**CCE-DES-FM-17**

**PLAN ANUAL DE ADQUISICIONES – Carácter estimativo**

La norma referida establece la obligación de enunciar la información de manera indicativa, y no impone determinar valores precisos, tiempos, bienes, obras o servicios de manera exacta; todo lo contrario, permite realizar un pronóstico indicativo de las necesidades que debe contratar. Este carácter estimativo del plan anual de adquisiciones fue reconocido por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, en la guía para elaborar el plan anual de adquisiciones, donde precisó, como uno de sus usos, «servir como referente inicial para evaluar la ejecución de presupuesto y pronosticar la demanda de bienes y servicios de la entidad durante el año referido del plan»

**CONTRATACIÓN CON ESAL – Contrato de colaboración – Objeto – Alcance**

Los contratos de colaboración tienen como objeto promover acciones de fomento social en beneficio de los sectores más desprotegidos de la población, previstas en los planes de desarrollo, motivo por el cual no dan lugar a una contraprestación directa a favor de la entidad y tampoco a una relación conmutativa entre esta y la ESAL, toda vez que el beneficio real y directo lo reciben, en últimas, los terceros beneficiarios de este tipo de acciones de fomento. Para celebrar estos contratos, según lo establece el artículo 3 del Decreto 092 de 2017, por regla general, la entidad debe adelantar un proceso competitivo para seleccionar la entidad sin ánimo de lucro con la que contratará.

**CONTRATACIÓN CON ESAL – Convenios de asociación – Finalidad – Objeto**

De otro lado, los convenios de asociación «[t]ienen como finalidad que la entidad estatal, cualquiera que sea su naturaleza y orden administrativo, se asocien con personas jurídicas particulares para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con los cometidos y funciones asignadas a aquellas conforme a la Constitución y a la Ley». En estos convenios no existe contraprestación o pago, sino aportes, los cuales están dirigidos, exclusivamente, a lograr la ejecución del convenio y no a remunerar la actividad o actuaciones del asociado. De todos modos, la entidad debe adelantar un proceso competitivo, salvo cuando la ESAL comprometa recursos en dinero para la ejecución de estas actividades, en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio.

**CONVENIOS DE ASOCIACIÓN – Principio de planeación**

Como no es posible prescindir de aquellos, se concluye que la Administración no es libre para definir cómo se realizan los estudios previos resultantes del deber de planeación, pues se trata de un aspecto reglado que –frente al vacío en la materia– se integra con el artículo 5 del Decreto 092 de 2017 por medio de la remisión prevista en los artículos 7 y 8 del Decreto 092 de 2017. En esta medida, el entendimiento del artículo 7 del Decreto 092 de 2017 se armoniza con el contenido del artículo 8 ibídem, pues el principio de planeación implica unos deberes previstos en las normas del EGCAP.

**PRINCIPIO DE PLANEACIÓN – Estudios previos – Contratación directa**

Si bien los estudios del sector son de gran relevancia en los procesos de contratación donde existe pluralidad de oferentes, nada obsta para que se elaboren allí donde no existiría competencia. Para estos efectos, la guía mencionada explica que «En la contratación directa, el análisis del sector debe tener en cuenta el objeto del Proceso de Contratación, particularmente las condiciones del contrato, como los plazos y formas de entrega y de pago. El análisis del sector debe permitir a la Entidad Estatal sustentar su decisión de hacer una contratación directa, la elección del proveedor y la forma en que se pacta el contrato desde el punto de vista de la eficiencia, eficacia y economía».

De esta manera, la Entidad Estatal debe consignar en los Documentos del Proceso, bien sea en los estudios previos o en la información de soporte de los mismos, los aspectos de que trata el artículo 2.2.1.1.1.6.1 del Decreto 1082 de 2015.

**RESPONSABLES DE LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL – Jefes o representantes legales de entidades estatales**

Quienes tienen la competencia y son responsables de la actividad contractual de las entidades estatales son el jefe y los representantes legales de las mismas, sin perjuicio de la intervención de las unidades asesoras y ejecutoras de la entidad que se señalen en las correspondientes normas sobre su organización y funcionamiento. En consecuencia, quien tiene la competencia y responsabilidad para tramitar, celebrar y liquidar un contrato, es el jefe o representante legal de la entidad, o quien este delegue.

**SUPERVISIÓN – Designación**

La designación del supervisor, Colombia Compra Eficiente, en la «Guía para el ejercicio de las funciones de supervisión e interventoría de los contratos del Estado» recomienda que esta se haga en un funcionario que pueda actuar al menos como par del contratista y que tenga asignadas funciones relacionadas con el objeto contractual. Así mismo, allí se señala que la designación debe estar antecedida por un análisis de la carga operativa del funcionario al que se le asigna la función, para no incurrir en el riesgo de que el supervisor no pueda desempeñar la labor de manera adecuada. La designación, igualmente, se recomienda que se efectúe en la fecha en que se adjudique el contrato o cuando se suscriba, tratándose de contratación directa. El supervisor designado, además, debe ser comunicado de la labor encomendada y debe conocer las obligaciones del contrato para efectos de que pueda desempeñar su labor de manera idónea. La designación podrá hacerse por el representante legal de la entidad o por el ordenador del gasto, en caso de que esta función se encuentre delegada y para el efecto podrán definirse las funciones en el pliego de condiciones, en una cláusula del contrato, en el manual de contratación o en el acto de la asignación de la función al servidor público escogido para ejercer la supervisión

**GUÍAS, MANUALES O CIRCULARES – Fundamento – Obligatoriedad**

La obligatoriedad de las herramientas normativas expedidas por Colombia Compra Eficiente no depende de la forma mediante la cual se adopten, pues las guías, manuales o circulares podrán ser de obligatoria observancia o de mera pauta para fomentar buenas prácticas contractuales, dependiendo de si existe una norma de rango legal o reglamentario, que confiera la competencia para regular determinado aspecto de la contratación estatal y que este pueda ser considerado un acto administrativo, por reunir todos sus elementos. Si la competencia no proviene de la ley o el reglamento, sin importar que se trate de una guía, un manual o una circular, no producirá efectos jurídicos y su función estará limitada a dar orientaciones o a reproducir normas, esto es, no tendrá fuerza obligatoria y, en consecuencia, no será vinculante para sus destinatarios, con independencia del nombre que tenga.

