**CCE-DES-FM-17**

**DOCUMENTOS TIPO – Fundamento normativo**

Los pliegos tipo surgen en el 2007 cuando el legislador facultó al Gobierno Nacional para adoptarlos en la compra o suministro de bienes de características técnicas uniformes. 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».

[….]

Sin embargo, el 22 de julio de 2020, el Gobierno Nacional sancionó la Ley 2022, llamada la «ley de pliegos tipo», 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.

**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 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 se extiende a los formatos y anexos implementados junto con el «Documento Base», los cuales deben usarse para desarrollar el procedimiento de contratación y que los proponentes acrediten los diferentes requisitos establecidos para participar en él. Estos, al igual que el pliego de condiciones, 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.

**ANEXO 5 MINUTA DEL CONTRATO – Cláusula 8 ‒ Forma de pago – Opción 3 – Fórmula de pago parcial**

Ahora bien, la «Cláusula 8. Forma de pago» tiene por objeto establecer las condiciones a las que está sometido el contratista para que la entidad estatal cancele el valor del contrato. Esta cláusula contiene tres opciones: la opción uno, sometida al porcentaje de avance mensual; la opción dos, existiendo anticipo, sometida a pagos mensuales en relación con la cantidad de obra ejecutada; y la opción tres, sometida a la entrega y recibo a satisfacción de hitos o unidades funcionales del proyecto.

A su vez, esta cláusula contiene aspectos incluidos en corchetes y resaltado gris que disponen la libertad para la entidad de seleccionar la opción que considere más conveniente o de adicionar o establecer supuestos y/o condiciones diferentes para cancelar el valor del contrato.

Expresamente, la misma cláusula 8 permite que la entidad pueda acogerse a una de las opciones que dispone el texto de la minuta. En todo caso, también puede definir una forma de pago distinta según las necesidades de la entidad, pues podrá configurar la que considere conveniente. […]

Es importante indicar que en los «Documentos Tipo – Versión 3» de licitación pública de obra de infraestructura de transporte, la entidad debe estipular la forma de pago, el plazo, los documentos requeridos y –cuando se pacte– el pago anticipado, sin que para ello sea obligatorio establecer como forma de pago alguna de las alternativas del anexo 5. Lo anterior en la medida que el documento tipo le permite a la entidad escoger alguna de las opciones disponibles, o configurar la forma de pago que considere conveniente para cancelar el valor del contrato. En esta medida, si la entidad puede adaptar el contenido de la cláusula 8 antes de la expedición del aviso de convocatoria y la publicación del proyecto de pliego de condiciones, sin perjuicio de los ajustes posteriores resultado de observaciones al prepliego o al pliego de condiciones definitivo, las partes del contrato pueden modificar con mayor razón el alcance de la forma de pago una vez celebrado el contrato.

Este razonamiento, el cual tiene por objeto los documentos tipo implementados mediante la Resolución 240 del 27 de noviembre de 2020, se aplica *mutatis mutandis* a la minuta del contrato de los documentos tipo de la Resolución 241 del 27 de noviembre 2020, «Por la cual se actualizan los Documentos Tipo para los procesos de selección abreviada de menor cuantía de obra pública de infraestructura de transporte y se deroga la Resolución 0044 de 2020». Se extiende en lo pertinente a los documentos tipo de las Resoluciones 248 del 1° de diciembre 2020, «Por la cual se adoptan los documentos tipo para los procesos de licitación pública para obras de infraestructura de agua potable y saneamiento básico»; 249 del 1° de diciembre de 2020, «Por la cual se adoptan los documentos tipo para los procesos de licitación pública para obras de infraestructura de agua potable y saneamiento básico en la modalidad llave en mano»; y 256 del 11 de diciembre de 2020, «Por la cual se adoptan los documentos tipo para los procesos de selección de concursos de méritos, para contratar la interventoría de obras públicas de infraestructura de transporte».

