**CCE-DES-FM-17**

**DOCUMENTOS TIPO – Naturaleza**

Como se observa, los «Pliegos Tipo» aparecieron en nuestro ordenamiento jurídico en 2007, cuando el legislador facultó al Gobierno Nacional para adoptarlos en los eventos de compra o suministro de bienes de características técnicas uniformes. La intención original del proyecto, que se convirtió en la Ley 1150 de 2007, era facultar al Gobierno Nacional para adoptar los Pliegos Tipo en todos los contratos estatales, pues la redacción original del parágrafo 3º era la siguiente: «Parágrafo 3º. El Gobierno Nacional tendrá la facultad de estandarizar los pliegos de condiciones o términos de referencia y los contratos de las entidades estatales».

Para tales fines, el Decreto 4170 de 2011, particularmente el artículo 11, numeral 12, asignó la competencia a la Subdirección de Gestión Contractual de la Agencia Nacional de Contratación Pública para «[d]esarrollar e implementar estándares y documentos tipo para las diferentes etapas de la gestión contractual pública».

**INALTERABILIDAD DE LOS DOCUMENTOS TIPO**

Todas las resoluciones expedidas por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, mediante las cuales se han adoptado los documentos 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 estos documentos 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 específicamente lo permitan.

**RIESGOS – Normativa**

En materia de contratación pública, el marco normativo ha establecido el deber de las entidades públicas de incluir en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, la estimación, tipificación y asignación de riesgos previsibles involucrados en la contratación. Esto, con el fin de administrarlos, controlarlos, gestionarlos, mitigarlos y efectuar una distribución proporcional entre las partes, «actividad que debe sujetarse a un criterio de justicia y equidad, al tiempo que corresponde ejercerse con apego a los principios y reglas constitucionales y legales que orientan la actividad contractual del Estado». La Ley 1150 de 2007, en su artículo 4, regula la materia y prescribe lo siguiente:

ARTÍCULO 4o. DE LA DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS EN LOS CONTRATOS ESTATALES. Los pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación[…]



Señor

# **XXX**

Bogotá, D.C.

#  **Concepto C ‒ 299 de 2021**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:** | DOCUMENTOS TIPO – Naturaleza / INALTERABILIDAD DE LOS DOCUMENTOS TIPO / RIESGOS – Normativa  |
| **Radicación:** | Respuesta a consulta P20210526004666 |

Estimado señor XXX:

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 responde su consulta del 26 de mayo de 2021.

1. **Problema planteado**

Usted realiza la siguiente solicitud:

«Dado que la sentencia 52055 citada arriba fue clara en anotar que la Guía de riesgos de CCE no tiene efecto vinculante, se concluye que el formato de matriz CCE-EICP- FM-13 es un documento orientador mas no vinculante. Sin embargo, agradecemos se confirme de parte de CCE que esta es la forma correcta de entender el uso y aplicación de la matriz en los pliegos tipo. Y que lo pertinente es que se desarrolle la tipificación, estimación y asignación del riesgo previsible, como lo ordena el art 4 de la ley 1150 y que no genere requisitos adicionales para los contratistas».

# **Consideraciones**

En ejercicio de las competencias establecidas en los artículos 3.5 y 11.8 del Decreto 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente resuelve las consultas sobre los asuntos de su competencia, esto es, sobre las temáticas de la contratación estatal y compras públicas relacionadas en los artículos citados.

 Para resolver las preguntas del peticionario se desarrollarán los siguientes temas: i) asignación de riesgos en el marco de los procesos de selección de contratación pública y ii) fundamentos jurídicos para la expedición de los documentos tipo y iii) alcance de la regla de la inalterabilidad de los documentos tipo.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se pronunció en conceptos C-144 del 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-332 del 26 de mayo de 2020, C-354 del 4 de junio de 2020, C-384 del 4 de junio de 2020, C-387 del 23 de junio de 2020, C-328 del 30 de junio de 2020, C-379 del 30 de junio de 2020, C-397 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-798 del 25 de enero de 2021, C-027 del 1 de marzo de 2021 y C-204 del 6 de mayo de 2021, sobre el principio de inalterabilidad de los documentos tipo y sus excepciones. Algunas de las consideraciones expuestas en dichas oportunidades se reiteran a continuación:

