**DOCUMENTOS TIPO – Fundamento normativo**

El artículo 4 de la Ley 1882 de 2018 es el antecedente más relevante de la expedición de documentos tipo con alcance obligatorio. A partir de esta norma se determinó la obligatoriedad por parte de todas las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública de aplicar los documentos tipo adoptados por el gobierno nacional. En virtud de las competencias atribuidas por la Ley 1882 de 2018 se expidieron varios documentos tipo para el sector de infraestructura de transporte. Esta establecía que el gobierno nacional adoptaría 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 y consultoría en ingeniería para obras, los cuales debían ser utilizados por todas las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública en los procesos de selección que adelantaran.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que la Ley 2022 de 2020 fue sancionada por el Presidente de la República el 22 de julio de 2020, que en su artículo 1 modificó el artículo 4 de la Ley 1882 de 2018 y, por tanto, modificó el parágrafo 7 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, asignando directamente a la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente la facultad para adoptar los documentos tipo. En este sentido, con la finalidad de realizar un desarrollo armónico y ajustado a la ley que otorga esta competencia, la Agencia Nacional de Contratación Pública expidió la Resolución 160 del 15 de septiembre de 2020, “Por la cual se adopta el procedimiento para implementar los documentos tipo y se define el sistema para su revisión”.

**CONTRATO DE OBRA PÚBLICA – Definición**

En *sentido amplio*, dado que la “obra” es un bien que crea la actividad humana, el hecho de que sea “pública” significa que es todo trabajo material en cuya creación o realización interviene el Estado. No obstante, el numeral 1 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 opta por un *sentido restringido*, al disponer que “Son contratos de obra los que celebren las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago”, de manera que este tipo de contrato no aplica a los trabajos materiales realizados sobre bienes muebles. Por lo anterior, el legislador adoptó el criterio de la tipificación del contrato de obra pública a actividades realizadas sobre bienes inmuebles, admitiendo, de forma muy amplia, la ejecución de todo trabajo que tenga por objeto crear, construir, conservar o modificar bienes inmuebles, lo cual incluye trabajos de construcción, instalación, conservación, mantenimiento, reparación y demolición de esos mismos.

**MODALIDAD LLAVE EN MANO – Contrato EPC – Definición**

Cuando el contratista se obliga a ejecutar la obra desde la fase inicial de diseño y hasta la puesta en marcha, podemos afirmar que se trata de un contrato de obra bajo la modalidad de llave en mano, también denominado contrato de Engineering, Procurement and Construction –EPC–. En efecto, según la “Guía para Procesos de Contratación de Obra Pública” expedida por la Agencia, esta es una modalidad en la cual “el contratista se compromete a realizar todas las labores relacionadas con la obra incluyendo los diseños, estudios de factibilidad, construcción, contratación del personal, instalaciones y suministros y la contraprestación a cargo del contratista es la obra terminada y en funcionamiento”. De este modo, resulta claro que el contrato de obra “llave en mano” es un sistema de contratación para construcción de obras, en el que “el contratista se compromete a llevar a cabo una obra totalmente, incluyendo estudios previos, diseños, suministro de equipos, ejecución de la obra en condiciones tales que, al finalizar la labor, le permita al contratante la puesta en marcha de obra en el momento en que se efectúe su entrega”.

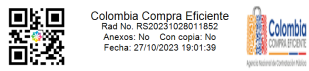
**PRINCIPIO DE INALTERABILIDAD – Alcance – Documentos tipo de infraestructura social**

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 social, 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”.

Bogotá D.C., 27 de Octubre de 2023



Señora

**Vivian Camila Chacón Delgado**

Bogotá D.C.

**Concepto C – 214 de 2023**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:** | DOCUMENTOS TIPO – Fundamento normativo / CONTRATO DE OBRA PÚBLICA – Definición / MODALIDAD LLAVE EN MANO – Contrato EPC – Definición / PRINCIPIO DE INALTERABILIDAD – Alcance – Documentos tipo de infraestructura social |
| **Radicación:** | Respuesta a la consulta P20230914015143 |

Respetada señora Chacón Delgado:

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 la petición radicada el 14 de septiembre de 2023.

1. **Problemas planteados**

Usted manifiesta que “[…] se pretende desarrollar un proyecto modalidad llave en mano para la elaboración de diseños y construcción de un parque recreativo, consultando los documentos tipo, no se encuentra adoptado modalidad llave en mano - infraestructura social, sin embargo se cuenta con la adopción de documentos tipo para licitación pública de infraestructura social”. En esta medida pregunta si “[…] se debe adelantar el proyecto llave en mano con los documentos adoptados para la licitación pública infraestructura social? considerando la necesidad de adelantar los estudios diseños y obra en un mismo proyecto”.

1. **Consideraciones**

La Subdirección resolverá la petición conforme a las normas generales en materia de contratación estatal. Con este objetivo se abordarán los siguientes temas: i) fundamentos normativos de los documentos tipo; ii) definición del contrato de obra pública en la Ley 80 de 1993; iii) posibilidad de celebrar contratos que incluyan en su objeto la elaboración de estudios, diseños y la construcción de la obra, iv) alcance de los contratos de obra en llave en mano, también denominados contratos de Engineering, Procurement and Construction –EPC–; v) inalterabilidad de los documentos tipo de infraestructura social y sus excepciones.

La Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente se pronunció sobre los pliegos de condiciones tipo en la contratación estatal, y en particular sobre su inalterabilidad, entre otros, en los siguientes conceptos: C-294 del 18 de mayo de 2020, C-276 y C-277 del 26 de mayo de 2020; C-380 y C-381 del 1 de junio de 2020; C-404 del 12 de junio de 2020, C-352 del 30 de junio de 2020, C-430 del 7 de julio de 2020, C-481 del 27 de julio de 2020, C-502 del 29 de julio de 2020, C-500 del 3 de agosto de 2020, C-563 del 26 de agosto de 2020, C-570 del 27 de agosto de 2020, C-713 del 2 de diciembre de 2020, C-744 del 22 de diciembre de 2020, C-789 del 19 de enero de 2021 y C-031 del 1 de febrero de 2021. Además, expidió los conceptos C-124 del 25 de marzo de 2020, C-406 y C-477 del 13 de julio de 2020, C-612 del 2 de octubre de 2020, C-761 del 5 de enero de 2021, C- 297 del 17 de junio de 2021, C-339 del 14 de junio de 2021, C-367 del 26 de julio de 2021 y C-408 del 13 de agosto de 2021, C-739 del 2 de febrero de 2022, C-043 del 1 de marzo de 2022, C-165 del 6 de abril de 2022, C-284 del 11 de mayo de 2022, C-629 del 26 de septiembre de 2022 y C-862 del 16 de diciembre de 2022.

