

COMPETENCIA CONSULTIVA – Alance

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

Es necesario tener en cuenta que esta entidad solo tiene competencia para responder solicitudes sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. En ese sentido, resolver casos concretos desborda las atribuciones asignadas por el legislador extraordinario, que no concibió a Colombia Compra Eficiente como una autoridad para solucionar problemas jurídicos particulares de todos los partícipes de la contratación estatal.

DOCUMENTOS TIPO – Obra Pública de Infraestructura de Transporte – Autonomía de las entidades territoriales

La adopción de los documentos tipo no afecta la autonomía de las entidades territoriales por lo que, en cuanto la estandarización, se predica 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.

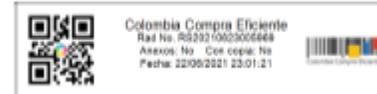
DOCUMENTOS TIPO – Anexo 5 – Minuta del Contrato – Cláusula Octava – Forma de pago

Dentro de las cláusulas que cuentan con cierto grado de indeterminación, es posible encontrar la cláusula octava, cuyo objetivo es determinar la forma de pago que tendrá lugar una vez prestado el servicio o entregado el bien contratado. La mencionada cláusula incluye tres opciones para escogencia de la entidad, a saber: i) una forma de pago que tendrá lugar de acuerdo con los avances parciales de la obra y será periódica; ii) una forma de pago que combinará la entrega de un anticipo y la entrega de pagos periódicos parciales; y, iii) una forma de pago en donde, una vez se reciba a satisfacción la obra o los hitos funcionales de esta por parte del interventor, se cancelará la contraprestación pactada.

Cuando la entidad opte por elegir la tercera forma de pago, esta se conformará por: i) la identificación de los hitos o las unidades funcionales de la obra; y ii) el recibo a satisfacción por parte del interventor de las actividades que permiten la entrega de estos hitos o unidades funcionales. Verificado lo anterior, la entidad cancelará el valor pactado en el término que ella indique en la minuta del contrato



Bogotá, 22 Junio 2021



Señor
Nelson Páez
Cajicá, Cundinamarca

Concepto C – 295 de 2021

Temas: COMPETENCIA CONSULTIVA – Alance / DOCUMENTOS TIPO – Obra Pública de Infraestructura de Transporte – Autonomía de las entidades territoriales / DOCUMENTOS TIPO – Anexo 5 – Minuta del Contrato – Cláusula Octava – Forma de pago.

Radicación: Respuesta a consulta P20210506003909

Estimado Señor Páez:

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 6 de mayo de 2021.

1. Problemas planteados

Usted realiza la siguiente pregunta en relación con los Documentos Tipo de licitación de obra pública de Infraestructura de Transporte –Versión 3–:

«Dentro de los documentos tipo licitación de obra publica versión 3, se encuentra DIVERSOS TIPOS DE FORMA DE PAGO, dentro de la minuta de contrato, me permito a continuación describir la siguiente opción de pago; 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 ¿la pregunta es si se trata de un pago contra entrega o se trata de pagos de acta de recibo parcial mediante el cumplimiento de ítems, o cual es la interpretación de esta forma de pago?

La entidad contratante establece de la siguiente forma; 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, es decir el cumplimiento del 100% de los ítems contratados. El pago a el Contratista se efectuará dentro de los (30) 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. si esto esto verídico ¿Cuál es la solución para que las pequeñas empresas podamos participar, si no tenemos mas de 1000 millones en caja para subsidiar la obra mientras se ejecuta al 100% y posteriormente la entidad después de treinta días las cancela?»

2. Consideraciones

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

Es necesario tener en cuenta que esta entidad solo tiene competencia para responder solicitudes sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. En ese sentido, resolver casos concretos desborda las atribuciones asignadas por el legislador extraordinario, que no concibió a Colombia Compra Eficiente como una autoridad para solucionar problemas jurídicos particulares de todos los partícipes de la contratación estatal.

La competencia de esta entidad se fija con límites claros, con el objeto de evitar que la Agencia actúe como una instancia de validación de las actuaciones de las entidades sujetas a la Ley 80 de 1993 o de los demás participantes de la contratación



pública¹. Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, ni a brindar asesorías sobre casos puntuales. Esto en la medida en que para resolver una consulta de carácter particular, además de conocer un sinnúmero de detalles de la actuación administrativa, es necesario acceder al expediente y a los documentos del procedimiento contractual donde surge la inquietud. Por lo anterior, previo concepto de sus órganos asesores, la solución de estos temas corresponde a las entidades involucradas y, en caso de conflicto, a las autoridades judiciales, fiscales y disciplinarias.