**2.1. Asignación de riesgos en el marco de los procesos de selección de contratación pública**

En materia de contratación pública, el marco normativo ha establecido el deber de las entidades públicas de incluir en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, la estimación, tipificación y asignación de riesgos previsibles involucrados en la contratación. Esto, con el fin de administrarlos, controlarlos, gestionarlos, mitigarlos y efectuar una distribución proporcional entre las partes, «actividad que debe sujetarse a un criterio de justicia y equidad, al tiempo que corresponde ejercerse con apego a los principios y reglas constitucionales y legales que orientan la actividad contractual del Estado»[[1]](#footnote-1). La Ley 1150 de 2007, en su artículo 4, regula la materia y prescribe lo siguiente:

ARTÍCULO 4o. DE LA DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS EN LOS CONTRATOS ESTATALES. Los pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación.

En las licitaciones públicas, los pliegos de condiciones de las entidades estatales deberán señalar el momento en el que, con anterioridad a la presentación de las ofertas, los oferentes y la entidad revisarán la asignación de riesgos con el fin de establecer su distribución definitiva.

De la lectura de la norma citada se deduce que, en los procesos de selección, las entidades estatales deben incorporar en sus pliegos de condiciones la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles. Además, en lo concerniente a la licitación pública, se impone el deber a las entidades públicas de establecer un espacio para que los oferentes y la entidad revisen la asignación de los riesgos, con el fin de determinar su distribución definitiva, lo cual debe efectuarse con anterioridad a la presentación de las ofertas.

Por otro lado, el artículo 7 de la Ley 1150 de 2007, al regular las garantías exigibles en los procesos de contratación establece que corresponde al Gobierno Nacional señalar «[…] los criterios que seguirán las entidades para la exigencia de garantías, las clases y niveles de amparo de los riesgos de los contratos, así como los casos en que por las características y complejidad del contrato a celebrar, la garantía pueda ser dividida teniendo en cuenta las etapas o riesgos relativos a la ejecución del respectivo contrato».

En igual sentido, el artículo 30 numeral 4 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 220 del Decreto 019 de 2012, indica que en los procesos de licitación pública se debe revisar en audiencia la asignación de riesgos previsibles, con el fin de establecer su estimación, tipificación y asignación definitiva. Al respecto, esta norma dispone lo siguiente:

ARTÍCULO 30. DE LA ESTRUCTURA DE LOS PROCEDIMIENTOS DE SELECCIÓN. La licitación se efectuará conforme a las siguientes reglas:

4o. <Numeral modificado por el artículo 220 del Decreto 19 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:> Dentro de los tres (3) días hábiles siguientes al inicio del plazo para la presentación de propuestas y a solicitud de cualquiera de las personas interesadas en el proceso se celebrará una audiencia con el objeto de precisar el contenido y alcance de los pliegos de condiciones, de lo cual se levantará un acta suscrita por los intervinientes. En la misma audiencia se revisará la asignación de riesgos que trata el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007 con el fin de establecer su tipificación, estimación y asignación definitiva.

Como resultado de lo debatido en la audiencia y cuando resulte conveniente, el jefe o representante de la entidad expedirá las modificaciones pertinentes a dichos documentos y prorrogará, si fuere necesario, el plazo de la licitación o concurso\* hasta por seis (6) días hábiles.

Lo anterior no impide que dentro del plazo de la licitación, cualquier interesado pueda solicitar aclaraciones adicionales que la entidad contratante responderá mediante comunicación escrita, la cual remitirá al interesado y publicará en el SECOP para conocimiento público.

 El artículo 2.2.1.1.2.1.3 del Decreto 1082 de 2015 establece que los pliegos de condiciones deben contener, entre otros aspectos, «los Riesgos asociados al contrato, la forma de mitigarlos y la asignación del Riesgo entre las partes contratantes». Así mismo, el artículo 2.2.1.2.1.1.2. del Decreto 1082 de 2015 fijó dos audiencias públicas obligatorias en la etapa de selección de la licitación pública: i) la de asignación de riesgos y ii) la de adjudicación. En relación con la primera, indicó que la entidad estatal debe presentar el análisis de riesgos efectuado y hacer la asignación de riesgos definitiva[[2]](#footnote-2) y, en caso de ser necesario, debe precisar el alcance y contenido del pliego de condiciones.