Asimismo, explicó cuál es el objeto y las características del contrato de obra pública en los Conceptos 4201913000008014 del 24 de diciembre del año 2019, C-530 del 13 de agosto de 2020 y C-038 del 5 de abril de 2021. Por otra parte, en los Conceptos 4201912000005784 del 7 de octubre de 2019, C-702 del 11 de diciembre de 2020, C-177 del 26 de abril de 2021, C-255 del 1 de junio de 2021, C-284 del 11 de mayo de 2022 y C-359 del 21 de julio de 2022 y C-174 del 16 de mayo de 2023, estudió la figura del contrato llave en mano[[1]](#footnote-1). La tesis propuesta en estos conceptos se reitera a continuación y se complementa en lo pertinente.

**2.1. Fundamentos normativos de los documentos tipo**

La adopción de los documentos tipo obligatorios en el ordenamiento jurídico colombiano se incluyó por primera vez en el parágrafo 3 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, que facultó al gobierno nacional para expedirlos, pero solo cuando se tratara de la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización[[2]](#footnote-2). Como esta atribución no ha sido ejercida hasta la actualidad, el artículo 4 de la Ley 1882 de 2018 es el antecedente más relevante de la expedición de documentos tipo con alcance obligatorio.

A partir de esta norma se determinó la obligatoriedad por parte de todas las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública de aplicar los documentos tipo adoptados por el gobierno nacional. En virtud de las competencias atribuidas por la Ley 1882 de 2018 se expidieron varios documentos tipo para el sector de infraestructura de transporte. Esta establecía que el gobierno nacional adoptaría 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 y consultoría en ingeniería para obras, los cuales debían ser utilizados por todas las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública en los procesos de selección que adelantaran[[3]](#footnote-3).

Asimismo, señalaba que, dentro de los documentos tipo, el gobierno adoptaría de manera general y con alcance obligatorio para todas las entidades las condiciones habilitantes, así como los factores técnicos y económicos de escogencia, según correspondiera a cada modalidad de selección y la ponderación precisa y detallada de los mismos, teniendo en cuenta la naturaleza y cuantía de los contratos. Finalmente, para la adopción de esta reglamentación el gobierno tendría en cuenta las características propias de las regiones con el ánimo de promover el empleo local. Por último, se facultaba al gobierno para adoptar los documentos tipo cuando lo considerara necesario en relación con otros contratos o procesos de selección.

De la norma descrita se concluía lo siguiente: i) la adopción de los documentos tipo estaba en cabeza del gobierno nacional; ii) estos debían relacionarse con procesos de obra públicas, interventoría para las obras públicas, interventoría para consultoría de estudios y diseños y, finalmente, consultoría en ingeniería para obras; iii) eran de obligatorio cumplimiento por parte de todas las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública; iv) en los documentos tipo se indicarían las condiciones generales de los requisitos habilitantes, así como los factores técnicos y económicos de escogencia, según correspondiera para cada modalidad de selección; v) el gobierno nacional tenía la facultad de adoptar documentos tipo en otros contratos o procesos de selección, y por último, vi) los documentos tipo serían adoptados por categorías de acuerdo con la cuantía de la contratación.

Esta norma fue estudiada por la Corte Constitucional en la sentencia C-119 de 2020. Al respecto, indicó que la adopción de los documentos tipo no afectaba la autonomía de las entidades territoriales, en cuanto la estandarización se predicaba únicamente de los requisitos habilitantes y los criterios de escogencia, elementos propios del procedimiento de selección del contratista, materia en la que existe reserva de ley y que no se encuentra atribuida a la regulación de las entidades territoriales. De igual manera, se establece que esta autonomía se garantiza con la identificación autónoma de sus necesidades y la configuración de los elementos del contrato[[4]](#footnote-4).

De este modo, los documentos tipo no afectan la autonomía de las entidades territoriales. Lo anterior, debido a que la definición de los requisitos habilitantes y de aspectos técnicos de la selección del contratista en los procesos de selección, son aspectos en los que el legislador tiene amplia libertad de configuración legislativa y, por tanto, puede atribuir dicha regulación al gobierno nacional. Ahora, dicha autonomía se materializa cuando las entidades territoriales deciden iniciar un proceso de convocatoria para satisfacer sus necesidades para la adquisición de un bien, obra o servicio, y además se incluyen en la minuta del contrato las condiciones particulares del negocio jurídico a celebrar.

Explicado el proceso para adoptar los documentos tipo en virtud de la Ley 1882 de 2018 y estudiada su constitucionalidad, de acuerdo con el pronunciamiento de la Corte Constitucional, a continuación, se identificarán los documentos tipo adoptados por el gobierno nacional en virtud de esta ley. Dada la relevancia económica y el impacto que tienen en el nivel territorial los proyectos de obra en el sector transporte, el gobierno nacional, en vigencia del artículo 4 de la Ley 1882 de 2018, por el cual se adicionó el parágrafo 7 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, inició la implementación gradual mediante el Decreto 342 del 5 de marzo de 2019, relacionado con los documentos tipo para los procesos de selección de licitación de obra pública de infraestructura de transporte.

Posteriormente, se expidió el Decreto 2096 del 21 de noviembre de 2019, que permitió el desarrollo de los documentos tipo para los pliegos de condiciones de los procesos de obras públicas de infraestructura de transporte que se adelantaran por la modalidad de selección abreviada de menor cuantía. Finalmente, se profirió el Decreto 594 del 25 de abril de 2020, frente a los documentos tipo para los contratos de obra pública de infraestructura de transporte que se surtieran por la modalidad de mínima cuantía. Estos documentos fueron implementados y desarrollados por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, por medio de la Resolución 1798 de 1 de abril de 2019 –derogada por la Resolución 045 del 14 de febrero de 2020–, la Resolución 044 del 14 de febrero de 2020 y la Resolución 094 del 21 de mayo de 2020.

Por otra parte*,* debe tenerse en cuenta que la Ley 2022 de 2020 fue sancionada por el Presidente de la República el 22 de julio de 2020, que en su artículo 1 modificó el artículo 4 de la Ley 1882 de 2018 y, por tanto, modificó el parágrafo 7 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, asignando directamente a la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente la facultad para adoptar los documentos tipo[[5]](#footnote-5). En este sentido, con la finalidad de realizar un desarrollo armónico y ajustado a la ley que otorga esta competencia, la Agencia Nacional de Contratación Pública expidió la Resolución 160 del 15 de septiembre de 2020, “Por la cual se adopta el procedimiento para implementar los documentos tipo y se define el sistema para su revisión”.

Con fundamento en dicha Ley, se profirió la Resolución 240 del 27 de noviembre 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 0045 de 2020”. De igual manera, se expidió la Resolución 241 del 27 de noviembre de 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”. Adicionalmente, entró en vigor la Resolución 256 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”.

Por otra parte, se expidió la Resolución 248 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”; la Resolución 249 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”; así como la Resolución 269 de 2020, “Por la cual se adopta el documento tipo para los procesos de gestión catastral con enfoque multipropósito que se celebren a través de contratos interadministrativos”.