Interfaz de usuario gráfica

Descripción generada automáticamente

Bogotá, 31 Agosto 2021

Señor

**Gustavo Adolfo Patarroyo Cubides**

Ibagué, Tolima

**Concepto C – 450 de 2021**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:** | DOCUMENTOS TIPO – Fundamento normativo / DOCUMENTOS TIPO – Inalterabilidad – Información en corchetes y resaltado gris / DOCUMENTOS TIPO – Inalterabilidad – Prevalencia del derecho sustancial / ANEXO 5 MINUTA DEL CONTRATO – Cláusula 8 ‒ Forma de pago – Opción 3 – Fórmula de pago parcial |
| **Radicación:** | Respuesta a consulta # P20210716006297 |

Estimado señorPatarroyo Cubides:

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 16 de julio de 2021.

1. **Problema planteado**

Respecto a los Documentos Tipo, usted realiza la siguiente pregunta: «SE PUEDE MODIFICAR LA FORMA DE PAGO DE LOS CONTRATOS ADJUDICADOS Y CELEBRADOS MEDIANTE DOCUMENTOS TIPO».

**2. Consideraciones**

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente analizó el fundamento normativo de los pliegos de condiciones tipo en la contratación estatal, entre otros, en los 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 1º de marzo de 2021 y C-204 del 6 de mayo de 2021. De otra parte, en los Conceptos C-289 del 26 de mayo de 2020, C-295 del 22 de junio de 2021, C-310 del 25 de junio y C-314 del 29 de junio de 2021, se analizó el alcance del «Anexo 5 – Minuta del Contrato» en el marco de los documentos tipo. Las tesis desarrolladas en estos conceptos se reiteran a continuación tomando como base los documentos tipo de licitación de infraestructura de transporte:

**2.1 Antecedentes y fundamentos de los documentos tipo de obra pública para infraestructura de transporte**

Los pliegos tipo surgen en el 2007 cuando el legislador facultó al Gobierno Nacional para adoptarlos en la compra o suministro de bienes de características técnicas uniformes[[1]](#footnote-1). 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»[[2]](#footnote-2).

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»[[3]](#footnote-3). Sin embargo, en el texto aprobado, los pliegos tipo se limitaron a la adquisición o suministro de bienes de características técnicas uniformes[[4]](#footnote-4).

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, llamada la «ley de pliegos tipo», 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[[5]](#footnote-5).

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 mediante el cual 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».

De igual forma, 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. El Decreto autorizó 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 1082 de 2015 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, bajo la competencia prevista en la Ley 2022 de 2020, Colombia Compra Eficiente expide las Resoluciones No. 240 y 241 del 27 de noviembre 2020 a través de las cuales se adoptan los documentos tipo de licitación de obra pública – versión 3 y de selección abreviada de menor cuantía – versión 2 de infraestructura de transporte, los cuales son obligatorios a partir del 1º de enero de 2021. Incluso, con la expedición de la Ley de Emprendimiento, estos se ajustaron a través de la Resolución No. 161 del 17 de junio de 2021, «Por la cual se modifican los documentos tipo adoptados por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente», la cual rige para los procedimientos de selección cuya invitación o aviso de convocatoria se publique a partir del 28 de junio de 2021.

**2.2. Inalterabilidad de los documentos tipo de licitación para obra pública de infraestructura de transporte y sus excepciones**

El artículo 2.2.1.2.6.1.4 del Decreto 1082 de 2015 dispone la inalterabilidad de los documentos tipo para la modalidad de licitación pública, 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[[6]](#footnote-6). En consecuencia, las condiciones establecidas en los documentos que adopte la Agencia, en ejercicio del mandato establecido en el artículo 1 de la Ley 2022 de 2020, como se dijo en el numeral anterior, 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 que fijados en ellos.

Esta prohibición la ratifica el artículo 3 de la Resolución No. 240 de 2020, mediante la cual se implementaron los documentos tipo para esta modalidad de selección, al disponer la inalterabilidad de los documentos tipo en los siguientes términos: «Las entidades estatales contratantes no podrán incluir o modificar dentro de los documentos del proceso de selección las condiciones habilitantes, los factores técnicos y económicos de escogencia y los sistemas de ponderación que han sido definidos y señalados en los Documentos Tipo».

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 encontrado eco no solo en la contratación estatal[[7]](#footnote-7) sino además en la normativa antitrámites, pues se inscribe dentro de la tendencia de simplificación y racionalización de los procedimientos administrativos[[8]](#footnote-8). De ahí que cuando las autoridades solicitan la entrega de documentación innecesaria, menoscaban el principio de economía.

