causará multas equivalentes al [1% del valor total del contrato].

Como se observa, la cláusula 15, además de establecer multa por el incumplimiento de la obligación de la cláusula 9, numeral 1, reitera los porcentajes límites para la mano de obra no calificada de la región, esto es, mínimo 10% y máximo el 30%. Así, resulta evidente la obligatoriedad de determinar la mano de obra no calificada de la región destinada a la ejecución a la ejecución, de acuerdo con las instrucciones que establece la cláusula 9, numeral 1.

Ahora bien, aunque el encabezado del Anexo 5 señala que la entidad podrá incluir obligaciones adicionales, se deberá respetar el contenido de este Anexo, por lo que no podrá incorporar obligaciones que contradigan lo dispuesto en el mismo. Bajo este marco, la entidad podrá establecer condiciones y cláusulas distintas a las establecidas en el Anexo 5, siempre que ello no contravenga las demás estipulaciones establecidas en este o en los demás documentos tipo. De este modo, las obligaciones adicionales que se incluyan no podrán contradecir lo dispuesto en la cláusula 9, numeral 1, del Anexo 5, así como tampoco modificar las condiciones señaladas ni los porcentajes determinados.

En definitiva, el Anexo 5 al hacer parte de los listados de documentos tipo adoptados mediante Resoluciones Nos. 248 y 249 de 2020, es de obligatoria aplicación por las entidades regidas por el EGCAP que adelanten procesos de selección de obra pública de infraestructura de agua potable y saneamiento básico. Estas entidades, están facultadas para modificar el contenido del Anexo 5 en los aspectos previstos para ello, esto es, los apartados grises entre corchetes de acuerdo con las instrucciones allí consignadas. Por tal razón, para efectos de la cláusula 9, numeral 1, del Anexo 5, la entidad únicamente está facultada para determinar los porcentajes de mano de obra no calificada de la región de acuerdo con los rangos expresamente contemplados, de manera que la inclusión de porcentajes diferentes vulneraría la regla de inalterabilidad de los documentos tipo.

**3. Respuesta**

Respecto a la obligación contractual de la cláusula 9, numeral 1, del «Anexo 5 – Minuta del contrato», relacionada con el porcentaje de mano de obra no calificada de la región que debe destinarse para la ejecución del contrato de obra: «Surge la inquietud si es posible superar este límite del 30%, en el marco de la reactivación económica como apoyo a las regiones. Puntualmente una entidad territorial afectada por el fenómeno migratorio consulta sobre la posibilidad de incluir esta obligación señalando que toda la mano de obra no calificada será de la región, sin incurrir en contradicciones de lo reglado en este anexo».

Sea lo primero precisar que el «Anexo 5 – Minuta del contrato» al formar parte de los documentos tipo adoptados mediante las Resoluciones Nos. 248 y 249 de 2020 es de aplicación obligatoria por parte de las entidades estatales regidas por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, que adelanten procedimientos de licitación pública de obra de infraestructura de agua potable y saneamiento básico. Por tanto, en virtud de la regla de inalterabilidad establecida en el artículo 3 de las resoluciones citadas, este documento no puede ser alterado por las entidades públicas, salvo en los apartados incluidos entre corchetes y resaltados en gris de acuerdo con las instrucciones allí contempladas.

La cláusula 9, numeral 1, del «Anexo 5 Minuta del contrato» establece una obligación general a cargo del contratista, dirigida a fomentar el desarrollo y empleo local a través de la destinación a la ejecución del contrato de un porcentaje determinado de mano de obra no calificada de la región, que no podrá ser inferior al 10% ni superar el 30% de acuerdo con el personal del contratista de obra destinado a la ejecución del contrato. Asimismo, con el ánimo de generar una acción afirmativa, se determinó la incorporación de un porcentaje específico de mujeres en ese personal, que no podrá ser inferior al 5% ni superar el 30%. Esto significa que, de la totalidad del personal destinado a la ejecución del contrato, un porcentaje determinado será mano de obra no calificada de la región. Además, de ese personal, un porcentaje específico deberán ser mujeres.

Los porcentajes señalados se encuentran incluidos en los apartados grises entre corchetes del numeral 1, cláusula 9, dirigidos a que las entidades estatales puedan consignar en ellos la información relativa de acuerdo con las indicaciones consignadas. No obstante, esta autonomía no es absoluta pues está supeditada a las instrucciones del Anexo 5, las cuales resultan obligatorias e inmodificables, so pena de vulnerar la regla de inalterabilidad. En consecuencia, la entidad estatal no podrá establecer porcentajes del personal de mano de obra no calificada de la región por fuera de los rangos establecidos en dicho numeral. En caso de que la entidad estatal requiera que el contratista destine a la ejecución del contrato mano de obra no calificada de la región en un porcentaje superior al 30%, se infringe la regla de la inalterabilidad de los documentos tipo establecida en el artículo 3 de las Resoluciones Nos. 248 y 249 de 2020.