Asimismo, en el transcurso del año 2021, esta Agencia expidió 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”. De igual forma, el 6 de agosto de 2021, se adoptaron las Resoluciones 219 de 2021, “Por la cual se adoptan los documentos tipo para los procesos de licitación de obra pública de infraestructura social”, y 220 de 2021, “Por la cual se adoptan los documentos tipo complementarios para los procesos de licitación de obra pública de infraestructura social relacionados con el sector educativo”. Estos últimos documentos tipo tienen la particularidad de que los documentos adoptados por la Resolución de 219 de 2021 serán utilizados en forma transversal en los sectores de educación, salud y recreación, cultura y deporte. En esta línea, se expidió la Resolución 392 del 18 de noviembre de 2021, “Por la cual se adoptan los documentos tipo complementarios para los procesos de licitación de obra pública de infraestructura social relacionados con el sector salud”. Luego, se expidió la Resolución 454 del 16 de diciembre de 2021, “Por la cual se adoptan los documentos tipo complementarios para los procesos de licitación de obra pública de infraestructura social relacionados con el sector cultura, recreación y deporte”.

No obstante, con la expedición de la Ley de Emprendimiento, se modificaron varios documentos tipo mediante 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. También es importante resaltar que la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, el 13 de octubre de 2021, expidió la Resolución 304 mediante la cual se modifican los documentos tipo de licitación de obra pública de infraestructura de transporte, agua potable y saneamiento básico, y los de infraestructura social para adecuarlos al Decreto 680 de 2021. El principal ajuste realizado en esta resolución consiste en la modificación al factor de evaluación de apoyo a la industria nacional.

Con posterioridad, el Decreto 1860 de 2021 modificó el Decreto 1082 de 2015, Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional, incorporando una regulación detallada de la Ley 2069 de 2020 para su efectiva implementación en el sistema de compras y contratación pública, además de incluir algunas disposiciones adicionales para la reglamentación efectiva de la citada Ley. En este sentido, el parágrafo del artículo 8 del Decreto 1860 de 2021 otorgó un plazo de seis (6) meses contados a partir de su expedición, para que la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente adecuara los Documentos Tipo a las disposiciones previstas en dicho decreto. Ante este cambio normativo, se expidió la Resolución No. 275 del 24 de junio de 2022, la cual modificó los documentos tipo, adecuándolos a las nuevas reglas contenidas en el decreto en comento. Sin embargo, dichas modificaciones aplicarán para los procedimientos de selección cuyo aviso de convocatoria se publique a partir del 29 de agosto de 2022, como se establece en el artículo 179 de dicha resolución.

Por lo demás, se expidió la Resolución No. 326 del 22 de julio de 2022, “Por la cual se actualizan los documentos tipo para los procesos de contratación de concurso de méritos para contratar la interventoría de obras públicas de infraestructura de transporte y se deroga la Resolución 256 de 2020”. Asimismo, se expidió la Resolución No. 333 del 27 de julio de 2022, “Por la cual se adoptan los documentos tipo para los procesos de selección de concurso de méritos para contratar la interventoría de obras públicas de infraestructura de agua potable y saneamiento básico”, y la Resolución 625 del 16 de diciembre del 2022, "Por la cual se actualizan los documentos tipo para los procesos de obra pública de infraestructura de transporte que se adelanten por la modalidad de mínima cuantía y se deroga la Resolución 094 de 2020"[[6]](#footnote-6).

Finalmente, para efectos del artículo 95 de la Ley 2166 de 2021, la Colombia Compra Eficiente también expidió la Resolución 358 del 30 de junio de 2023, “Por la cual se adopta el documento tipo para la contratación directa de convenios solidarios para la ejecución de obras hasta la menor cuantía con organismos de acción comunal”. Para mayor información sobre los actos administrativos que han implementado documentos tipo en el ordenamiento jurídico puede consultar el siguiente enlace: <https://www.colombiacompra.gov.co/documentos-tipo/documentos-tipo>.

**2.2.** **Definición del contrato de obra pública en la Ley 80 de 1993**

La obra pública es una tipología de los contratos estatales, entendidos estos últimos como los actos jurídicos generadores de obligaciones que han sido celebrados por alguna de las entidades estatales enlistadas en el artículo 2 de la Ley 80 de 1993. Lo anterior resulta de especial relevancia, en la medida en que dicho tipo contractual se diferencia de la definición y regulación prevista en el derecho privado para el contrato de confección de obra material regulado en el Código Civil.

En efecto, en el derecho privado brilla por la ausencia una definición del contrato de obra. El artículo 2053 del Código Civil lo tipifica como una de las clases de arrendamiento, y establece reglas para diferenciarlo de la compraventa, para lo cual dispone que “Si al artífice suministra la materia para la confección de una obra material, el contrato es de venta; pero no se perfecciona sino por la aprobación del que ordenó la obra”. Por el contrario, “Si la materia es suministrada por la persona que encargó la obra, el contrato es de arrendamiento”; pero “Si la materia principal es suministrada por el que ha ordenado la obra, poniendo el artífice lo demás, el contrato es de arrendamiento; en el caso contrario, de venta”. En todo caso, en la medida en que los artículos 2060 y 2061 del Código disponen reglas especiales para los contratos de construcción y de arquitectura, es claro que la realización de trabajos materiales recae tanto sobre bienes muebles como inmuebles. Así, la doctrina considera que:

“Puede definirse el arrendamiento de obra o contrato de confección de obra material como aquél por el cual una persona llamada artífice, se obliga, mediante cierto precio, a ejecutar una obra material. Los elementos de este contrato, fuera del consentimiento indispensable en todo contrato, son la ejecución de la obra y el precio.

Así como en el arrendamiento de cosas, el arrendador es obligado a suministrar el goce de la cosa, en el arrendamiento de obras es obligado a la ejecución de una obra material; mediante este contrato, el arrendador va a poner su trabajo al servicio de otro para transformar una sustancia en una obra nueva, que puede ser mueble o inmueble; cabe dentro de este contrato los más variados trabajos: el del sastre, del carpintero, del arquitecto, del ingeniero, etc. Lo que caracteriza entonces este contrato es que se haga una obra nueva con una sustancia mediante la transformación de ella por el trabajo del hombre”[[7]](#footnote-7).

En *sentido amplio*, dado que la “obra” es un bien que crea la actividad humana, el hecho de que sea “pública” significa que es todo trabajo material en cuya creación o realización interviene el Estado. No obstante, el numeral 1 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 opta por un *sentido restringido*, al disponer que “Son contratos de obra los que celebren las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago”, de manera que este tipo de contrato no aplica a los trabajos materiales realizados sobre bienes muebles[[8]](#footnote-8). Por lo anterior, el legislador adoptó el criterio de la tipificación del contrato de obra pública a actividades realizadas sobre bienes inmuebles, admitiendo, de forma muy amplia, la ejecución de todo trabajo que tenga por objeto crear, construir, conservar o modificar bienes inmuebles, lo cual incluye trabajos de construcción, instalación, conservación, mantenimiento, reparación y demolición de esos mismos[[9]](#footnote-9). De esta manera:

“[…] el legislador limitó la naturaleza de los contratos de obra a las actividades de trabajos materiales exclusivamente sobre bienes inmuebles, independientemente de su modalidad de ejecución y pago. De esta forma, acogió la posición de una parte de la doctrina y del derecho comparado, que vinculan la tipificación del contrato de obra a aquellas actividades realizadas sobre bienes inmuebles.