Por su parte, la parte introductoria de los documentos tipo dispone que los aspectos incluidos en corchetes y resaltado gris –[texto de ejemplo]– 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.

Es de precisar que la entidad durante la etapa de planeación como resultado del estudio del sector y del análisis de riesgo, debe establecer las condiciones necesarias para garantizar la ejecución del contrato, teniendo en cuenta la necesidad que pretende satisfacer, el objeto, alcance, especificaciones técnicas, forma de pago y demás aspectos inherentes al proyecto. De allí que estas condiciones, al ser fijadas por parte de la entidad, pueden implicar modificaciones a los documentos tipo, las cuales deben ser adecuadas, proporcionales y consecuentes con su contenido, respetando el principio de inalterabilidad.

Además, el artículo 3 de la Resolución No. 240 de 2020 prevé los eventos en los que el objeto contractual incluye bienes o servicios adicionales a la obra pública de infraestructura de transporte[[9]](#footnote-9). 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 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, 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 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 se extiende a los formatos y anexos implementados junto con el «Documento Base», los cuales deben usarse para desarrollar el procedimiento de contratación y que los proponentes acrediten los diferentes requisitos establecidos para participar en él. Estos, al igual que el pliego de condiciones, 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»[[10]](#footnote-10).

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.

**2.3. Alcance de la «Cláusula 8 ‒ Forma de pago» del «Anexo 5 – Minuta del Contrato» en los documentos tipo de licitación para obra pública de infraestructura de transporte.**

Conforme a la competencia del artículo 1° de la Ley 2022 de 2020, esta Agencia expidió la Resolución No. 240 del 27 de noviembre de 2020. Mediante este acto administrativo se adoptaron los documentos tipo para licitación de obras públicas de infraestructura de transporte. 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 1º de enero de 2021.

En relación con los documentos tipo propiamente dichos, el artículo 2 de la resolución citada contempló el documento base o 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, pues 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 discrecionalidad 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, partiendo de 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 «CAPÍTULO VIII MINUTA Y CONDICIONES DEL CONTRATO» del documento base dispone 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 discrecionalidad, el diligenciamiento de los apartados grises entre corchetes del Anexo 5 debe realizarse conforme a las indicaciones de los documentos tipo, las cuales están establecidas en el párrafo sombreado en gris y entre corchetes que encabeza dicho anexo. Este 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.

[…]

Estas indicaciones fueron precisadas por la Agencia en el Concepto C-289 del 26 de mayo de 2020. En este 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». Además, el concepto citado 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 de la minuta sirve 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 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.

Ahora bien, la «Cláusula 8. Forma de pago» tiene por objeto establecer las condiciones a las que está sometido el contratista para que la entidad estatal cancele el valor del contrato[[11]](#footnote-11). Esta cláusula contiene tres opciones: la opción uno, sometida al porcentaje de avance mensual; la opción dos, existiendo anticipo, sometida a pagos mensuales en relación con la cantidad de obra ejecutada; y la opción tres, sometida a la entrega y recibo a satisfacción de hitos o unidades funcionales del proyecto.

A su vez, esta cláusula contiene aspectos incluidos en corchetes y resaltado gris que disponen la libertad para la entidad de seleccionar la opción que considere más conveniente o de adicionar o establecer supuestos y/o condiciones diferentes para cancelar el valor del contrato. De esta manera, la cláusula 8 del «Anexo 5 – Minuta del Contrato» dispone lo siguiente:

La Entidad podrá escoger alguna de las siguientes formas de pago o configurar la que considere conveniente para cancelar el valor del contrato al Contratista. Incluir descripción de forma de pago, incluyendo todos los documentos y plazos para el mismo, incluyendo el pago anticipado del contrato, en caso de que se haya pactado

[…]

La Entidad debe escoger alguna de las formas de pago anteriores, o podrá configurar la que considere conveniente.

Expresamente, la misma cláusula 8 permite que la entidad pueda acogerse a una de las opciones que dispone el texto de la minuta. En todo caso, también puede definir una forma de pago distinta según las necesidades de la entidad, pues podrá configurar la que considere conveniente. Los interesados podrán presentar observaciones al respecto, toda vez que la minuta del contrato hace parte del contenido de los pliegos de condiciones de acuerdo con el numeral 11 del artículo 2.2.1.1.2.1.3 del Decreto 1082 de 2015.