Bajo estos parámetros, es claro que la estimación, tipificación y asignación de los riesgos es un deber que les corresponde a las entidades públicas incluir en los pliegos de condiciones o sus equivalentes. Su finalidad es determinar los riesgos previsibles que se pueden materializar en el proceso de selección y durante la ejecución del contrato, en aras de establecer cuál de las partes debe asumir cada riesgo conforme a su capacidad para soportarlo, gestionarlo y administrarlo.

Por otro lado, el literal a) del numeral 2 del artículo 159 del Decreto 1510 de 2013, compilado en el artículo 2.2.1.2.5.2 del Decreto 1082 de 2015, establecía como una competencia de la Agencia Nacional de Contratación Pública la de implementar guías o manuales para la identificación y cobertura del riesgo[[3]](#footnote-3).Tal disposición es concordante con el artículo 17 del Decreto 1510 de 2013 –2.2.1.1.1.6.3 del Decreto 1082 de 2015–, que establece el deber de la entidad estatal de evaluar el riesgo en los procesos de contratación de acuerdo con los manuales y guías expedidos por Colombia Compra Eficiente[[4]](#footnote-4).

 La Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia del 11 de abril de 2019, expedida dentro del expediente No. 52.055, estudió los cargos de nulidad presentados contra distintos artículos del Decreto 1510 de 2013, entre esos el artículo 159 del Decreto mencionado. A efectos de la presente consulta son relevantes las consideraciones relacionadas con los manuales y guías de identificación y cobertura del riesgo, es decir, lo contenido en el numeral 2 del artículo 159 del Decreto 1510 de 2013. Al respecto, el Consejo de Estado decidió que dicha norma adolecía de nulidad por las siguientes razones:

En cuanto a los mecanismos de cobertura de riesgos, debe precisarse que corresponde al gobierno nacional, en los términos del artículo 7 de la Ley 1150 de 2007, señalar los criterios que seguirán las entidades para la exigencia de garantías, las clases y niveles de amparo de los riesgos de los contratos.

Lo anterior, no obsta para entender que, en ejercicio de sus propias funciones, que no son reglamentarias de la ley pero que sí implican la facultad de expedir medidas de carácter general encaminadas a dar cumplimiento a la ley y a los decretos reglamentarios del Presidente de la República, Colombia Compra Eficiente bien puede establecer instrumentos que compendien las normas legales y reglamentarias sobre el particular, que sirvan de guía para las entidades destinatarias, las que deberán, en cada caso particular, incluir en sus pliegos de condiciones la estimación, tipificación y asignación de riesgos previsibles involucrados en la contratación, de acuerdo con la ley y los reglamentos. Se reitera entonces, que es el Presidente de la República, en ejercicio de la función constitucional atribuida por el numeral 11 del artículo 189 de la Carta, el llamado a reglamentar la norma legal que dispone la distribución de riesgos en los contratos estatales.

En consecuencia, no resulta procedente que el Presidente de la República, a través de la norma demandada, traslade a otra entidad, en este caso a Colombia Compra Eficiente, la reglamentación de lo concerniente a la estimación de los riesgos en materia contractual, en cuanto a su identificación y cobertura, como lo hace el literal a) del numeral 2º del artículo 159 demandado, razón por la cual se declarará su nulidad.

De este modo, queda claro que la decisión judicial de nulidad se sustentó en el hecho de que la reglamentación del sistema de compras públicas y de las leyes que lo conforman le corresponde de manera privativa al Presidente de la República y, por tanto, dicha competencia no puede ser delegada íntegramente para ser ejercida por otra autoridad administrativa, sin perjuicio de que en ciertos casos se permite que el Presidente encomiende parte de la regulación a otra autoridad bajo parámetros fijados en el reglamento del presidente, pero impidiéndose de que se de una delegación íntegra de la materia, como a juicio del Consejo de Estado sucedió en este caso.