Bogotá, 02 Noviembre 2021 

Señor

**Camilo Morales Ramírez**

El Encanto, Amazonas

**Concepto C – 603 de 2021**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**   | PLAN ANUAL DE ADQUISICIONES – Carácter estimativo / CONTRATACIÓN CON ESAL – Contrato de colaboración – Objeto y alcance / CONTRATACIÓN CON ESAL – Convenios de asociación – Finalidad y objeto CONVENIOS DE ASOCIACIÓN – Principio de planeación / PRINCIPIO DE PLANEACIÓN – Estudios previos – Contratación directa / RESPONSABLES DE LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL – Jefes o representantes legales de entidades estatales / SUPERVISIÓN – Designación / GUÍAS, MANUALES O CIRCULARES – Fundamento –Obligatoriedad |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta # P20210915008411 |

Estimado señor Morales:

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, y dentro de los términos establecidos en el artículo 14 de la Ley 1437 de 2011, modificados por el artículo 5 del Decreto Legislativo 491 del 28 de marzo de 2020, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente responde sus consultas del 14 de septiembre de 2021.

**1. Problema planteado**

Usted formuló las siguientes inquietudes en relación con diferentes temas de la contratación estatal:

«1¿Cuál es la importancia del plan anual de adquisiciones frente a un contrato que pretende ejecutar un entidad y la obligación que el contrato que se pretenda celebrar se encuentre señalado en tal plan de adquisición?»

«2 ¿Materialización de La celebración de contratación publica se realiza con el fin de alcanzar las metas propuestas en los planes de desarrollo propuestos en los diferentes gobiernos ? y cual es la necesidad de dar cumplimiento a los panes de desarrollo a través de la contratación publica a celebrar celebrada?»

«3¿ Alcance del principio de planeación en los contratos (convenios de asociación celebrado bajo el regimen anterior a la entrada en vigencia del Decreto 092 de 2017, es decir art 335 de la C.P. y la Ley 489 de 1998?»

«4¿ Alcance de la elaboración de los componentes técnicos, jurídicos, financieros y económicos en los procesos de selección en la contratación directa?»

«5¿ La responsabilidad fiscal y disciplinaria en relacion a los profesionales que elaboran los componentes jurídicos, técnicos, financieros es general o individualizada conforme a cada aspecto que desarrolla cada uno de ellos?»

«6¿Obligaciones o responsabilidades de la supervisión en el tramite o proceso de declaratoria de incumplimiento del contrato y la liquidación del contrato ordenada en el Acto Administrativo que declaro el incumplimiento?»

«7¿Es obligación de las entidades publicas dar cumplimiento a las circulares externas expedidas por Colombia Compra eficiente?»

«8¿Cuál es el grado de obligatoriedad de tales circulares expedidas por Colombia compra eficiente y el sustento jurídico de que las entidades deban o no aplicar en sus procesos de contratación tales circulares.?»

«9¿De los manuales guías y circulares que expide Colombia compra eficiente cuales son de obligatorio cumplimiento y cuales no, en los proceso de contratación adelantados por en las entidades publicas de orden territorial?»

«10¿Cuál es el grado de aplicación de la circular 012 de 2014 de Colombia compra eficiente en los proceso de selección abreviada de menor cuantía y si existe circular que modifique o actualice la misma para la fecha?».

**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 particulares 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 pública[[1]](#footnote-1). 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 la entidad que adelanta el procedimiento de selección 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 de casos particulares expuestos por cualquier peticionario– resolverá la consulta conforme a las normas generales en materia de contratación estatal.

 Finalmente, cabe aclarar que el siguiente concepto se emitirá teniendo en cuenta la normatividad general aplicable a cada uno de los diversos temas sobre los que versan las preguntas de la consulta, para después responder de forma precisa cada una de las que fueron planteadas.

**2.1. Del plan anual de adquisiciones**

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente emitió el Concepto Unificado CU-348 del 3 de julio de 2020, sobre la naturaleza del plan anual de adquisiciones. Así mismo, se destacan como precedentes los conceptos con radicado Nos. 4201913000006571 del 8 de noviembre de 2019, reiterado y desarrollado en los conceptos

4201912000007258 del 4 de diciembre de 2019, C-048 del 13 de enero de 2020, C-106 del 20 de marzo de 2020, C-109 del 25 de marzo de 2020, C-177 del 31 de marzo de 2020, C- 158 del 03 de abril de 2020, C-237 del 27 de abril de 2020, C-266 del 21 de mayo de 2020, C- 329 del 16 de junio de 2020, C-390 del 23 de junio de 2020, C-331 del 25 de junio de 2020, C-428 del 07 de julio de 2020, C-467 del 31 de julio de 2020, C-638 del 14 de octubre de 2020, C-648 del 25 de octubre de 2020 y C-686 del 01 de diciembre de 2020, C-131 de 6 de abril de 2021, C-257 de 3 de junio de 2021, C-258 de 3 de junio de 2021, C-345 de 13 de julio de 2021, C-376 de 26 de julio de 2021 y C-489 de 13 de septiembre de 2021, en los que se analizaron distintas problemáticas relacionadas con el plan anual de adquisiciones. En concreto, la tesis desarrollada sobre el carácter estimativo del plan se expone a continuación.

 Precisar el grado de vinculatoriedad del plan anual de adquisiciones supone analizar lo dispuesto en los artículos 2.2.1.1.1.4.1, 2.2.1.1.1.4.3[[2]](#footnote-2) y 2.2.1.1.1.4.4[[3]](#footnote-3) del Decreto 1082 de 2015. El primer artículo establece el deber de las entidades de «elaborar el plan anual de adquisiciones, el cual debe contener la lista de bienes, obras y servicios que pretenden adquirir durante el año». El aparte trascrito permite inferir que se trata de un documento estimativo, pues contiene un listado de bienes, obras o servicios que, producto del ejercicio de planeación de la entidad, esta pretende adquirir dentro de la vigencia correspondiente. Esta redacción advierte la naturaleza estimativa del documento, pues contiene los siguientes aspectos: i) la necesidad; ii) si la entidad conoce el bien, obra o servicio que satisface la necesidad debe identificarlo con el clasificador de bienes y servicios; iii) el valor estimado del contrato; iv) el tipo de recursos con cargo a los cuales la entidad pagará el bien, obra o servicio; v) la modalidad de selección del contratista y vi) la fecha aproximada en la cual la entidad iniciará el procedimiento de selección.