Es importante indicar que en los «Documentos Tipo – Versión 3» de licitación pública de obra de infraestructura de transporte, la entidad debe estipular la forma de pago, el plazo, los documentos requeridos y –cuando se pacte– el pago anticipado, sin que para ello sea obligatorio establecer como forma de pago alguna de las alternativas del anexo 5. Lo anterior en la medida que el documento tipo le permite a la entidad escoger alguna de las opciones disponibles, o configurar la forma de pago que considere conveniente para cancelar el valor del contrato. En esta medida, si la entidad puede adaptar el contenido de la cláusula 8 antes de la expedición del aviso de convocatoria y la publicación del proyecto de pliego de condiciones, sin perjuicio de los ajustes posteriores resultado de observaciones al prepliego o al pliego de condiciones definitivo, las partes del contrato pueden modificar con mayor razón el alcance de la forma de pago una vez celebrado el contrato.

Este razonamiento, el cual tiene por objeto los documentos tipo implementados mediante la Resolución 240 del 27 de noviembre de 2020, se aplica *mutatis mutandis* a la minuta del contrato de los documentos tipo de la Resolución 241 del 27 de noviembre 2020, «Por la cual se actualizan los Documentos Tipo para los procesos de selección abreviada de menor cuantía de obra pública de infraestructura de transporte y se deroga la Resolución 0044 de 2020». Se extiende en lo pertinente a los documentos tipo de las Resoluciones 248 del 1° de diciembre 2020, «Por la cual se adoptan los documentos tipo para los procesos de licitación pública para obras de infraestructura de agua potable y saneamiento básico»; 249 del 1° de diciembre de 2020, «Por la cual se adoptan los documentos tipo para los procesos de licitación pública para obras de infraestructura de agua potable y saneamiento básico en la modalidad llave en mano»; y 256 del 11 de diciembre de 2020, «Por la cual se adoptan los documentos tipo para los procesos de selección de concursos de méritos, para contratar la interventoría de obras públicas de infraestructura de transporte».

La misma idea también aplica a la minuta del contrato de los documentos tipo de la Resolución 193 del 14 de julio de 2021, «Por la cual se adoptan los documentos tipo para los procesos de selección de concurso de méritos, para contratar la consultoría de estudios de ingeniería de infraestructura de transporte», así como de las Resoluciones 219 y 220 del 6 de agosto de 2021 por las cuales se adoptan los «documentos tipo transversales» de licitación de obra pública de infraestructura social y los «documentos tipo adicionales» relacionados con infraestructura educativa. Estas últimas –con las modificaciones de la Resolución 261 del 27 de agosto de 2021– se aplicarán a los procedimientos de selección cuyo aviso de convocatoria se publique a partir del 2 de noviembre del presente año.

**3. Respuestas.**

«SE PUEDE MODIFICAR LA FORMA DE PAGO DE LOS CONTRATOS ADJUDICADOS Y CELEBRADOS MEDIANTE DOCUMENTOS TIPO».

De acuerdo con la explicación precedente, para efectos de los «Documentos Tipo – Versión 3» de licitación pública de obra de infraestructura de transporte, la entidad debe estipular la forma de pago, el plazo, los documentos requeridos y –cuando se pacte– el pago anticipado, sin que para ello sea obligatorio establecer como forma de pago alguna de las alternativas del «Anexo 5 – Minuta del contrato». Lo anterior en la medida que el documento tipo le permite a la entidad escoger alguna de las opciones disponibles, o configurar la forma de pago que considere conveniente para cancelar el valor del contrato. En esta medida, si la entidad puede adaptar el contenido de la cláusula 8 antes de la expedición del aviso de convocatoria y la publicación del proyecto de pliego de condiciones, sin perjuicio de los ajustes posteriores resultado de observaciones al prepliego o al pliego de condiciones definitivo, las partes del contrato pueden modificar con mayor razón el alcance de la forma de pago una vez celebrado el contrato.