La ejecución de obras sobre otro tipo de bienes, no estarán regulados por el contrato estatal de obra y podrán corresponder a una prestación de servicios general, o a cualquier otra modalidad típica o atípica, nominada o innominada que pueda celebrarse entre la entidad estatal y un contratista, en los términos de la autonomía de la voluntad de las partes, de acuerdo con lo previsto en los artículos 32 y 40 de la ley 80 de 1993”[[10]](#footnote-10).

En la disposición citada, el contrato de obra pública no se limita a la construcción de inmuebles, pues la definición se extiende a las actividades de mantenimiento e instalación, lo cual supone un bien preexistente. Para la Real Academia Española “construir” significa fabricar, erigir, edificar y hacer de nueva planta una cosa; en tanto que “mantener” significa conservar una cosa en su ser, darle vigor y permanencia; y, finalmente, “instalar” es poner o colocar algo en su lugar debido. Igualmente, el concepto se extiende a cualquier trabajo material realizado sobre bienes inmuebles, tales como la reforma y la demolición.

**2.3. Posibilidad de celebrar contratos que incluyan en su objeto la elaboración de estudios, diseños y la construcción de la obra**

Previo a la apertura de un procedimiento de licitación pública para la contratación de una obra pública, la entidad estatal debe contar con “los estudios y diseños que permitan establecer la viabilidad del proyecto y su impacto social, económico y ambiental”, como lo establece el artículo 25.12 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 87 de la Ley 1474 de 2011. El referido artículo 87 dispone que, cuando el objeto de la contratación incluya la realización de una obra, previo a la apertura del proceso de selección, o a la firma del contrato, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos que permitan establecer la viabilidad del proyecto y su impacto social, económico y ambiental. Por ello, la norma dispone lo siguiente:

“Artículo 87. Maduración de proyectos. El numeral 12 del artículo [25](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0080_1993.html#25) de la Ley 80 de 1993 quedará así:

12. Previo a la apertura de un proceso de selección, o a la firma del contrato en el caso en que la modalidad de selección sea contratación directa, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones, según corresponda.

Cuando el objeto de la contratación incluya la realización de una obra, en la misma oportunidad señalada en el inciso primero, la entidad contratante deberá contar con los estudios y diseños que permitan establecer la viabilidad del proyecto y su impacto social, económico y ambiental. Esta condición será aplicable incluso para los contratos que incluyan dentro del objeto el diseño”.

De acuerdo con esta disposición, para adelantar el procedimiento de selección para ejecutar una obra pública, se requerirá que al menos consten los estudios de viabilidad del proyecto. No obstante, no se impide que en un mismo proceso de contratación se adelante de forma conjunta el proceso de construcción de la obra y la elaboración de los estudios y diseños que expliquen con mayor detalle las obras y estructuras que se requieran, de tal forma que un constructor pueda materializar el proyecto, pues solo se requiere que existan unos estudios de viabilidad.

De hecho, tampoco fue la intención del legislador prohibir la celebración de estos contratos que incluyan los estudios, diseños y la construcción en un mismo objeto. En efecto, en el informe de ponencia para primer debate al proyecto de Ley No. 142 de 2010, “por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública”, se resaltó la importancia de adoptar medidas para evitar la improvisación de la contratación, exigiendo que para los contratos de obra se deben contar con estudios de ingeniería básica, sin perjuicio de los llamados contratos llave en mano:

“C. Se toman medidas para evitar la improvisación en la contratación pública. El proyecto exige que para la celebración de contratos de obra o de concesión que involucren obras, se deba contar con estudios suficientes de ingeniería básica con el alcance que establezca el reglamento. Ello garantizará que se cuente de manera previa con los estudios, diseños y demás elementos de juicio que garanticen una correcta ejecución, para que no se malgasten los recursos públicos en proyectos inocuos*. Todo ello sin perjuicio de los llamados contratos “llave en mano”, esto es, aquellos que tengan por objeto la contratación integral de diseño y construcción,* en cuyo caso los estudios previos deberán ser suficientes para ese propósito”[[11]](#footnote-11). (Énfasis fuera del texto)

Lo expuesto se reflejó en el texto inicial del proyecto de ley, cuyo artículo 90 se refería expresamente a los contratos que contemplaran en un mismo objeto el diseño y la construcción[[12]](#footnote-12). Aunque la redacción del texto sufrió varias modificaciones a lo largo del trámite legislativo y su contenido inicial no es igual al contemplado en el artículo 87 de la Ley 1474 de 2011, la motivación de esta norma no cambió, pues su finalidad es evitar la improvisación en los contratos de obra y no la prohibición de celebrar contratos con objeto de diseños y construcción. Es por ello que se exige que estos tengan unos estudios suficientes que permitan determinar la viabilidad del proyecto.

Inclusive de la misma redacción del artículo 87 de la Ley 1474 de 2011 puede concluirse que es posible la celebración de estos contratos. De hecho, el inciso final de esta norma dispone que “Esta condición será aplicable incluso para los contratos que incluyan *dentro del objeto el diseño*” (Énfasis fuera del texto). De lo anterior puede interpretarse que al citar la frase “dentro del objeto”, se refiere al contrato de obra, es decir, cuando se celebren contratos de obra y de diseño en un mismo objeto, de manera que, la exigencia de contar con la viabilidad del proyecto puede extenderse a estos contratos.

Lo anterior es coherente con lo previsto en el artículo 2.2.1.1.2.1.1 del Decreto 1082 de 2015, el cual señala que, dentro de los estudios previos, cuando el objeto de contratación incluye el diseño y construcción, se requieren los documentos técnicos del proyecto[[13]](#footnote-13). En este sentido, de forma expresa, se prevé la posibilidad de que en un mismo proceso de contratación se adelante la elaboración de los diseños y la construcción de una obra. En otras palabras, debe quedar claro que la consagración de la obligación contractual a cargo del contratista de obra de realizar los estudios y diseños para la obra pública constituye una de las formas en las que se satisface plenamente el deber legal de contar, de manera previa a la apertura de un procedimiento de licitación pública para la contratación de una obra pública, con los estudios y diseños que permitan establecer la viabilidad del proyecto y su impacto social, económico y ambiental[[14]](#footnote-14).

Ahora bien, sobre la viabilidad del proyecto es importante subrayar que en materia de infraestructura de transporte en nuestro ordenamiento jurídico existen distintas fases para la elaboración y contratación de los estudios de viabilidad de un proyecto. En efecto, el artículo 12 de la Ley 1682 de 2013 define y clasifica los diversos estudios de ingeniería que se adelantan para la ejecución de los proyectos de infraestructura en: i) fase I – prefactibilidad, ii) fase II –factibilidad y iii) fase III – estudios y diseños definitivos.