La norma referida establece la obligación de enunciar la información de manera indicativa, y no impone determinar valores precisos, tiempos, bienes, obras o servicios de manera exacta; todo lo contrario, permite realizar un pronóstico indicativo de las necesidades que debe contratar. Este carácter estimativo del plan anual de adquisiciones fue reconocido por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, en la guía para elaborar el plan anual de adquisiciones, donde precisó, como uno de sus usos, «servir como referente inicial para evaluar la ejecución de presupuesto y pronosticar la demanda de bienes y servicios de la entidad durante el año referido del plan»[[4]](#footnote-4).

La segunda disposición relevante –esto es, el artículo 2.2.1.1.1.4.3 del Decreto 1082 de 2015– establece el deber de publicidad de las entidades públicas del plan anual de adquisiciones, en sus páginas web y en el SECOP, con la información mínima señalada en el artículo 2.2.1.1.1.4.1. del Decreto 1082 de 2015.

La norma impone a las entidades el deber de publicar las actualizaciones que realicen al plan anual. De esta manera, se faculta a la Administración para realizar cambios y modificaciones, por lo que no es un documento rígido que vincule estrictamente la contratación; sino que, por el contrario, se trata de un instrumento de planificación que orienta y permite tener un referente de las necesidades de bienes, obras y servicio que debe contratar para la respectiva anualidad, y que además puede ser actualizado.

La tercera norma mencionada, el artículo 2.2.1.1.1.4.4. del Decreto 1082 de 2015, en el inciso 1, fijó, en criterio de esta Subdirección, el alcance de la facultad otorgada a las entidades para actualizar el plan anual de adquisiciones. Por ello, es pertinente consultar el significado natural del verbo rector de la disposición y luego establecer los límites establecidos en la norma.

El Diccionario de la Lengua Española define «actualizar» como «hacer actual algo, darle actualidad» o «poner al día datos, normas, precios rentas, salarios». Es decir, «actualizar» se puede asociar con la acción de traer al presente un dato establecido en el pasado. Aplicada esta definición a la norma citada, se tendría que el reglamento facultó a las entidades públicas para poner al día la información contenida en el documento del plan anual de adquisiciones.

El numeral 4.6 de la Circular Externa Única, expedida por Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, dispone que las Entidades Estatales deben actualizar su Plan Anual de Adquisiciones en el mes de julio de cada año. La actualización debe publicarse en la página web y en el SECOP, de tal manera que solo será visible el Plan Anual de Adquisiciones actualizado. Esto en concordancia con el artículo 2.2.1.1.1.4.4 del Decreto 1082 de 2015, el cual señala que la Entidad Estatal debe actualizar el Plan Anual de Adquisiciones por lo menos una vez durante su vigencia, en la forma y la oportunidad que para el efecto disponga Colombia Compra Eficiente.

Con el deber de actualizar el plan, una vez al año cuando menos, implícitamente se señala que el contenido inicial no es rígido ni inmodificable y, en consecuencia, por la misma dinámica de la actividad contractual de la Administración, estos datos necesariamente tendrán que modificarse. Además, la norma no limita la actualización del plan a un tope máximo, pero estableció un número mínimo, pues indicó que debían actualizarlo por lo menos una vez durante su vigencia.

El inciso 2 del artículo citado estableció cuatro (4) eventos en los que procede actualizar el plan anual de adquisiciones: i) ajustes en los cronogramas de adquisición, valores, modalidad de selección y origen de los recursos; ii) para incluir nuevas obras, bienes o servicios; iii) excluir obras, bienes o servicios y iv) modificar el presupuesto anual de adquisiciones. El inciso citado solo estableció los eventos en los que tiene que actualizarse, sin limitar la modificación a ciertos topes, como, por ejemplo, aumentar o disminuir valores. La norma no enfatizó en este punto, por lo cual, en principio, podrá modificarse.

Así las cosas, la Subdirección de Gestión Contractual considera que el plan anual de adquisiciones es un instrumento de planificación y orientación de la contratación de las entidades públicas, establecido para identificar las necesidades de contratación, en el que se incluyen, de manera estimativa, los bienes, obras y servicios que la Administración está interesada en adquirir, pero que de ninguna manera restringe las decisiones en la contratación, que habrán de adoptarse dentro de la anualidad respectiva.

Las normas citadas permiten concluir que el objetivo del plan anual de adquisiciones es indicar los bienes, obras y servicios que la entidad pretende adquirir, sin consideración a la forma en que estos deberán obtenerse, pues es el criterio de necesidad de aquellos el que fundamenta la inclusión o no en la lista del plan y no el carácter pecuniario de este ni su modalidad de contratación. Por tanto, bastará con que la entidad identifique la necesidad contractual para que deba incluirlo en el listado.

 Asimismo, aunque por expresa disposición del reglamento exista el deber de mantener actualizado el Plan Anual de Adquisiciones, no es necesario incorporar en él cualquier modificación que efectúe la entidad, por dos (2) razones fundamentales: i) el reglamento no impone la obligación de modificarlo cada vez que se adopte una variación en la contratación prevista en él; y ii) el reglamento autorizó incluir en el plan información estimativa, como cuando en el artículo 2.2.1.1.1.4.1. utiliza expresiones como: «indicar el valor estimado del contrato».