Además, aunque el encabezado del Anexo 5 señala que la entidad podrá incluir obligaciones adicionales, la entidad deberá respetar el contenido de este anexo. Bajo este marco, la entidad podrá establecer condiciones y cláusulas distintas a las establecidas en el Anexo 5, siempre que ello no contravenga las demás estipulaciones establecidas en este o en los demás documentos tipo. De este modo, las obligaciones adicionales que se incluyan no podrán contradecir lo dispuesto en el numeral 1 de la cláusula 9 del Anexo 5, así como tampoco modificar las condiciones señaladas, ni los porcentajes determinados.

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

Atentamente,

Texto

Descripción generada automáticamente

|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Tatiana Baquero Iguarán  Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Juan David Montoya Penagos  Gestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado Navarro  Subdirector de Gestión Contractual ANCP – CCE |

1. En cuanto a las resoluciones vigentes, dicha regla se observa en el artículo 3 de las Resoluciones 240, 241, 248, 249, 256 y 269 de 2020, así como en el artículo 2 de la Resolución 094 de 2020. [↑](#footnote-ref-2)
2. El artículo 25, numeral 1º de la Ley 80 de 1993 establece que «En las normas de selección y en los pliegos de condiciones para la escogencia de contratistas, se cumplirán y establecerán los procedimientos y etapas estrictamente necesarios para asegurar la selección objetiva de la propuesta más favorable. Para este propósito, se señalarán términos preclusivos y perentorios para las diferentes etapas de la selección y las autoridades darán impulso oficioso a las actuaciones». [↑](#footnote-ref-3)
3. En efecto, el artículo 5 del Decreto 019 de 2012 prevé lo siguiente: «Las normas de procedimiento administrativo deben ser utilizadas para agilizar las decisiones; los procedimientos se deben adelantar en el menor tiempo y con la menor cantidad de gastos de quienes intervienen en ellos; las autoridades administrativas y los particulares que cumplen funciones administrativas no deben exigir más documentos y copias que los estrictamente necesarios, ni autenticaciones ni notas de presentación personal sino cuando la ley lo ordene en forma expresa, o tratándose de poderes especiales. En tal virtud, las autoridades deberán proceder con austeridad y eficiencia, optimizar el uso del tiempo y de los demás recursos, procurando el más alto nivel de calidad en sus actuaciones y la protección de los derechos de las personas». [↑](#footnote-ref-4)
4. El artículo 1 de la Ley 2022 de 2020 modifica el artículo 4 de la Ley 1882 de 2018, el cual adiciona el parágrafo 7 al artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 y dispone que: «La Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente o quien haga sus veces, adoptará documentos tipo que serán de obligatorio cumplimiento en la actividad contractual de todas las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

   »Dentro de estos documentos tipo, se establecerán los requisitos habilitantes, factores técnicos, económicos y otros factores de escogencia, así como aquellos requisitos que, previa justificación, representen buenas prácticas contractuales que procuren el adecuado desarrollo de los principios que rigen la contratación pública.

   »Con el ánimo de promover la descentralización, el empleo local, el desarrollo, los servicios e industria local, en la adopción de los documentos tipo, se tendrá en cuenta las características propias de las regiones, la cuantía, el fomento de la economía local y la naturaleza y especialidad de la contratación. Para tal efecto se deberá llevar a cabo un proceso de capacitación para los municipios.

   »La Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente fijará un cronograma, y definirá en coordinación con las entidades técnicas o especializadas correspondientes el procedimiento para implementar gradualmente los documentos tipo, con el propósito de facilitar la incorporación de estos en el sistema de compra pública y deberá establecer el procedimiento para recibir y revisar comentarios de los interesados, así como un sistema para la revisión constante de los documentos tipo, que expida.

   »En todo caso, serán de uso obligatorio los documentos tipo para los pliegos de condiciones de los procesos de selección de obras públicas, interventoría para las obras públicas interventoría para consultoría de estudios y diseños para obras públicas, consultoría en ingeniería para obras, que lleven a cabo todas las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en los términos fijados mediante la reglamentación correspondiente». [↑](#footnote-ref-5)