En los estudios de “Fase 1. Prefactibilidad” se realiza el prediseño aproximado del proyecto, presentando alternativas y adelantando la evaluación económica preliminar recurriendo a costos obtenidos en proyectos con condiciones similares, utilizando modelos de simulación debidamente aprobados por las entidades solicitantes. En el estudio de “Fase 2. Factibilidad” debe diseñarse el proyecto y efectuar la evaluación económica final, y, además, tiene por finalidad establecer si el proyecto es factible para su ejecución, considerando todos los aspectos relacionados con el mismo. Finalmente, en el estudio de “Fase 3. Estudios y diseños definitivos” deben elaborarse los diseños detallados tanto geométrico como de todas las estructuras y obras que se requieran, de tal forma que un constructor pueda materializar el proyecto[[15]](#footnote-15).

Aunque no existen definiciones similares para otros tipos de infraestructura, puede concluirse que, para adelantar el proceso de contratación, se requerirá contar con los estudios de prefactibilidad y factibilidad, porque es a través de estos que se verifica la viabilidad del proyecto. Debido a que los estudios de ingeniería en las fases descritas corresponden a aspectos técnicos propios del área de la ingeniera, podríamos concluir igualmente que, para verificar la viabilidad del proyecto de cualquier obra, la entidad deberá contar con los estudios de ingeniería correspondientes en las fases de prefactibilidad y factibilidad de acuerdo con las normas técnicas que regulan la materia.

Al respecto, es necesario tener en cuenta que el artículo 28 del Código Civil dispone que “Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal”. Igualmente, en el artículo 29 *ibidem*, también prescribe que “Las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte; a menos que aparezca claramente que se han formado en sentido diverso”.

Conforme a lo anterior, las fases de prefactibilidad y factibilidad que permitan determinar la viabilidad de proyectos de obra deben entenderse siguiendo los significados técnicos atribuidos en esta materia. En todo caso, es claro que la entidad deberá contar con los estudios de ingeniería correspondientes que permitan determinar la viabilidad del proyecto, para efectos de adelantar el proceso licitatorio. Lo expuesto es congruente con la “Guía para Proceso de Contratación de Obra Pública” expedida por la Agencia, en la cual se indica que “las entidades estatales en la fase de planeación en procesos de contratación de obra pública debe elaborar los estudios técnicos que son los análisis necesarios para establecer la viabilidad del proyecto en cuanto corresponde a (i) estudios de ingeniería, (ii) aspectos presupuestales, (iii) establecer el impacto social, económico y ambiental, (iv) identificar los permisos, autorizaciones y licencias requeridas para la ejecución del proyecto y (v) proyectar la gestión predial”[[16]](#footnote-16).

En síntesis, el numeral 12 del del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 87 de la Ley 1474 de 2011, no prohíbe la posibilidad de que en un mismo proceso de contratación se adelante de forma conjunta la construcción de la obra y la elaboración de los estudios y diseños. Dicha norma exige que, previo a la apertura de un procedimiento de licitación pública para la contratación de una obra, la entidad deberá contar con estudios que permita establecer la viabilidad del proyecto, es decir, que acredite los estudios de ingeniería correspondientes que determinen un grado de maduración del proyecto que se planea desarrollar.

**2.4.** **Alcance de los contratos de obra en llave en mano,** **también denominados contratos de Engineering, Procurement and Construction –EPC–**

La definición del contrato de obra pública está prevista en el numeral 1° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, como aquel celebrado por una entidad estatal, cuyo objeto sea la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago. Al respecto, en sentencia de unificación jurisprudencial de la Sala Plena del Consejo de Estado del 25 de febrero de 2020, la jurisprudencia considera que “[…] en términos generales, el contrato de obra pública es el celebrado con entidades de derecho público para la realización de trabajos materiales sobre bienes inmuebles […]”[[17]](#footnote-17).

Cuando el contratista se obliga a ejecutar la obra desde la fase inicial de diseño y hasta la puesta en marcha, podemos afirmar que se trata de un contrato de obra bajo la modalidad de llave en mano, también denominado contrato de Engineering, Procurement and Construction –EPC–[[18]](#footnote-18). En efecto, según la “Guía para Procesos de Contratación de Obra Pública” expedida por la Agencia, esta es una modalidad en la cual “el contratista se compromete a realizar todas las labores relacionadas con la obra incluyendo los diseños, estudios de factibilidad, construcción, contratación del personal, instalaciones y suministros y la contraprestación a cargo del contratista es la obra terminada y en funcionamiento”[[19]](#footnote-19). De este modo, resulta claro que el contrato de obra “llave en mano” es un sistema de contratación para construcción de obras, en el que “el contratista se compromete a llevar a cabo una obra totalmente, incluyendo estudios previos, diseños, suministro de equipos, ejecución de la obra en condiciones tales que, al finalizar la labor, le permita al contratante la puesta en marcha de obra en el momento en que se efectúe su entrega”[[20]](#footnote-20).

Por lo tanto, el contrato de obra bajo la modalidad de llave en mano no se agota en la labor constructiva típica, pues incluye tanto la elaboración de los diseños como la puesta en funcionamiento de la obra contratada. En efecto, para la aplicación de esta modalidad, la obra “[…] debe estar provista de todo lo que fuere necesario, según las normas técnicas aplicables, para operar en condiciones de eficiencia y seguridad […]”[[21]](#footnote-21). Además, “[…] El contrato llave en mano incluye el diseño básico y de detalle, la construcción, la adquisición e instalación de los equipos y sistemas necesarios, la transferencia al propietario de tecnología, las pruebas de funcionamiento previas a la recepción y, en algunos casos, el entrenamiento del personal del comitente y la puesta en marcha comercial […]”[[22]](#footnote-22). Estas características especiales del contrato son una solución eficaz para reducir costos de transacción y los plazos en la licitación de obras, pues en un solo proceso se lleva a cabo la licitación del diseño de las obras y su construcción, responsabilizando al contratante de la planeación de la obra y reduciendo los riesgos asociados con “errores de diseño” que son una causa normal sobrecostos.

Para la Sección Cuarta del Consejo de Estado, “En virtud del contrato llave en mano, el contratista se compromete a llevar a cabo una obra, incluyendo los estudios previos, la ejecución de la construcción, el suministro de equipos y la puesta en operación de la obra al momento de su entrega. En general, aunque el contrato llave en mano no se limita a la elaboración de una obra material, se ha considerado como una modalidad especial del contrato de obra pública o de construcción de un bien inmueble”[[23]](#footnote-23). Asimismo, la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación, ha señalado que “dentro de las modalidades que puede adoptar el contrato de obra, se encuentra la de “llave en mano”, negocio jurídico que en términos generales consiste en un acuerdo de voluntades en virtud del cual una parte se compromete frente a otra, a cambio de una remuneración, a diseñar, construir y poner en marcha y lista para su funcionamiento una determinada obra”[[24]](#footnote-24). La justicia arbitral también concibe el tema de la misma forma, pues tiene el siguiente entendimiento sobre la expresión “llave en mano” como una modalidad del contrato de obra:

“Para evitar confusiones hay que aclarar que "llave en mano" es una modalidad de contratación. *El ámbito natural de esta modalidad es el contrato de obras, entonces esa será la clase de contrato: de obra*, en oposición a otras clases como suministro, servicios, etc. El contrato "clé en main”, implica especialización del contratista así como la obligación de este de entregar un producto plenamente terminado y en “marcha”. Para ello asume una obligación global de realizar todas las prestaciones necesarias, coadyuvantes o complementarias de la obra a realizar”[[25]](#footnote-25).