 De manera que la norma no señaló un número máximo de oportunidades para actualizar el plan anual de adquisiciones, por lo cual la entidad podrá modificarlo las veces que considere pertinente. Pero el reglamento, al establecer cierto margen de laxitud en relación con la información incluida en el plan anual de adquisiciones, se colige también que la descripción del plan anual de adquisiciones no necesariamente tiene que ser idéntica a la minuta contractual o a los pliegos de condiciones. Solo las modificaciones sustanciales al contenido inicial del plan deben incluirse en éste, por lo cual no es necesaria la identidad absoluta entre la información contenida en el plan y el contenido del pliego de condiciones o las minutas contractuales. Ahora bien, si en el transcurso del semestre no se han hecho actualizaciones, las mismas deben realizarse en el mes de julio. Esta es la forma de armonizar el artículo 2.2.1.1.1.4.4 del Decreto 1082 de 2015 con el numeral 4.6 de la Circular Externa Única, pues solo es obligatorio actualizar su contenido por lo menos una vez al año.

 Tampoco tiene que existir necesariamente identidad entre el valor del contrato previsto en el plan y el de cada procedimiento de contratación, porque la norma señaló que el valor del contrato, señalado en el plan, es «estimado». La misma conclusión aplica para todas las modalidades de contratación que deberán ser incluidas en el Plan Anual de Adquisiciones, porque la norma señala que deben incluirse todas las necesidades de contratación, sin importar que generen o no erogación, la fecha aproximada en que se iniciará el proceso de contratación y, en general, para todo el contenido del plan. Incluso, por esta misma razón, es innecesaria la identidad entre el valor señalado en el plan y el monto por el cual finalmente se suscribe el contrato, pues lo usual es que luego de realizar el procedimiento de selección, el valor inicial definido de acuerdo con los ofrecimientos realizados por los proponentes, será por dicho valor que finalmente se suscriba el contrato.

 De lo anterior se desprende que el artículo 2.2.1.1.1.4.1. del Decreto 1082 de 2015 establece el deber de las entidades estatales de elaborar el plan anual de adquisiciones, que debe contener un listado de bienes, obras o servicios que requiere durante un año para satisfacer sus necesidades y debe tener la información desagregada, principalmente en los siguientes aspectos: i) la necesidad, ii) identificación con el clasificador de bienes y servicios, iii) valor estimado del contrato, iii) tipo de recursos, iv) modalidad de selección y v) fecha de inicio del proceso contractual[[5]](#footnote-5). Para el efecto, esta Agencia puso a disposición de los interesados del Sistema de Compra Pública la guía para elaborar el plan anual de adquisiciones, donde se establece una lista de verificación para elaborarlo o actualizarlo, en el entendido de que este documento es una herramienta de planeación sujeta a cambios según lo vaya definiendo el cumplimiento de las necesidades.

Por otro lado, la Ley 152 de 1994, Ley Orgánica del Plan de Desarrollo, regula el «plan de acción», en el artículo 26 y 41[[6]](#footnote-6), el cual incluye al «plan anual de adquisiciones», de acuerdo con el artículo 74 de la Ley 1474 de 2011 y con las definiciones del Decreto 1082 de 2015 ya citadas. Esta ley impone a los organismos públicos de todos los órdenes la obligación de preparar el «plan de acción», basado en el plan de desarrollo aprobado, para efectos de que las actuaciones de las entidades públicas guarden correspondencia con las políticas públicas definidas por el Gobierno durante el periodo de su mandato o administración, actuaciones dentro de las cuales se encuentra la contratación estatal, que es un instrumento para lograr el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines, en los términos del articulo 3 de la Ley 80 de 1993.

**2.2. Contratación de las entidades estatales con las Entidades privadas sin Ánimo de Lucro –ESAL–, de acuerdo con el Decreto 092 de 2017**

Teniendo en cuenta el marco jurídico vigente, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se pronunció sobre el fundamento de los regímenes de contratación y, particularmente, el alcance y la aplicación del Decreto 092 de 2017 a los convenios o contratos celebrados con fundamento en dicho decreto, en los conceptos C-220 y C-223 del 13 y el 29 de abril de 2020. Así mismo, se ha pronunciado en diferentes conceptos sobre la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad –en adelante ESAL–, en los conceptos del 30 de agosto y el 20 de diciembre de 2019 ─Radicados Nos. 2201913000006394 y 2201913000009467─, en los conceptos C-081 del 3 de marzo de 2020, C-070 del 4 de marzo de 2020, C-094 del 4 de marzo de 2020 y C-416 del 3 de julio de 2020, C-447 del 27 de julio de 2020, C-513 del 30 de julio de 2020, C-483 del 06 de agosto de 2020, C-579 del 4 de septiembre de 2020, C-594 del 7 de septiembre de 2020, C-670 del 22 de noviembre de 2020, C-689 del 1 de diciembre de 2020, C-724 de 14 de diciembre de 2020, C-749 del 23 de diciembre de 2020, C-758 del 04 de enero de 2021, C-806 de 8 de febrero de 2021 y C-478 de 8 de septiembre de 2021. Las tesis propuestas, en lo pertinente, se reiteran a continuación y se complementan en lo que corresponde, de acuerdo con las preguntas del peticionario.

De la Constitución Política de 1991 es posible derivar tres (3) regímenes de contratación. El *primero* se fundamenta en la competencia prevista en el inciso final del artículo 150 superior, por el cual se faculta al Congreso de la República para expedir un Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –en adelante EGCAP–. El *segundo* se relaciona con la posibilidad de crear regímenes especiales, caso en el cual la Constitución permite exceptuarlos del régimen general, como sucede con las universidades públicas y el Banco de la República –arts. 69 y 371–, o permite que la ley defina el régimen jurídico de determinados órganos del Estado, como en el caso de las entidades descentralizadas por servicios –art. 210– y las empresas de servicios públicos domiciliarios –art. 365–. Finalmente, el artículo 355 establece el régimen de los contratos con las ESAL, el cual, además de extenderse a los *convenios de asociación* en virtud de lo dispuesto en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, se desarrolló a través del Decreto 092 de 2017.

El Gobierno nacional, en desarrollo del artículo 355 de la Constitución, expidió el Decreto 092 de 2017, que dispone las reglas para las contrataciones que realicen las entidades estatales con las ESAL. El decreto regula dos eventos: i) los *contratos de colaboración o de interés público* con el fin impulsar programas y actividades de interés público de acuerdo con el Plan Nacional o los planes seccionales de desarrollo, en los términos del artículo 355 de la Constitución Política; y ii) los *convenios de asociación*, para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con las funciones de las entidades estatales, en desarrollo del artículo 96 de la Ley 489 de 1998. Los primeros se fundamentan en el artículo 2 del Decreto 092 de 2017, mientras que los segundos en el artículo 5 de ese mismo Decreto. Es posible diferenciar, pues, los *convenios de asociación*, regulados en el artículo 5, de los *contratos de colaboración*, establecidos en el artículo 2 del Decreto 092 de 2017[[7]](#footnote-7).