Dicho lo anterior, conviene recordar que el artículo 12 del Decreto-ley 4170 de 2011, establece como una de las funciones de la Subdirección de Negocios de esta Agencia la de «9. Diseñar y proponer políticas y herramientas para la adecuada identificación de riesgos de la contratación pública y su cobertura». En ejercicio de esta función, y la del literal a) del numeral 2 del artículo 159 de 2013, fue expedido el *Manual para la Identificación y Cobertura del Riesgo en los Procesos de Contratación.* No obstante, sin perjuicio de la legalidad de la función atribuida por el Decreto 4170 de 2011, el mencionado manual no puede entenderse como un documento regulatorio de la identificación de riesgos en contratos estatales o como una herramienta de obligatoria aplicación, en atención a lo dispuesto en la providencia citada *ut supra*. De acuerdo con esto, las entidades pueden, de manera facultativa, y a modo de buena práctica contractual, acudir a lo dispuesto en el referido manual como parámetros para llevar a cabo la estimación, tipificación, asignación y cobertura de riesgos en cada proceso de contratación particular*.*

**2.2. Fundamentos jurídicos para la expedición de los documentos tipo**

Los pliegos tipo aparecieron en nuestro ordenamiento jurídico en el 2007, cuando el legislador facultó al Gobierno Nacional para adoptarlos en la compra o suministro de bienes de características técnicas uniformes[[5]](#footnote-5). La orientación inicial del proyecto que se convirtió en la Ley 1150 de 2007 era facultar al Gobierno Nacional para adoptar los pliegos tipo en todos los contratos estatales, pues en el proyecto el parágrafo 3º disponía que: «El Gobierno Nacional tendrá la facultad de estandarizar los pliegos de condiciones o términos de referencia y los contratos de las entidades estatales»[[6]](#footnote-6).

La intención era agilizar y dar mayor transparencia a los procedimientos de selección, así como evitar el direccionamiento, razón por la cual –conforme a lo explicado en la exposición de motivos– «[…] se asigna al Gobierno Nacional la facultad de estandarizar los pliegos de condiciones y términos de referencia de los contratos, medida que redundará en la agilidad y claridad de los procedimientos»[[7]](#footnote-7). Sin embargo, en el texto aprobado, los pliegos tipo se limitaron a la adquisición o suministro de bienes de características técnicas uniformes[[8]](#footnote-8).

Posteriormente, el artículo 2, parágrafo 7º, de la Ley 1150 de 2007, adicionado por el artículo 4 de la Ley 1882 de 2018, establece la obligatoriedad de la adopción de documentos tipo para algunos contratos, en los siguientes términos:

Parágrafo 7°. El Gobierno nacional adoptará documentos tipo para los pliegos de condiciones de los procesos de selección de obras públicas, interventoría para las obras públicas, interventoría para consultoría de estudios y diseños para obras públicas, consultoría en ingeniería para obras, los cuales deberán ser utilizados por todas las entidades sometidas al Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública en los procesos de selección que adelanten. *Dentro de los documentos tipo el Gobierno adoptará de manera general y con alcance obligatorio para todas las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, las condiciones habilitantes, así como los factores técnicos y económicos de escogencia* […] *teniendo en cuenta la naturaleza y cuantía de los contratos* […]. (Énfasis fuera de texto)

Sin embargo, el 22 de julio de 2020, el Gobierno Nacional sancionó la Ley 2022, que rige a partir de su publicación y cuyo artículo 1 modifica el artículo 4 de la Ley 1882 de 2018 en relación con los siguientes aspectos: i) el sujeto encargado de la adopción de los documentos tipo, ya que antes se señalaba al Gobierno Nacional y ahora la entidad encargada directamente por la Ley es la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente o quien haga sus veces; ii) la inclusión de buenas prácticas contractuales y los principios de la contratación pública para establecer los requisitos habilitantes, factores técnicos, económicos y otros factores de escogencia en los documentos tipo; iii) la implementación de procesos de capacitación en los municipios para la utilización de los documentos tipo buscando el desarrollo de la economía local; y iv) las responsabilidades para Colombia Compra Eficiente en la definición del desarrollo e implementación de los documentos tipo mediante cronogramas, coordinación con otras entidades especializadas, recepción de comentarios de los interesados y revisión de los documentos tipo expedidos[[9]](#footnote-9).