Sin perjuicio de lo anterior, la Subdirección –dentro de los límites de sus atribuciones, esto es, haciendo abstracción del caso particular expuesto por el peticionario– resolverá la consulta conforme a las normas generales en materia de contratación estatal. Por ello, se analizarán los siguientes temas: i) antecedentes y objetivos de los documentos tipo; ii) la forma de pago determinada en los documentos tipo de licitación para obra pública de infraestructura de transporte, y ii) los aspectos relacionados con la capacidad financiera del proponente.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se pronunció sobre los procedimientos de selección regidos por documentos tipo, entre otros, mediante los conceptos C-009 del 14 de enero 2020, C-022 del 20 de enero de 2020, C-036 del 7 de febrero de 2020 y C-289 del 26 de mayo de 2020.

2.1 Antecedentes y fundamentos de los documentos tipo aplicables a la contratación estatal

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 2007². Mediante esta norma se facultó al Gobierno Nacional para expedirlos, cuando se tratara

¹ La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente fue creada por el Decreto Ley 4170 de 2011. Su objetivo es servir como ente rector de la política de compras y contratación del Estado. Para tales fines, como órgano técnico especializado, le corresponde formular políticas públicas y normas y unificar los procesos de contratación estatal, con el fin de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado. El artículo 3 *ibidem* señala, de manera precisa, las funciones de Colombia Compra Eficiente. Concretamente, el numeral 5º de este artículo establece que le corresponde a esta entidad: «[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general y expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública». Seguidamente, el numeral 8º del artículo 11 *ibidem* señala que es función de la Subdirección de Gestión Contractual: «[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general».

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».

de la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización. Sin embargo, esta facultad no ha sido ejercida hasta la actualidad.

Por medio del artículo 4 de la Ley 1882 de 2018 se adicionó el parágrafo 7 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007. A partir de este precepto normativo 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 Nacional³. Por ello, se convierte en el antecedente más relevante en relación con los documentos tipo.

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 por lo que, 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 contrato⁴.

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».

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».



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, inició la implementación gradual de los documentos tipo mediante el Decreto 342 del 5 de marzo de 2019, relacionado con los procesos de selección de licitación de obra pública de infraestructura de transporte. Luego 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.

Posteriormente, fue expedida la Ley 2022 de 2020 «Por la cual modifica el artículo 4 de la ley 1882 de 2018 y se dictan otras disposiciones». En su artículo 1, esta norma modificó el artículo 4 de la Ley 1882 de 2018⁵, estableciendo a cargo de esta Agencia la adopción de 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.

Con fundamento en la Ley 2022 de 2020, 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

⁵ «ARTÍCULO 4º. Adiciónese el siguiente párrafo 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. [...]».



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»; y 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».

2.2 Opciones de forma de pago sugeridas en los documentos tipo de licitación para obra pública de infraestructura de transporte

Los Documentos tipo se encuentran conformados por diferentes documentos que rigen el proceso de contratación específico para el cual sean aplicables. En la mayoría de ellos, como sucede con el de licitación de obra pública de infraestructura de transporte – Versión 3, se encuentra el documento base, el cual como se infiere de su denominación, constituye el documento medular del documento tipo, pues contiene las reglas esenciales o condiciones que orientarán la actividad contractual referida. De modo que, contiene las estipulaciones orientadoras de dicha actividad. Esta característica hace que los demás documentos que conforman el documento tipo y las actuaciones que se adelantan en desarrollo del proceso de contratación deban ceñirse a lo establecido en aquel.

De esta manera, la tercera versión del Documento Base para procesos de contratación de obra pública de infraestructura de transporte desarrolló en el numeral 4.1., entre otras cosas, la forma como se puede pactar el precio del contrato. Dentro de las referidas opciones, el Documento Base señala que la entidad debe indicar si el pago será bajo la modalidad de precio global, llave en mano, precios unitarios, administración delegada o reembolso de gastos, opción que debe concordar con el Anexo Técnico, el Formulario de Presupuesto Oficial y el Anexo 5 – Minuta del contrato.

En concordancia con lo anterior, el Anexo 1 – Anexo Técnico indica en su numeral quinto que la entidad debe incluir toda la información necesaria para precisar la forma de pago y el Formulario 1 – Formulario de Presupuesto Oficial permite que la entidad defina: i) el ítem de pago; ii) las especificaciones; iii) la descripción del respectivo ítem; iv) las cantidades; y v) los valores unitarios y totales.

En adición a los criterios y documentos antes indicados, resulta relevante hacer referencia al Anexo 5 – Minuta del Contrato que, para el caso de la versión 3 de los documentos tipo para licitación de obra pública de infraestructura de transporte, se compone por 25 cláusulas que regirán la relación contractual entre la entidad pública y el



proponente seleccionado. Dentro de las instrucciones y directrices impartidas por dicho documento, se señala que:

[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.

[...].