Los *contratos de colaboración* tienen como objeto promover acciones de fomento social en beneficio de los sectores más desprotegidos de la población, previstas en los planes de desarrollo, motivo por el cual no dan lugar a una contraprestación directa a favor de la entidad y tampoco a una relación conmutativa entre esta y la ESAL, toda vez que el beneficio real y directo lo reciben, en últimas, los terceros beneficiarios de este tipo de acciones de fomento. Para celebrar estos contratos, según lo establece el artículo 3 del Decreto 092 de 2017, por regla general, la entidad debe adelantar un proceso competitivo para seleccionar la entidad sin ánimo de lucro con la que contratará. En particular, debe verificar el cumplimiento de los siguientes requisitos: i) que el objeto del contrato corresponda a programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional o Seccional de Desarrollo; y ii) que no haya una contraprestación directa a favor de la entidad estatal, es decir, que el programa o actividad a desarrollar esté dirigido al beneficio de la población en general, ya que cuando se adquieren bienes o servicios o se ejecutan obras, en una relación conmutativa, las normas aplicables son las del EGCAP. Solo cuando se reúnan estas condiciones, y se cuente con la autorización previa y escrita del representante legal de la entidad estatal, es procedente celebrar contratos de colaboración.

De otro lado, los *convenios de asociación* «[t]ienen como finalidad que la entidad estatal, cualquiera que sea su naturaleza y orden administrativo, se asocien con personas jurídicas particulares para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con los cometidos y funciones asignadas a aquellas conforme a la Constitución y a la Ley»[[8]](#footnote-8).

En estos convenios no existe contraprestación o pago, sino aportes, los cuales están dirigidos, exclusivamente, a lograr la ejecución del convenio y no a remunerar la actividad o actuaciones del asociado. De todos modos, la entidad debe adelantar un proceso competitivo, salvo cuando la ESAL comprometa recursos en dinero para la ejecución de estas actividades, en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio.

De conformidad con el inciso segundo del artículo 96 de la Ley 489 de 1998, en estos convenios debe determinarse «con precisión su objeto, término, obligaciones de las partes, aportes, coordinación y todos aquellos aspectos que se consideren pertinentes», elementos dentro de los que resalta la exigencia de aportes, que debe interpretarse en el sentido de que las ESAL deben realizar aportes a los convenios que suscriban, los cuales pueden ser en dinero, en porcentajes inferiores o superiores al 30%, o en especie, los cuales deben servir al desarrollo de los objetivos comunes de la asociación.

La normativa vigente no impide que varias entidades suscriban conjuntamente el convenio de asociación y tampoco que dos o más ESAL pueden hacerlo, a través de las figuras asociativas autorizadas por la ley, por ejemplo, la unión temporal o el consorcio[[9]](#footnote-9). Sin embargo, como el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 determina que el convenio busca el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que la ley les asigna a las entidades estatales, lo cierto es que las funciones legales de las entidades estatales que suscriben conjuntamente el convenio deben coincidir.

De igual forma, atendiendo a que los convenios de asociación «no estarán sujetos a competencia cuando la entidad sin ánimo de lucro comprometa recursos en dinero para la ejecución de esas actividades en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio», la o las entidades deben asegurarse de que su contratista, es decir, una o varias ESAL, aporten al menos el treinta por ciento del valor del convenio para celebrarlo directamente. Además, en atención al inciso 2 del artículo 5 del Decreto 92 de 2017, deben «asegurarse que no haya otras ESAL que ofrezcan su compromiso de recursos en dinero en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio. En caso de que la entidad encuentre que más de una ESAL le ofrece al menos el 30% de recursos en dinero para el convenio de asociación, debe seleccionar objetivamente con cual asociarse»[[10]](#footnote-10).

La noción «seleccionar de forma objetiva», contenida en la disposición *sub examine* no puede ser entendida como una remisión general a las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007. A lo que se refiere la norma es a que la entidad estatal debe diseñar herramientas que permitan una comparación objetiva de las entidades sin ánimo de lucro para seleccionar objetivamente a aquella que tenga las mejores condiciones para alcanzar el resultado esperado con el proyecto de cooperación, por lo que los criterios que permitan una selección objetiva deben definirse en términos de la obtención de los objetivos del convenio de asociación. Sin perjuicio de lo anterior, la entidad puede decidir acudir a los procesos de selección de contratistas que establece el EGCAP o, incluso, al trámite que regula el inciso 2 del artículo 2 del Decreto 092 de 2017.

Las entidades estatales son autónomas en la configuración del proceso competitivo en desarrollo del artículo 5 del Decreto 092 de 2017. En todo caso, el proceso competitivo que definan las entidades estatales para sus convenios de asociación debe garantizar la libre concurrencia y la pluralidad de interesados y la comparación objetiva de las ofertas, por lo que este procedimiento puede ser análogo a otros donde existe competencia, como la licitación pública.

De otra parte los convenios celebrados en el marco del Decreto 092 de 2017 no son totalmente ajenos a la observancia de los principios de la contratación estatal, dentro de los cuales se encuentra el principio de planeación. En efecto, es necesario tener en cuenta el artículo 7 del Decreto 092 de 2017 que dispone «la contratación a la que hace referencia el presente decreto está sujeta a los principios de la contratación estatal y a las normas presupuestales aplicables» y, a su turno, el artículo 8 del mismo decreto señala que «La contratación a la que hace referencia el presente decreto está sujeta a las normas generales aplicables a la contratación pública excepto en lo reglamentado en el presente decreto». Las normas anteriormente citadas permiten acudir a los principios y las normas generales de la contratación pública, siempre que el asunto no esté expresamente regulado en dicho decreto o que haya un vacío normativo.