Sin perjuicio de lo anterior, la exposición de motivos del proyecto que se convirtió en la Ley 1882 de 2018 se refirió a la necesidad de utilizar documentos tipo, pues reducen el tiempo de los procesos de contratación y contribuyen al logro de una contratación pública más transparente y con mayor concurrencia de oferentes. Igualmente, la intención del legislador era adaptar el ordenamiento jurídico colombiano a las nuevas tendencias internacionales, al entender que los documentos tipo son una medida eficaz contra la corrupción y permiten una administración pública más eficiente y moderna.

En ejercicio de la competencia conferida por el citado parágrafo, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 342 de 2019, por medio del que se adoptaron los documentos tipo para licitaciones públicas para selección de contratistas de obra de infraestructura de transporte. En esta medida, el reglamento adicionó la Sección 6 y la Subsección 1 al Capítulo 2 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional.

El artículo 2.2.1.2.6.1.1 del Decreto 1082 de 2015, sobre el objeto de los «Documentos Tipo» adoptados por el Decreto 342 de 2019, señala que «La presente subsección tiene por objeto adoptar los Documentos Tipo para los pliegos de condiciones de los procesos de selección de licitación de obra pública de infraestructura de transporte». Además, el artículo 2.2.1.2.6.1.2 del Decreto –referido al alcance de los documentos tipo–dispone que «contienen parámetros obligatorios para las entidades estatales sometidas al Estatuto General de la Contratación Pública que adelanten procesos de selección de licitación de obra pública de infraestructura de transporte».

El Gobierno Nacional mediante el artículo 2.2.1.2.6.1.3 del Decreto 1082 de 2015, adicionado por el Decreto 342 de 2019, facultó a la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, para que en coordinación con el Departamento Nacional de Planeación –DNP– y el Ministerio de Transporte, desarrollara e implementara los Documentos Tipo. Esto tuvo lugar con la expedición de la Resolución No. 1798 del 1º de abril de 2019 que implementó la Versión 1 de los documentos tipo para procesos de licitación de obra pública de infraestructura de transporte.

            La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente luego de identificar, junto con el Departamento Nacional de Planeación y el Ministerio de Transporte, la necesidad de actualizar los documentos tipo para los procesos de licitación pública en orden de fortalecerlos y adaptarlos a la realidad de la contratación del país, implementó la versión 2. De esta manera expidió la Resolución No. 045 del 14 de febrero de 2020, «Por la cual se actualizan los Documentos Tipo para los procesos de selección de licitación de obra pública de infraestructura de transporte y se deroga la Resolución 1798 de 2019».

El Gobierno Nacional ejerció nuevamente la competencia prevista en el citado artículo 4 de la Ley 1882 de 2018, expidiendo el Decreto 2096 de 2019. A través de él se autorizaron los documentos tipo para procesos de contratación de obra pública de infraestructura de transporte adelantados en la modalidad de selección abreviada de menor cuantía. Este reglamento adicionó la Subsección 2 a la Sección 6 del Capítulo 2 del Título 1 de la parte 2 del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015.

            El artículo 2.2.1.2.6.2.2 del Decreto mencionado contiene el listado de los documentos tipo aplicables a los procesos de selección abreviada de menor cuantía para la contratación de obra pública de infraestructura de transporte. Además, el 2.2.1.2.6.2.3 *ibidem* facultó a la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, para que en coordinación con el Departamento Nacional de Planeación –DNP– y el Ministerio de Transporte, desarrollara e implementara los documentos tipo. La entidad ejerció esta competencia mediante la expedición de la Resolución No. 044 del 14 de febrero de 2020 que implementó los documentos tipo para esta modalidad de selección.

Finalmente, el Gobierno Nacional ejerció la competencia prevista en el citado artículo 4 de la Ley 1882 de 2018, expidiendo el Decreto 594 de 2020, el cual adoptó los documentos tipo para procesos de contratación de obra pública de infraestructura de transporte adelantados en la modalidad de mínima cuantía. Este reglamento adicionó la Subsección 3 a la Sección 6 del Capítulo 2 del Título 1 de la parte 2 del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015.

El artículo 2.2.1.2.6.3.2 del Decreto 1082 de 2015 contiene el listado de los documentos tipo aplicables a los procesos de mínima cuantía para la contratación de obra pública de infraestructura de transporte, mientras que el 2.2.1.2.6.3.3 facultó a la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, para que en coordinación con el Departamento Nacional de Planeación –DNP– y el Ministerio de Transporte, desarrollara e implementara los documentos tipo. Esta competencia fue ejercida mediante la expedición de la Resolución No. 094 del 21 de mayo de 2020 que implementó los documentos tipo para esta modalidad de selección.