Igualmente, en la doctrina se concibe como una modalidad de pago del contrato de obra en la que el contratista se compromete a realizar la totalidad de los anteproyectos, proyectos, estudios y diseños de obra requeridos y la ejecución material de las obras, instalaciones y suministros[[26]](#footnote-26).

De lo expuesto, es claro que el contrato de obra previsto en el numeral 1° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 puede ejecutarse mediante la modalidad denominada “llave en mano”, en la cual además de la obligación típica de estos contratos de realizar los trabajos materiales sobre el bien inmueble, se incluyen otras prestaciones relacionadas con la elaboración de estudios y diseños, suministros de equipos y todas aquellas necesarias para la puesta en marcha de la obra. Sin embargo, la incorporación de estas actividades no desnaturaliza la condición de obra pública del contrato. En otros términos, la modalidad que se emplee para la ejecución y pago del contrato de obra no determina la naturaleza de este, pues mientras el contrato contemple las actividades definidas en el numeral 1° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, tendrá la denominación de obra, aunque incluya otras prestaciones, como es el caso de la modalidad de llave en mano.

**2.5. Inalterabilidad de los documentos tipo de infraestructura social y sus excepciones**

Para las obras públicas de infraestructura de transporte, el artículo 2.2.1.2.6.1.4 del Decreto 1082 de 2015 disponía 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[[27]](#footnote-27). 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, 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.

Actualmente, para la obras de infraestructura social, esta prohibición se ratifica en el artículo 3 de la Resolución 219 de 2021, mediante la cual se implementaron los documentos tipo para esta modalidad de licitación pública, al disponer la inalterabilidad en los siguientes términos: “De conformidad con el artículo 1 de la Ley 2022 de 2020, los documentos tipo son obligatorios en la actividad contractual de las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. En consecuencia, las entidades estatales al adelantar sus procedimientos de contratación solo podrán modificarlos en los aspectos en que los documentos tipo lo permitan”.

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[[28]](#footnote-28) sino además en la normativa antitrámites, pues se inscribe dentro de la tendencia de simplificación y racionalización de los procedimientos administrativos[[29]](#footnote-29). 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 4 de la Resolución 219 de 2021 regula los eventos en los que el objeto contractual incluye bienes o servicios adicionales a la obra pública de infraestructura social. 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, deberá 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[[30]](#footnote-30).

En armonía con lo anterior, la entidad estatal que opte por solicitar experiencia adicional debe evidenciar en los documentos del proceso que agotó estos pasos y cumplió con los parámetros exigidos. Para ello, debe justificar en los estudios y documentos previos, como parte del deber de análisis, que ha verificado que la experiencia adicional relacionada con los bienes o servicios y que dicha experiencia no afecta significativamente la pluralidad de oferentes. Es decir, la entidad estatal debe revisar que al solicitar esta experiencia existan suficientes potenciales proponentes que puedan acreditar estas condiciones. En segundo lugar, la solicitud de esta experiencia no permite que la entidad modifique los requisitos habilitantes y de ponderación de las propuestas, por lo cual se deben mantener los establecidos en los documentos tipo.

De este modo, conforme al artículo 4 de la Resolución 219 de 2021, si de manera excepcional la entidad estatal considera que el contratista de la obra que debe contratarse a través de la aplicación de los documentos tipo de infraestructura social debe ejecutar bienes o servicios adicionales, como sería el caso de los estudios y diseños necesarios para la obra, puede incluir la experiencia adicional para evaluar la idoneidad de los proponentes, cumpliendo todas las demás exigencias de los documentos tipo. La anterior conclusión, además, se refuerza con consideraciones relativas a la posibilidad de incluir como obligación contractual en un contrato de obra la realización de los estudios y diseños.

Así las cosas, si la obra que pretende ejecutar la entidad estatal se enmarca en alguno de los tipos de proyectos o actividades incluidas en alguna de las matrices de experiencia de los documentos tipo *complementarios* relacionados con la infraestructura social, el proceso de selección debe adelantarse utilizando dichos documentos tipo. Esto aplica, incluso, para los contratos de obra “llave en mano” para infraestructura social, en donde se considere necesario exigir experiencia adicional para la ejecución de bienes o servicios adicionales a la obra pública, como sería la realización de los diseños de la obra.

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 social, 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”[[31]](#footnote-31).

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.

**3. Respuesta**

Usted manifiesta que “[…] se pretende desarrollar un proyecto modalidad llave en mano para la elaboración de diseños y construcción de un parque recreativo, consultando los documentos tipo, no se encuentra adoptado modalidad llave en mano - infraestructura social, sin embargo se cuenta con la adopción de documentos tipo para licitación pública de infraestructura social”. En esta medida pregunta si “[…] se debe adelantar el proyecto llave en mano con los documentos adoptados para la licitación pública infraestructura social? considerando la necesidad de adelantar los estudios diseños y obra en un mismo proyecto”.

Conforme a la interpretación de las normas generales del sistema de compras públicas, los documentos tipo para la contratación de obra pública de infraestructura social, adoptados por esta Agencia mediante la Resolución 219 del 6 de agosto de 2021, fueron concebidos como unos documentos tipo marco o transversales. Esto en la medida que el documento base, así como los formatos, matrices y anexos implementados mediante la misma, aplican a la contratación de obras en la modalidad de licitación pública, relacionadas con el sector educación, salud, recreación, cultura y deporte. En cada uno de esos sectores la Agencia expidió los respectivos documentos tipo complementarios, donde se especifican las obras que lo componen de acuerdo con cada una de las matrices de experiencia.

De esta manera, cada uno de los documentos tipo complementarios de licitación de obra pública de infraestructura social, en cada uno de los tres sectores, aplican para las obras contenidas en cada matriz de experiencia. En este sentido, si la obra que la entidad pretende ejecutar se enmarca en alguno de los tipos de proyectos o actividades incluidas en alguna de las matrices de experiencia de los documentos tipo *complementarios* relacionados con la infraestructura social, el proceso de selección debe adelantarse utilizando dichos documentos tipo. Esto aplica, incluso, para los contratos de obra “llave en mano” para infraestructura social, en donde se considere necesario exigir experiencia adicional para la ejecución de bienes o servicios adicionales a la obra pública, como sería la realización de los diseños de la obra, caso en que procede la aplicación del artículo 4 de la Resolución 219 de 2021. Esta norma dispone que en los eventos en los que el objeto contractual incluya bienes o servicios adicionales, la entidad puede incluir experiencia adicional para evaluar la idoneidad respecto de los bienes o servicios ajenos a la obra pública de infraestructura social, como sería la realización de los diseños de la obra.