De esta manera, la planeación contractual es una herramienta de gerencia pública, por la que se estructura el proceso de contratación con actos diligentes encaminados a la elaboración de unos estudios previos, que sirvan para identificar y determinar correctamente la necesidad que se pretende satisfacer y cuál es la mejor manera de hacerlo. Lo anterior consultando y analizando el tipo de bienes y servicios ofrecidos en el mercado y cuáles son sus características, especificaciones, costos, riesgos, garantías, disponibilidad, oferentes, etc., que conlleven a una adecuada y objetiva escogencia de la mejor oferta para beneficiar los intereses y fines públicos inmersos en la contratación de las entidades estatales.

En esta medida, teniendo en cuenta el artículo 7 del Decreto 092 de 2017, las entidades están obligadas a dejar constancia de los motivos de conveniencia y oportunidad que las llevan a realizar los convenios de que trata el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, así como del análisis multidisciplinario que determina las condiciones de las ESAL idóneas para ejecutar el objeto. Esto supone que la Administración determina cuál es la necesidad a satisfacer y sabe quiénes lo harán eficaz y eficientemente, haciendo que los estudios previos derivados del deber de planeación sean un presupuesto ineludible del convenio de asociación.

Como no es posible prescindir de aquellos, se concluye que la Administración no es libre para definir cómo se realizan los estudios previos resultantes del deber de planeación, pues se trata de un aspecto reglado que –frente al vacío en la materia– se integra con el artículo 5 del Decreto 092 de 2017 por medio de la remisión prevista en los artículos 7 y 8 del Decreto 092 de 2017. En esta medida, el entendimiento del artículo 7 del Decreto 092 de 2017 se armoniza con el contenido del artículo 8 *ibídem*, pues el principio de planeación implica unos deberes previstos en las normas del EGCAP.

**2.3. El principio de planeación en el EGCAP y su aplicación a la contratación directa**

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se pronunció sobre la modalidad de selección del contratista por contratación directa y los principios de la contratación estatal en los conceptos No. 4201912000006310 del 9 de octubre de 2019, C-223 del 29 de abril de 2020, C-443 del 7 de julio de 2020 y, en particular, en los conceptos C-701 de 7 de diciembre de 2020, C-726 de 14 de diciembre de 2020, C-150 del 9 de abril de 2021 y C-418 de 18 de agosto de 2021. Las tesis propuestas, en lo pertinente, se reiteran a continuación y se complementan en lo que corresponde.

La Ley 1150 de 2007, en el artículo 2, establece cinco modalidades de selección para la escogencia del contratista, y fija unas reglas para cada modalidad: licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos, mínima cuantía y contratación directa. Las cuatro primeras son competitivas, pues permiten la participación de varios proponentes en una fase pública de presentación de ofertas que concurren al proceso en igualdad de condiciones y compitan en el mismo por ser la mejor oferta. La contratación directa no es una modalidad competitiva, es decir, pues no es abierta a proponentes para que los interesados presenten sus ofertas. En ésta, es la entidad la que determina, de forma directa, la persona que puede participar y que será seleccionada. Por ser una modalidad excepcional, frente al principio de libre concurrencia y competencia, es de aplicación restrictiva, esto es, solo procede por las causales señaladas taxativamente en el numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007.

En la contratación directa no es necesario que la entidad reciba más de una oferta, la cual proviene de la persona que la entidad escoge directamente, y por ende, invita a ofertar el bien o servicio que se requiere. Lo anterior puede estar basado en que el proponente es único, o en que el legislador privilegió algunos objetos contractuales u oferentes para contratarlos de esa manera. Esta modalidad implica que el proceso será simplificado, corto, ágil y expedito, por no exigir el agotamiento de una convocatoria pública o la realización de un proceso competitivo, no obstante, no exime a las entidades estatales de garantizar los principios rectores de la contratación pública.

Uno de esos principios rectores es el de la planeación contractual, que es una herramienta de gerencia pública, que exige estructurar el proceso contractual dedicando tiempo y esfuerzos para elaborar estudios previos, los cuales deberán ser adecuados a su alcance y complejidad. Lo anterior con la finalidad de determinar la necesidad que pretende satisfacer la entidad estatal, consultando el tipo de bienes y servicios que ofrece el mercado y sus características, especificaciones, precios, costos, riesgos, garantías, disponibilidad, oferentes, etc.

Así, una debida planeación debe conducir a una escogencia diligente de la mejor oferta, para beneficiar los intereses y fines públicos inmersos en la contratación de las entidades estatales, buscando siempre la correcta ejecución del contrato[[11]](#footnote-11).

El EGCAP contiene disposiciones que demandan de las entidades estatales el deber de planeación en la etapa precontractual. Esto con la finalidad de que los procesos de contratación satisfagan las necesidades de la Administración, cumplan sus fines, logren la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y permitan la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran en su consecución. En relación con el principio de economía, se tienen las siguientes reglas derivadas de su aplicación, lo cual está previsto en el artículo 25 de la Ley 80 de 1993:

7o. La conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar y las autorizaciones y aprobaciones para ello, se analizarán o impartirán con antelación al inicio del proceso de selección del contratista o al de la firma del contrato, según el caso.

[…]

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. (Cursivas propias)

De las normas citadas se resalta que, en virtud del principio de economía, para iniciar un proceso de contratación, *inclusive de contratación directa*, se requieren unos estudios previos. Con ellos, se estructuran, concretan y viabilizan los aspectos esenciales del futuro contrato, dentro de los cuales se encuentran su objeto y valor estimado, entre otros elementos. Los componentes de los estudios previos que sirven de soporte para elaborar el proyecto de pliego, los pliegos de condiciones y el contrato, están previstos en el artículo 2.2.1.1.2.1.1 del Decreto 1082 de 2015. La norma exige que se determine la necesidad, el objeto a contratar con sus especificaciones y se estime el costo que implica la celebración del contrato de la siguiente manera:

1. La descripción de la necesidad que la Entidad Estatal pretende satisfacer con el Proceso de Contratación.

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.