Lo anterior evidencia que si bien las condiciones básicas del proceso de contratación en principio son inalterables⁶, los documentos tipo no riñen con la autonomía de las entidades estatales y, por ende, cuentan con cierta discrecionalidad para definir los criterios que regirán la relación contractual. Al respecto, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente ha indicado que: «dentro de las cláusulas que conforman este documento encontramos una serie de apartados grises entre corchetes destinados a que las entidades estatales, en el marco de la autonomía que les corresponde, dispongan en ellos información relativa a las necesidades que pretenden satisfacer, el objeto a contratar y, en general, información necesaria para regular la relación contractual, 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 preestablecidas en el Anexo 5»⁷.

Dentro de las cláusulas que cuentan con alto grado de libertad de configuración por parte de las entidades estatales, se encuentra la octava, relacionada con la «forma de pago», que incluso contiene una instrucción inicial respecto a su forma de diligenciamiento, permitiendo que las entidades estatales definan el contenido de la cláusula que consideren conveniente, no obstante, sugiriéndose la posible inclusión de alguna de tres opciones. Sin embargo, se reitera que de acuerdo con la siguiente

⁶ Los artículos 2 y 3 de la Resolución 240 del 27 de noviembre de 2020, por medio de la cual se adoptan los documentos tipo de licitación de obra pública de infraestructura de transporte – Versión 3, establecen: «Artículo 2. OBLIGATORIEDAD. Los Documentos Tipo contienen parámetros obligatorios para las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública que adelanten procesos de selección de licitación de obra pública de infraestructura de transporte de acuerdo con lo establecido en los Documentos Tipo».

«Artículo 3. 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 que han sido definidos y señalados en los Documentos Tipo».

⁷ Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, Concepto C – 193 del 3 de mayo de 2021.

instrucción, la entidad estatal cuenta con discrecionalidad para establecer la cláusula de forma de pago que considere más conveniente. En efecto, la cláusula octava del Anexo 5 – Minuta del Contrato establece:

[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. En todo caso, esta cláusula debe incluir todos los documentos y plazos necesarios para el pago, incluyendo el pago anticipado del contrato, en caso de que se haya pactado] (Cursiva fuera del original).

Como se advierte, conforme lo establece el documento tipo, la entidad estatal tiene libertad para configurar la cláusula de forma de pago que considere conveniente. Sin embargo, como se indicó, el Anexo 5 – Minuta del Contrato sugiere la posible inclusión de 3 opciones, que también podrían tomarse parcialmente y modificarse, de acuerdo con la instrucción citada anteriormente. En este sentido, se incluyen las siguientes opciones: i) una forma de pago que tendrá lugar de acuerdo con los avances parciales de la obra y será periódica; ii) una forma de pago que combinará la entrega de un anticipo y la entrega de pagos periódicos parciales; y, iii) una forma de pago en donde una vez se reciban a satisfacción los hitos o unidades funcionales del proyecto por parte del interventor, se cancelará la contraprestación pactada.

En cuanto a la tercera opción mencionada, el Anexo 5 – Minuta del Contrato recomienda que la entidad estatal incluya el término dentro del cual realizará el pago efectivo, por lo que allí se sugiere incluir el siguiente contenido: «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 [...]».

De conformidad con la tercera opción de la forma de pago, se desprende que la entidad, de acuerdo con su deber de planeación, el presupuesto evaluado y las demás condiciones fijadas para el estudio del proceso, podrá indicar el número de días tras los cuales se realizarían los pagos. Adicionalmente, se concluye que el requisito para que dichos pagos operen, de acuerdo con esta opción de forma de pago, es que el interventor reciba a satisfacción los hitos o las unidades funcionales del proyecto. En este sentido, cuando la entidad opte por elegir la tercera forma de pago, esta se conformará por: i) la identificación de los hitos o las unidades funcionales de la obra; y ii) el recibo a satisfacción por parte del interventor de las actividades que permiten la entrega de estos hitos o unidades funcionales. Verificado lo anterior, la entidad cancelará el valor pactado en el término que ella indique en la minuta del contrato.

En todo caso, vale la pena reiterar la idea expuesta en el sentido de que pese a que en la «Cláusula 8. Forma de pago» del Anexo 5 – Minuta del Contrato permite que la entidad estatal elija entre alguna de las 3 opciones de forma de pago, de acuerdo con lo



que establece la cláusula indicada del documento tipo, la entidad estatal en todo caso podrá configurar la que considere conveniente para cancelar el valor del contrato al Contratista. En todo caso, la forma de pago que se establezca en el contrato debe resultar acorde con el análisis de planeación y la forma en que la entidad estatal estructure el proyecto, de manera que resulte acorde con él.