Ahora bien, esta Agencia consciente de la afectación económica que causaron las medidas adoptadas para contener la pandemia COVID – 19 en el país, decide actualizar los documentos tipo para los procesos de licitación de obra pública y selección abreviada de menor cuantía de infraestructura de transporte y, en consecuencia, adopta medidas en apoyo a la industria nacional. Por tanto, Colombia Compra Eficiente expidió las Resoluciones No. 240 y 241 del 27 de noviembre 2020 mediante las cuales se adoptaron los documentos tipo de licitación de obra pública – versión 3 y de selección abreviada de menor cuantía – versión 2 de infraestructura de transporte, lo cuales son obligatorios a partir del 1º de enero de 2021.

**2.3. Alcance de la regla de la inalterabilidad de los documentos tipo**

Todas las resoluciones expedidas por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, mediante las cuales se han adoptado los documentos tipo, consagran la regla de la inalterabilidad[[10]](#footnote-10). 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 estos documentos 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 específicamente lo permitan.

El fundamento legal vigente de la regla de la inalterabilidad se encuentra 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. Incluso por vía reglamentaria también se dispuso el carácter inmodificable de los pliegos tipo en el artículo 1 de los Decretos 342 de 2019 y 594 de 2020, que adicionaron, respectivamente, los artículos 2.2.1.2.6.1.4. y 2.2.1.2.6.3.4 al Decreto 1082 de 2015.

Conforme a lo anterior, no cabe duda de que está vigente la regla de la inalterabilidad de los documentos tipo. Lo anterior por cuanto las diferentes disposiciones normativas que se han expedido han ratificado dicha regla, como ha sucedido con el artículo 1 de la Ley 2022 de 2020 y con las resoluciones que ha expedido la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente.

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 de infraestructura de transporte, caso en el que se podrá incluir experiencia adicional de manera excepcional; y, además, cuando el pliego tipo de forma expresa lo permita, 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 y que los proponentes acrediten los diferentes requisitos establecidos para participar en él. 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, 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.

En relación con el principio constitucional *sub examine*, la Corte Constitucional explica que «[…] por disposición del artículo 228 Superior, las formas no deben convertirse en un obstáculo para la efectividad del derecho sustancial, sino que deben propender por su realización. Es decir, que las normas procesales son un medio para lograr la efectividad de los derechos subjetivos y no fines en sí mismas»[[11]](#footnote-11).

De acuerdo con lo anterior, el carácter inalterable de los Documentos Tipo no puede hacerse extensivo a los aspectos simplemente 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, esto es, no afectan su contenido esencial y, mucho menos, las obligaciones, deberes y derechos que se derivan para las partes contratantes.

En atención al objeto de la consulta, debe mencionarse que uno de los componentes comunes a los diferentes grupos de documentos tipo expedidos por esta Agencia es la «Matriz 3 – Riesgos», cuyo contenido es muy similar en cada uno de los documentos tipo hasta ahora implementados. Por ejemplo, la «Matriz 3 – Riesgos» expedida mediante la Resolución No. 240 de 2020, para procesos de licitación de obra pública de infraestructura de transporte, dispone:

Para el presente procedimiento contractual, en atención a la Ley 1150 de 2007 y los artículos 2.2.1.1.1.3.1 y 2.2.1.1.1.6.3. del Decreto 1082 de 2015, entiéndase por Riesgo la probabilidad de ocurrencia de eventos aleatorios que afecten el desarrollo del mismo, generando una variación sobre el resultado esperado, tanto en relación con los costos como con las actividades a desarrollar en la ejecución contractual.

Corresponderá al contratista seleccionado la asunción del Riesgo previsible propio de este tipo de contratación asumiendo su costo, siempre que el mismo no se encuentre expresamente a cargo de la entidad en el contrato.

De acuerdo con procedimiento de la referencia, nos permitimos establecer la tipificación, estimación y asignación de los riesgos previsibles que puedan afectar el presente procedimiento.