3. La modalidad de selección del contratista y su justificación, incluyendo los fundamentos jurídicos.

4. El valor estimado del contrato y la justificación del mismo. Cuando el valor del contrato esté determinado por precios unitarios, la Entidad Estatal debe incluir la forma como los calculó y soportar sus cálculos presupuestales en la estimación de aquellos. Si el contrato es de concesión, la Entidad Estatal no debe publicar el modelo financiero utilizado en su estructuración.

[…]

Para cumplir este objetivo es necesario el estudio del mercado y el análisis del sector económico y de los oferentes, actividad de planeación previa que sirve para identificar aspectos concretos del mercado. Lo que se identifique puede afectar el proceso de selección o las condiciones del negocio a realizar a través del proceso de contratación de bienes, obras o servicios. En este sentido, el artículo 2.2.1.1.1.6.1 del Decreto 1082 de 2015 dispone que «La Entidad Estatal debe hacer, durante la etapa de planeación, el análisis necesario para conocer el sector relativo al objeto del Proceso de Contratación desde la perspectiva legal, comercial, financiera, organizacional, técnica, y de análisis de Riesgo […]».

De acuerdo con la norma citada, la entidad debe realizar el análisis necesario para conocer el sector relativo al objeto del proceso de contratación, sin que sea relevante la modalidad de selección. Hacer un análisis desde la perspectiva legal implica la revisión de la regulación vigente para el mercado dentro del que se encuentra el objeto del contrato. La perspectiva comercial se refiere a analizar quiénes pueden ofrecer el bien o servicio que se quiere contratar, cuáles son sus condiciones, y si tienen condiciones especiales que sean relevantes para determinar los requisitos habilitantes, entre otros.

Desde una perspectiva financiera, el análisis conlleva revisar las características financieras que se presentan dentro del mercado del bien o servicio. Por ejemplo, el índice de endeudamiento que tienen las empresas o personas naturales que ofrecen dicho bien o servicio. Con la perspectiva organizacional se pretende que la entidad estatal entienda cómo están organizados internamente los posibles oferentes y de qué manera realizan sus negocios y operaciones.

Para negociar y adelantar un proceso de selección de manera adecuada, es necesario conocer la estructura de los posibles contratistas, pues permite identificar la forma en la que suplirá los requerimientos de la entidad. El análisis del sector debe tener en cuenta el objeto del proceso de contratación, las condiciones del bien o servicio y las ventajas que representa para la Administración contratar el bien o servicio con el contratista. Por ello, el análisis del sector permite sustentar la decisión de realizar un proceso de contratación desde el punto de vista de la eficiencia, eficacia y economía.

Dicho análisis facilita tanto el conocimiento del sector, desde una perspectiva multidisciplinaria, como de los proveedores disponibles en el mercado para satisfacer la necesidad de la entidad contratante. Así mismo, el análisis del sector implica un estudio de la oferta, lo que permitirá identificar qué proveedores existen en el mercado y cómo intervienen en la cadena de producción, comercialización y distribución de los bienes, obras o servicios. De igual forma, podrá estudiar la demanda para determinar las entidades estatales y los particulares cómo adquieren esos bienes, obras o servicios para extraer las mejores prácticas e información para el proceso de contratación.

Colombia Compra Eficiente dispone de una «Guía para la Elaboración de Estudios del Sector», instrumento que sirve de apoyo para entender el mercado del bien, obra o servicio que la entidad estatal pretende adquirir. Lo anterior con el fin de diseñar el proceso de contratación con la información necesaria para alcanzar los objetivos de eficacia, eficiencia, economía, promoción de la competencia y manejo del riesgo.

En este instrumento se recomienda un análisis integral sobre varios aspectos del mercado –económico, técnico, regulatorio, etc.–, lo cual permitirá que la entidad delimite con precisión qué bienes y servicios existen, cuáles son las condiciones de su comercialización, cómo es la oferta y la demanda y cuáles son los factores que inciden en el valor del contrato, tales como el análisis de precios, las cargas tributarias, la tasa de cambio, las garantías, los gastos de transporte, etc.

Adicionalmente, si bien los estudios del sector son de gran relevancia en los procesos de contratación donde existe pluralidad de oferentes, nada obsta para que se elaboren allí donde no existiría competencia. Para estos efectos, la guía mencionada explica que «En la contratación directa, el análisis del sector debe tener en cuenta el objeto del Proceso de Contratación, particularmente las condiciones del contrato, como los plazos y formas de entrega y de pago. El análisis del sector debe permitir a la Entidad Estatal sustentar su decisión de hacer una contratación directa, la elección del proveedor y la forma en que se pacta el contrato desde el punto de vista de la eficiencia, eficacia y economía».

De esta manera, la Entidad Estatal debe consignar en los *Documentos del Proceso*, bien sea en los estudios previos o en la información de soporte de los mismos, los aspectos de que trata el artículo 2.2.1.1.1.6.1 del Decreto 1082 de 2015. De esta manera, en la contratación directa también deben existir unos estudios previos para fijar los criterios que justifican la escogencia del contratista. Dichos criterios tienen fundamento en el análisis del mercado, en el cual nada obsta para que la entidad identifique a varios proveedores en condiciones de cumplir el objeto del contrato.

El Consejo de Estado se pronunció sobre la relación existente entre el estudio del sector y la estimación del valor del contrato, indicando que se deben tener en cuenta las diferentes variables del mercado como los costos de la cadena de producción. Pero, independientemente de esto, la entidad debe obtener el menor precio o uno razonable. En todo caso el valor debe estar justificado para que no corresponda a sobrecostos ni a precios artificialmente bajos, y que con ello la entidad pague un valor adecuado. Esto se logra con el estudio del mercado y sus costos, el cual debe estar a disposición de los participantes del procedimiento contractual[[12]](#footnote-12).

Así, previo al cumplimiento de las obligaciones de carácter presupuestal, la entidad deberá fijar el presupuesto oficial del proceso, para que los interesados en presentar una oferta no hagan ofrecimientos que superen el valor con el que cuenta la entidad para pagarle al contratista por el respectivo bien o servicio, no solo porque la entidad no cuente con recursos disponibles para cubrir esa diferencia, sino porque fue el valor que arrojó el estudio del mercado.