En tal sentido, el documento tipo no obliga a establecer alguna forma de pago en específico para los procesos contractuales, sino que corresponde definirlo a cada entidad estatal. Sin perjuicio de lo anterior, cabe la pena señalar que la forma de pago que se establezca en un procedimiento de selección podrá ser observada por los interesados al presentar las observaciones al proyecto de pliego de condiciones, toda vez que la minuta del contrato hace parte del contenido de los pliegos de condiciones, como lo establece el numeral 11 del artículo 2.2.1.1.2.1.3. del Decreto 1082 de 2015.

3. Respuesta

«Dentro de los documentos tipo licitación de obra pública versión 3, se encuentra DIVERSOS TIPOS DE FORMA DE PAGO, dentro de la minuta de contrato, me permito a continuación describir la siguiente opción de pago; 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 ¿la pregunta es si se trata de un pago contra entrega o se trata de pagos de acta de recibo parcial mediante el cumplimiento de ítems, o cual es la interpretación de esta forma de pago?»

La entidad contratante establece de la siguiente forma; 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, es decir el cumplimiento del 100% de los ítems contratados. El pago a el Contratista se efectuará dentro de los (30) 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. si esto esto verídico ¿Cuál es la solución para que las pequeñas empresas podamos participar, si no tenemos mas de 1000 millones en caja para subsidiar la obra mientras se ejecuta al 100% y posteriormente la entidad después de treinta días las cancela?»

De conformidad con las consideraciones de este concepto, la entidad estatal tiene libertad para configurar la cláusula de forma de pago que considere conveniente. Sin embargo, como se indicó, el Anexo 5 – Minuta del Contrato sugiere la posible inclusión de 3 opciones, que también podrían tomarse parcialmente y modificarse, de acuerdo con la instrucción citada anteriormente. En este sentido, se incluyen las siguientes opciones: i) una forma de pago que tendrá lugar de acuerdo con los avances parciales de la obra y será periódica; ii) una forma de pago que combinará la entrega de un anticipo y la entrega de pagos periódicos parciales; y, iii) una forma de pago en donde una vez se reciban a satisfacción los hitos o unidades funcionales del proyecto por parte del interventor, se cancelará la contraprestación pactada.

En cuanto a la tercera opción mencionada, el Anexo 5 – Minuta del Contrato recomienda que la entidad estatal incluya el término dentro del cual realizará el pago efectivo, por lo que allí se sugiere incluir el siguiente contenido: «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 [...]».

De conformidad con la tercera opción de la forma de pago, se desprende que la entidad, de acuerdo con su deber de planeación, el presupuesto evaluado y las demás condiciones fijadas para el estudio del proceso, podrá indicar el número de días tras los cuales se realizarían los pagos. Adicionalmente, se concluye que el requisito para que dichos pagos operen, de acuerdo con esta opción de forma de pago, es que el interventor reciba a satisfacción los hitos o las unidades funcionales del proyecto. En este sentido, cuando la entidad opte por elegir la tercera forma de pago, esta se conformará por: i) la identificación de los hitos o las unidades funcionales de la obra; y ii) el recibo a satisfacción por parte del interventor de las actividades que permiten la entrega de estos hitos o unidades funcionales. Verificado lo anterior, la entidad cancelará el valor pactado en el término que ella indique en la minuta del contrato.

En todo caso, vale la pena reiterar la idea expuesta en las consideraciones en el sentido de que pese a que en la «Cláusula 8. Forma de pago» del Anexo 5 – Minuta del Contrato permite que la entidad estatal elija entre alguna de las 3 opciones de forma de pago, de acuerdo con lo que establece la cláusula indicada del documento tipo, la entidad estatal en todo caso podrá configurar la que considere conveniente para cancelar el valor del contrato al Contratista. En todo caso, la forma de pago que establezcan las entidades



estatales debe resultar acorde con el análisis de planeación y la forma en que la entidad estatal estructure el proyecto, de manera que resulte acorde con él. En tal sentido, el documento tipo no obliga a establecer alguna forma de pago en específico para los procesos contractuales, sino que corresponde definirlo a cada entidad estatal. Sin perjuicio de lo anterior, cabe la pena señalar que la forma de pago que se establezca en un procedimiento de selección podrá ser observada por los interesados al presentar las observaciones al proyecto de pliego de condiciones, toda vez que la minuta del contrato hace parte del contenido de los pliegos de condiciones, como lo establece el numeral 11 del artículo 2.2.1.1.2.1.3. del Decreto 1082 de 2015.

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

Atentamente,

Original Firmado
Jorge Augusto Tirado Navarro

JORGE AUGUSTO TIRADO NAVARRO
SUBDIRECTOR DE GESTIÓN CONTRACTUAL

Elaboró: Guillermo Escolar Flórez
Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual
Revisó: Sebastián Ramírez Grisales
Gestor T1-15 Subdirección de Gestión Contractual
Aprobó: Jorge Augusto Tirado Navarro
Subdirector de Gestión Contractual