En armonía con el artículo señalado, si de manera excepcional la entidad estatal considera que el contratista de la obra que debe contratarse a través de la aplicación de los documentos tipo de infraestructura social debe ejecutar bienes o servicios adicionales, como sería el caso de los diseños necesarios para la obra, puede incluir la experiencia adicional para evaluar la idoneidad de los proponentes, cumpliendo todas las demás exigencias de los documentos tipo. La anterior conclusión además se fundamenta con la posibilidad de incluir como obligación contractual la realización de los diseños en el contrato de obra, como se explicó en las consideraciones.

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: | Juan David Montoya Penagos  Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó | Martha Alicia Romero Vargas  Gestor T1 ‒ 15 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Nohelia del Carmen Zawady Palacio  Subdirectora de Gestión Contractual ANCP – CCE |

1. Los conceptos referenciados, así como otros expedidos por la Subdirección se encuentran disponibles para consulta pública en el portal de relatoría de la Agencia, al cual se puede acceder a través del siguiente enlace: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos>. [↑](#footnote-ref-1)
2. “Parágrafo 3. 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-2)
3. Ley 1882 de 2018: “Artículo 4. 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, según corresponda a cada modalidad de selección y la ponderación precisa y detallada de los mismos, que deberán incluirse en los pliegos de condiciones, teniendo en cuenta la naturaleza y cuantía de los contratos. Para la adopción de esta reglamentación el Gobierno tendrá en cuenta las características propias de las regiones con el ánimo de promover el empleo local.

   La facultad de adoptar documentos tipo la tendrá el Gobierno nacional, cuando lo considere necesario, en relación con otros contratos o procesos de selección.

   Los pliegos tipo se adoptarán por categorías de acuerdo con la cuantía de la contratación, según la reglamentación que expida el Gobierno nacional”. [↑](#footnote-ref-3)
4. Corte Constitucional. Sentencia C-119 de 2020. M.P. Alejandro Linares Cantillo. “Encontró la Corte en el control abstracto de constitucionalidad, que de la norma no surge vulneración alguna de la autonomía de los entes territoriales, en cuanto que la estandarización se predica únicamente de los requisitos habilitantes y los criterios de escogencia, elementos propios del procedimiento de selección de contratistas, materia en la que existe reserva de ley, el Legislador goza de un amplio margen de configuración normativa y que no se encuentra atribuida a la regulación de las entidades territoriales. Resaltó que la norma cuestionada no interfiere en la facultad de las entidades territoriales para gestionar sus propios intereses, la que, en materia contractual, se predica particularmente de la identificación autónoma de sus necesidades y la configuración de los elementos del contrato”. [↑](#footnote-ref-4)
5. Sin perjuicio de la extensión del ámbito de aplicación de acuerdo con el artículo 56 de la Ley 2195 de 2022, la norma citada en el cuerpo del concepto dispone lo siguiente: “ARTÍCULO 1o. Modifíquese el artículo 4o de la Ley 1882 de 2018, el cual quedará así:

   Artículo 4o. Adiciónese el siguiente parágrafo al artículo 2o de la Ley 1150 de 2007.

   PARÁGRAFO 7o. 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. El artículo 5 dispone que “La presente resolución rige a partir de su publicación, deroga la Resolución 094 de 2020 y sus modificaciones posteriores, y aplica a los procesos de obra pública de infraestructura de transporte que se adelanten bajo la modalidad de mínima cuantía, cuya invitación se publique a partir del 27 de febrero del 2023”. [↑](#footnote-ref-6)
7. ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. De los contratos. Santiago de Chile: Editorial Jurídica EDIAR-CONOCSUR LTDA, 1988. p. 182. [↑](#footnote-ref-7)
8. Respecto a la referencia a los bienes inmuebles, debe considerarse la definición de los artículos 656 y 658 del Código Civil, que incluye en esa categoría tanto a los inmuebles por adhesión como por destinación. De esta manera, la referencia contenida en el numeral 1 del artículo 32 la Ley 80 de 1993 a inmuebles debe entenderse que se extiende a los inmuebles anteriormente mencionados, razón por la cual la tipicidad del contrato de obra incluye cualquier clase de trabajo sobre inmuebles por adhesión o por destinación. [↑](#footnote-ref-8)
9. OSPINA MENA, Jesús Marino. Régimen de la Contratación Estatal. Un salto a la contratación liquida. Bogotá: Dike, 2020. p. 168. [↑](#footnote-ref-9)
10. CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 5 de septiembre de 2018. Rad. 2.386. C.P. Edgar González López. [↑](#footnote-ref-10)
11. Gaceta del Congreso de la República No. 784/10. Disponible en <http://leyes.senado.gov.co/proyectos/images/documentos/Textos%20Radicados/Ponencias/2010/gaceta_784%20%20.pdf> [↑](#footnote-ref-11)
12. “Artículo 90. *Maduración de proyectos.* El numeral 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 quedará así: Con la debida antelación a la apertura del proceso de selección, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos, y el proyecto de pliegos de condiciones según corresponda. Los procesos de selección que tengan por objeto la realización de una obra o la celebración de un contrato de concesión que involucre obra, solamente podrán iniciarse cuando la entidad contratante haya terminado la etapa de preinversión que incluya los estudios de ingeniería básica de prefactibilidad y factibilidad de los respectivos objetos contractuales, con el alcance que para los mismos establezca el reglamento. Se exceptúan de esta regla los procesos cuando el objeto del contrato se extienda al diseño y a la construcción, caso en el cual los estudios de prefactibilidad y factibilidad atenderán a ese objeto”. [↑](#footnote-ref-12)
13. Decreto 1082 de 2015: “Artículo 2.2.1.1.2.1.1**.** Estudios y documentos previos***.*** Los estudios y documentos previos son el soporte para elaborar el proyecto de pliegos, los pliegos de condiciones, y el contrato. Deben permanecer a disposición del público durante el desarrollo del Proceso de Contratación y contener los siguientes elementos, además de los indicados para cada modalidad de selección: “[…] 2. El objeto a contratar, con sus especificaciones, las autorizaciones, permisos y licencias requeridos para su ejecución, *y cuando el contrato incluye diseño y construcción, los documentos técnicos para el desarrollo del proyecto* [...]” (Cursivas fuera de texto). [↑](#footnote-ref-13)
14. Al respecto, la doctrina considera que “[…] resulta legalmente posible que se contrate en un mismo proceso el diseño de la obra y su ejecución, en la medida que los estudios previos realizados por la entidad soporten esa necesidad, lo que resulta consistente con la frase final del numeral 2° del artículo 20 del Decreto 1510 de 2013, al disponer que cuando el objeto a contratar comprenda el diseño y construcción de la obra, deberán publicarse los documentos técnicos para el desarrollo del proyecto […]” (Cfr. SUÁREZ BELTRÁN, Gonzalo. Estudios de derecho público contractual: Bogotá: Legis, 2014. p. 6). Es necesario tener en cuenta que el artículo 20 del Decreto 1510 de 2013 actualmente está compilado en el artículo 2.2.1.1.2.1.1 del Decreto 1082 de 2015, modificado por el artículo 1 del Decreto 399 del 2021. [↑](#footnote-ref-14)
15. Ley 1682 de 2013: “Artículo 12. En lo que se refiere a la infraestructura de transporte terrestre, aeronáutica, aeroportuaria y acuática, se tendrán en cuenta las siguientes definiciones:

    Estudios de Ingeniería. Sin perjuicio de lo previsto en la Ley [1508](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1508_2012.html#Inicio) de 2012 y sus decretos reglamentarios, las siguientes definiciones deben tenerse en cuenta en la preparación de los diversos estudios de ingeniería que se adelanten para la ejecución de los proyectos de infraestructura:

    Fase 1. Prefactibilidad. Es la fase en la cual se debe realizar el prediseño aproximado del proyecto, presentando alternativas y realizar la evaluación económica preliminar recurriendo a costos obtenidos en proyectos con condiciones similares, utilizando modelos de simulación debidamente aprobados por las entidades solicitantes. En esta fase se debe consultar la herramienta o base de datos que determine el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible para tal fin, dentro de la Ventanilla Integral de Trámites Ambientales en Línea (Vital). El objetivo de la fase 1 es surtir el proceso para establecer la alternativa de trazado que a este nivel satisface en mayor medida los requisitos técnicos y financieros.

    Fase 2. Factibilidad. Es la fase en la cual se debe diseñar el proyecto y efectuar la evaluación económica final, mediante la simulación con el modelo aprobado por las entidades contratantes. Tiene por finalidad establecer si el proyecto es factible para su ejecución, considerando todos los aspectos relacionados con el mismo.

    En esta fase se identifican las redes, infraestructuras y activos existentes, las comunidades étnicas y el patrimonio urbano, arquitectónico, cultural y arqueológico que puedan impactar el proyecto, así como títulos mineros en procesos de adjudicación, otorgados, existentes y en explotación.

    Desarrollados los estudios de factibilidad del proyecto, podrá la entidad pública o el responsable del diseño si ya fue adjudicado el proyecto, continuar con la elaboración de los diseños definitivos.

    Finalizada esta fase de factibilidad, la entidad pública o el contratista, si ya fue adjudicado el proyecto de infraestructura de transporte, adelantará el estudio de impacto ambiental, el cual será sometido a aprobación de la autoridad ambiental quien otorgará la licencia respectiva.

    Fase 3. Estudios y diseños definitivos. Es la fase en la cual se deben elaborar los diseños detallados tanto geométricos como de todas las estructuras y obras que se requieran, de tal forma que un constructor pueda materializar el proyecto. El objetivo de esta fase es materializar en campo el proyecto definitivo y diseñar todos sus componentes de tal manera que se pueda dar inicio a su construcción”. [↑](#footnote-ref-15)
16. Guía para los procesos de contratación de obra pública, expedida por Colombia Compra Eficiente. Pág 4. [↑](#footnote-ref-16)
17. Consejo de Estado. Sala Plena. Sentencia de unificación del 25 de febrero de 2020. Exp. 25000-23-37-000-2014-00721-01(22473) (IJ). C.P. William Hernández Gómez. [↑](#footnote-ref-17)
18. Al respecto, la doctrina explica lo siguiente: “En la práctica jurídico-empresarial es muy habitual que también se aluda a este contrato utilizando la denominación “*turnkey contract*” –en referencia al término en inglés que ilustra la esencia del contracto, puesto que el cliente solo tiene que “girar la llave” para disfrutar de su prestación–. En ocasiones, se recurre asimismo a la noción de “contrato EPC”, cuyas siglas corresponden con las del inglés *Engineering, Procurement, Construction*, en alusión a las múltiples prestaciones que este engloba […]” (Cfr. ABRIL, Antonio. Los contratos mercantiles y su aplicación práctica. Madrid: Bosch, 2017. p 553). [↑](#footnote-ref-18)
19. Guía para los procesos de contratación de obra pública, expedida por Colombia Compra Eficiente. Pág 9. [↑](#footnote-ref-19)
20. DIAN. Concepto No. 32082 del 30 de mayo de 2002. [↑](#footnote-ref-20)
21. PODETTI, Humberto. El contrato de construcción. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2004, p. 248. [↑](#footnote-ref-21)
22. *Ibidem*., pp. 248-249. [↑](#footnote-ref-22)
23. Sentencia del 13 de marzo del 2018. Sección cuarta. C.P:Hector J. Romero Díaz. Exp 15009. [↑](#footnote-ref-23)
24. Sala de Consulta y Servicio Civil. 28 de marzo del 2017. C.P.Edgar González López. Rad.2331. [↑](#footnote-ref-24)
25. CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ. Laudo TA-CCB-20040531 del 31 de mayo de 2004. Concesión Santa Marta Paraguachón vs. Instituto Nacional de Vías. [↑](#footnote-ref-25)
26. Matallana Camacho, Ernesto. Manual de contratación de la administración pública: reforma de la Ley 80 de 1993. Bogotá. Universidad Externado de Colombia, 2015 – 4 edición Pág. 957. [↑](#footnote-ref-26)
27. 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-27)
28. 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-28)
29. 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-29)
30. La norma dispone que “Cuando el objeto contractual incluya bienes o servicios ajenos a la obra pública de infraestructura social, 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.

    Para tal efecto, la entidad realizará el estudio previo y el análisis del sector en los términos de los artículos 2.2.1.1.1.6.1 y 2.2.1.1.1.6.2 del Decreto 1082 de 2015, o la norma que los adicione, complemente o sustituya.

    2. Conservar los requisitos exigidos en los documentos tipo.

    3. Abstenerse de pedir experiencia exclusiva con entidades de cualquier naturaleza, experiencia previa exclusiva 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.

    Parágrafo 1. (Modificado por el artículo 177 de la Resolución 275 del 24 de junio de 2022). En los casos que el objeto contractual incluya actividades que son abarcadas por otros Documentos, la Entidad Estatal aplicará las reglas de combinación de experiencia previstas en el numeral 3.5.1 del documento base.

    Parágrafo 2. Para los efectos de este artículo se entiende por “bienes o servicios adicionales” aquellas actividades que no están incluidas en la matriz de experiencia de los documentos tipo de infraestructura social aplicable, pero que están relacionadas con el contrato a ejecutar. Por ejemplo, en caso de que el proyecto de obra pública a ejecutar esté relacionado con infraestructura social, como es el sector educativo, pero además, con proyectos de agua potable y saneamiento básico o con proyectos en la construcción de una vía, el servicio adicional serán las actividades de obra pública en infraestructura de agua potable y saneamiento básico o las actividades de obra pública de infraestructura de transporte.

    Parágrafo 3. Para la aplicación de este artículo, se entiende por experiencia adicional aquella que no está definida en la matriz de experiencia de infraestructura social aplicable, pero que la entidad estatal considera necesaria para garantizar la idoneidad del contratista para la ejecución del proyecto, puesto que está relacionada con el objeto a ejecutar”. [↑](#footnote-ref-30)
31. 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-31)