Este razonamiento, el cual tiene por objeto los documentos tipo implementados mediante la Resolución 240 del 27 de noviembre de 2020, se aplica *mutatis mutandis* a la minuta del contrato de los documentos tipo de la Resolución 241 del 27 de noviembre 2020, «Por la cual se actualizan los Documentos Tipo para los procesos de selección abreviada de menor cuantía de obra pública de infraestructura de transporte y se deroga la Resolución 0044 de 2020». Se extiende en lo pertinente a los documentos tipo de las Resoluciones 248 del 1° de diciembre 2020, «Por la cual se adoptan los documentos tipo para los procesos de licitación pública para obras de infraestructura de agua potable y saneamiento básico»; 249 del 1° de diciembre de 2020, «Por la cual se adoptan los documentos tipo para los procesos de licitación pública para obras de infraestructura de agua potable y saneamiento básico en la modalidad llave en mano»; y 256 del 11 de diciembre de 2020, «Por la cual se adoptan los documentos tipo para los procesos de selección de concursos de méritos, para contratar la interventoría de obras públicas de infraestructura de transporte».

La misma idea también aplica a la minuta del contrato de los documentos tipo de la Resolución 193 del 14 de julio de 2021, «Por la cual se adoptan los documentos tipo para los procesos de selección de concurso de méritos, para contratar la consultoría de estudios de ingeniería de infraestructura de transporte», así como de las Resoluciones 219 y 220 del 6 de agosto de 2021 por las cuales se adoptan los «documentos tipo transversales» de licitación de obra pública de infraestructura social y los «documentos tipo adicionales» relacionados con infraestructura educativa. Estas últimas –con las modificaciones de la Resolución 261 del 27 de agosto de 2021– se aplicarán a los procedimientos de selección cuyo aviso de convocatoria se publique a partir del 2 de noviembre del presente año.

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: | Carlos Mario Castrillón Endo  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. 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-1)
2. Diario Oficial. Gaceta del Congreso 458 de 2005.   [↑](#footnote-ref-2)
3. Ibídem. [↑](#footnote-ref-3)
4. Diario Oficial. Gaceta del Congreso 416 de 2007, Informe de Conciliación Senado.  [↑](#footnote-ref-4)
5. 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)
6. 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-6)
7. 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-7)
8. 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-8)
9. La norma dispone que «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

   »4. 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». [↑](#footnote-ref-9)
10. 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-10)
11. **Anexo 5 – Minuta del Contrato. […] CLÁSULA 8. FORMA DE PAGO.**

    […]

    **Opción 1:**

    La Entidad cancelará al Contratista el valor del contrato en pagos parciales mensuales por avance de obra, de acuerdo con las cantidades ejecutadas y aprobadas por la interventoría hasta el 95% del valor del contrato. El 5% restante del valor del contrato se pagará contra liquidación del contrato.

    **Opción 2:**

    La Entidad entregará un anticipo y posteriormente hará pagos parciales con su respectiva amortización, todo lo cual se regirá por las siguientes reglas:

    La entidad efectuará al Contratista pagos mensuales en pesos colombianos, de acuerdo con las cantidades de obra realmente ejecutadas, revisadas, aceptadas y recibidas a satisfacción por la interventoría en el mes inmediatamente anterior, las cuales además deben ser verificables físicamente y deberán soportarse en Actas de Obra, de conformidad con los precios unitarios y el valor del AIU pactado.

    **Parágrafo 1**. La entidad realizará al Contratista el último pago, cuyo valor no podrá ser inferior al cinco por ciento (5%) del valor total del contrato, el cual se hará a la terminación de los trabajos recibidos a entera satisfacción de la entidad.

    **Opción 3:**

    En contraprestación por las actividades ejecutadas, la Entidad reconocerá al Contratista un acta de pago cuando se haya recibido a entera satisfacción los hitos o unidades funcionales del proyecto, por parte del interventor.

    El pago a el Contratista se efectuará dentro de los (XX) días hábiles siguientes a la presentación de la factura y visto bueno por parte del interventor designado del recibo a satisfacción de las actividades, acompañada del acta de recibo y de la certificación de encontrarse el Contratista al día en el pago de aportes al Sistema de la Seguridad Social y Parafiscales, de conformidad con lo señalado en el parágrafo 1º del artículo 23 de la Ley 1150 de 2007.

    El interventor designado solo aprobará el pago de aquellas actividades que sean comprobables y efectivamente soportadas y que, en consecuencia, hayan sido debidamente ejecutadas por el Contratista. [↑](#footnote-ref-11)