[La entidad debe diligenciar la Matriz teniendo en cuenta la naturaleza del contrato]

[Entre los riesgos que se deben tipificar, estimar y asignar se deberá tener en cuenta el riesgo de corrupción y la relación directa que existe entre este y los riesgos financiero, legal y reputacional.]

**Matriz de Riesgos**

|  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| No. | Clase | Fuente | Etapa | Tipo | Descripción(Qué puede pasar y como puede ocurrir) | Consecuencia de la ocurrencia del evento | Probabilidad | Impacto | Valoración del riesgo | Categoría | **¿A quién se le asigna?** | **Tratamiento/Controles a ser implementados** | **Impacto después del tratamiento** | **¿Afecta la ejecución del contrato?** | **Persona responsable por implementar el tratamiento** | **Fecha estimada en que se completa el tratamiento** | **Monitoreo y revisión** |
| **Probabilidad** | **Impacto** | **Valoración del Riesgo** | **Categoría** | **¿Cómo se realiza el monitoreo?** | **Periodicidad****¿Cuándo?** |
|  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |
|  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |

 Como se aprecia, la «Matriz 3 – Riesgos» se trata de un documento destinado a recoger la identificación y asignación de los riesgos realizada por la entidad contratante en el marco del respectivo proceso de selección, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007. Su contenido se configura en su mayoría por la entidad, siendo solo inalterables el texto referido al cumplimiento de las normas generales aplicables a la gestión de riesgos en contratos estatales, así como unas afirmaciones en los que se advierte a los proponentes los efectos de la distribución de riesgos que se consignará en la matriz, de cara al contrato.

 De acuerdo con lo anterior, en respuesta a la consulta elevada por el peticionario, debe advertirse que, sin perjuicio de la decisión tomada por el Consejo de Estado en la sentencia del 11 de abril de 2019, la «Matriz 3 – Riesgos» sí es un documento de forzosa aplicación en los procesos adelantados que obligatoriamente deban adelantarse aplicando documentos tipo. Esto comoquiera que tal obligatoriedad no emana del literal a) del numeral 2 del artículo 159 del Decreto 1510 de 2013 –art. 2.2.1.2.5.2. del Decreto 1082 de 2015–, sino del parágrafo 7 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, modificado por la Ley 2022 de 2020. Sin perjuicio de ello, se aclara que las entidades diligenciarán la «Matriz 3 – Riesgos» haciendo uso de su discrecionalidad, sin que obligatoriamente deban observar lo establecido en el *Manual para la Identificación y Cobertura del Riesgo en los Procesos de Contratación,* aunque puedan acudir a lo establecido en este manual por considerarlo buenas prácticas contractuales.

# **3. Respuesta**

«Dado que la sentencia 52055 citada arriba fue clara en anotar que la Guía de riesgos de CCE no tiene efecto vinculante, se concluye que el formato de matriz CCE-EICP- FM-13 es un documento orientador mas no vinculante. Sin embargo, agradecemos se confirme de parte de CCE que esta es la forma correcta de entender el uso y aplicación de la matriz en los pliegos tipo. Y que lo pertinente es que se desarrolle la tipificación, estimación y asignación del riesgo previsible, como lo ordena el art 4 de la ley 1150 y que no genere requisitos adicionales para los contratistas»

Con base en las consideraciones expuestas es posible concluir que el *Manual para la Identificación y Cobertura del Riesgo en los Procesos de Contratación* expedido por esta Agencia no tiene efectos vinculantes, ni siquiera en procesos regidos por documentos tipo, al haberse declarado por el Consejo de Estado, en sentencia del 11 de abril de 2019, la nulidad del literal a) del numeral 2 del artículo 159 del Decreto 1510 de 2013, norma que otorgaba a Colombia Compra Eficiente la competencia para expedir manuales y guías para la identificación y cobertura del riesgo. Dicha declaratoria de nulidad no es óbice para que las entidades estatales, de manera facultativa y a modo de buena práctica contractual, apliquen lo dispuesto en el referido manual para realizar el análisis de identificación y asignación de riesgos, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007.

Sin perjuicio de lo anterior, la «Matriz 3 – Riesgos» expedida dentro de los diferentes grupos de documentos tipo expedidos por Colombia Compra Eficiente, sí es de uso forzoso en los procesos en los que sea obligatoria la aplicación de los documentos tipo. En este sentido, tal obligatoriedad emana de lo dispuesto en el parágrafo 7 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, modificado por la Ley 2022 de 2020, en el que se dispone la fuerza obligatoria de los documentos tipo expedidos por la Agencia Nacional de Contratación Pública para las entidades regidas por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

En tales términos, la «Matriz 3 – Riesgos» constituye el instrumento dispuesto para que las entidades estatales obligadas a adelantar procesos con documentos tipo, den cumplimiento al artículo 4 de la Ley 1150 de 2007, identificando y asignando los riesgos del respectivo proceso de contratación. Al diligenciar la matriz las entidades están regidas por el principio de inalterabilidad, por lo que solo pueden modificar los aspectos resaltados en gris y entre corchetes, lo que no les impide realizar de forma autónoma tales actividades, ya que la forma en la que está configurada la matriz garantiza que sean las entidades quienes realicen la asignación.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Camilo Perdomo Villamil Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Alejandro Sarmiento CantilloGestor T1-11 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado NavarroSubdirector de Gestión Contractual ANCP – CCE |

1. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 23 de marzo de 2017. C.P: Marta Nubia Velásquez Rico. Exp.51526 [↑](#footnote-ref-1)
2. Decreto 1082 de 2015: «Artículo 2.2.1.2.1.1.2. Audiencias en la licitación. En la etapa de selección de la licitación son obligatorias las audiencias de: a) asignación de Riesgos, y b) adjudicación. Si a solicitud de un interesado es necesario adelantar una audiencia para precisar el contenido y alcance de los pliegos de condiciones, este tema se tratará en la audiencia de asignación de Riesgos.

En la audiencia de asignación de Riesgos, la Entidad Estatal debe presentar el análisis de Riesgos efectuado y hacer la asignación de Riesgos definitiva. [↑](#footnote-ref-2)
3. Decreto 1082 de 2015: «Artículo 2.2.1.2.5.2. Estándares y documentos tipo.Sin perjuicio de la función permanente que el Decreto-ley 4170 de 2011 le asigna, Colombia Compra Eficiente debe diseñar e implementar los siguientes instrumentos estandarizados y especializados por tipo de obra, bien o servicio a contratar, así como cualquier otro manual o guía que se estime necesario o sea solicitado por los partícipes de la contratación pública:

   »1. Manuales para el uso de los Acuerdos Marco de Precios.

   »2. Manuales y guías para: (a) la identificación y cobertura del Riesgo; (b) la determinación de la Capacidad Residual para los contratos de obra pública dependiendo del valor de los mismos; (c) la elaboración y actualización del Plan Anual de Adquisiciones; y (d) el uso del Clasificador de Bienes y Servicios.

   »3. Pliegos de condiciones tipo para la contratación.

   »4. Minutas tipo de contratos».  [↑](#footnote-ref-3)
4. Decreto 1082 de 2015: «Artículo 2.2.1.1.1.6.3. Evaluación del Riesgo. La Entidad Estatal debe evaluar el Riesgo que el Proceso de Contratación representa para el cumplimiento de sus metas y objetivos, de acuerdo con los manuales y guías que para el efecto expida Colombia Compra Eficiente». [↑](#footnote-ref-4)
5. El parágrafo 3 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 facultó por primera vez al Gobierno Nacional para adoptar estándares generales en los pliegos de condiciones, razón por la cual dispuso lo siguiente: «El Gobierno Nacional tendrá la facultad de estandarizar las condiciones generales de los pliegos de condiciones y los contratos de las entidades estatales, cuando se trate de la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización por parte de las entidades».  [↑](#footnote-ref-5)
6. Diario Oficial. Gaceta del Congreso 458 de 2005.   [↑](#footnote-ref-6)
7. Ibídem. [↑](#footnote-ref-7)
8. Diario Oficial. Gaceta del Congreso 416 de 2007, Informe de Conciliación Senado.  [↑](#footnote-ref-8)
9. 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-9)
10. 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-10)
11. Cita tomada de la providencia del 20 de febrero de 2020, dictada por el Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A, dentro del expediente 47001-23-33-000-2018-00035-01 (63.854), cuya ponente fue Marta Nubia Velásquez Rico.

 [↑](#footnote-ref-11)