 Finalmente, como se mencionó, los estudios previos deben contener las condiciones mínimas y necesarias que debe acreditar el contratista para demostrar su capacidad de cumplir el contrato. Respecto de la contratación directa, los estudios previos sustentan o exponen los argumentos relacionados con la idoneidad de la persona a contratar, y contienen las razones de que esta sea la adecuada para ejecutar el objeto contractual. El artículo 2.2.1.1.2.1.1. del Decreto 1082 de 2015, modificado por el Decreto 399 de 2021, que señala el contenido de los estudios y documentos previos, determinan lo relacionado con el estudio del sector y el análisis del mercado para conocer las condiciones en que se debe adquirir el bien o servicio que satisface su necesidad.

De esta manera, conviene concluir que cuando se acuda a la contratación directa se debe verificar la idoneidad o experiencia del contratista aun cuando no sea necesario recibir varias ofertas y, para el efecto, la selección en cumplimiento del deber de planeación será objetiva al constatar las condiciones que arrojaron los estudios previos y su razonable correspondencia con las ofrecidas por quien fue invitado a ofertar de forma directa por ser considerado idóneo y adecuado para proveer los bienes, obras o servicios requeridos.

**2.4. Responsables de la actividad contractual**

Esta Agencia se pronunció sobre los servidores responsables al interior de la entidad estatal, en relación con la actividad contractual, en el concepto 4201913000006371 de 31 de octubre de 2019. Igualmente, se analizó la delegación y desconcentración en la actividad contractual en los conceptos C-448 de 28 de julio de 2020 y C-268 de 21 de abril de 2020. Las tesis propuestas, en lo pertinente, se reiteran a continuación y se complementan en lo que corresponde.

El artículo 11 de la Ley 80 de 1993 define la competencia para dirigir procesos de selección y suscribir contratos, centralizándola en determinadas autoridades. Ahora bien, de acuerdo con el numeral 9 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, «los jefes y los representantes legales de las entidades estatales podrán delegar total o parcialmente la competencia para celebrar contratos y desconcentrar la realización de licitaciones en los servidores públicos que desempeñen cargos del nivel directivo o ejecutivo o en sus equivalentes». Asimismo, el artículo 25, en el numeral 9 de la misma Ley establece que «en los procesos de contratación intervendrán el jefe y las unidades asesoras y ejecutoras de la entidad que se señalen en las correspondientes normas sobre su organización y funcionamiento».

En este sentido, quienes tienen la competencia y son responsables de la actividad contractual de las entidades estatales son el jefe y los representantes legales de las mismas, sin perjuicio de la intervención de las unidades asesoras y ejecutoras de la entidad que se señalen en las correspondientes normas sobre su organización y funcionamiento. En consecuencia, quien tiene la competencia y responsabilidad para tramitar, celebrar y liquidar un contrato, es el jefe o representante legal de la entidad, o quien este delegue. La Ley 80 de 1993, en el artículo 12, regula la delegación para contratar y, además, indica que es posible desconcentrar la realización de los procesos contractuales de las entidades, lo cual es función de los jefes o representantes legales de las entidades enunciadas en el artículo 2 de la Ley 80 de 1993, el cual define el concepto de entidad estatal para efectos de la misma norma, quienes pueden delegar esa función en los empleos públicos cuyo nivel jerárquico dentro de la entidad sea directivo, ejecutivo o equivalentes[[13]](#footnote-13).

Por ello, dado que, además de la actividad contractual, los representantes legales de las entidades cumplen con una multiplicidad de funciones diferentes, el ordenamiento jurídico dispone técnicas de organización administrativa que permiten el reparto de las tareas asignadas con miras a su cumplimiento eficaz y eficiente, razón por la cual, el artículo 209 de la Constitución Política dispone que la función administrativa se desarrolla mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

En cuanto a la delegación, se tiene que es una técnica organizacional que implica una actuación administrativa mediante la cual el titular de una función –delegante–, previa autorización expresa por parte del órgano que asignó originariamente la competencia, le otorga voluntaria y formalmente a una autoridad que ejerce un cargo subordinado –delegatario–, para que asuma una o varias de las atribuciones del primero[[14]](#footnote-14).

 Como se observa, la facultad se limitó a la celebración de contratos, dejando dudas sobre la posibilidad de delegar la firma del acto de adjudicación; motivo por el cual, el artículo 37 del Decreto-Ley 2150 de 1995 amplió las materias delegables al disponer que «Los jefes y los representantes legales de las entidades estatales podrán delegar total o parcialmente la competencia para la realización de licitaciones o para la celebración de contratos, sin consideración a la naturaleza o cuantía de los mismos, en los servidores públicos que desempeñen cargos del nivel directivo o ejecutivo o en sus equivalentes».

Así mismo, el artículo 9 de la Ley 489 de 1998 permite la delegación en funcionarios públicos del nivel directivo y asesor vinculados al órgano correspondiente. En todo caso, esta última ley exige un acto administrativo donde se determine la autoridad delegataria y las funciones específicas que se transfiere el delegante, sin perjuicio de que este último se informe sobre el desarrollo de la delegación e imparta orientaciones generales para el ejercicio de las funciones delegadas –art. 10–. Además, se supedita a que no se confiera para expedir reglamentos –salvo excepciones legales–, subdelegar o transferir funciones que por su naturaleza o por mandato constitucional o legal son indelegables –art. 11–. Finalmente, los actos proferidos por el delegatario deben cumplir los mismos requisitos establecidos para su expedición por el delegante y procederán los recursos que serían susceptibles si los expidiera este, reiterando el régimen de responsabilidad y recuperación de la competencia previsto en el artículo 211 constitucional –art. 12–.

Sin embargo, la delegación en materia contractual es más estricta con la expedición de la Ley 1150 de 2007, pues esta ley adicionó el segundo inciso al artículo 12 de la Ley 80 de 1993 que dispuso: «En ningún caso, los jefes y representantes legales de las entidades estatales quedarán exonerados por virtud de la delegación de sus deberes de control y vigilancia de la actividad precontractual y contractual». Dicha disposición cambió el régimen de responsabilidad del delegante previsto en el precitado inciso segundo del artículo 211 superior. Por ello, la Corte Constitucional –retomando la línea jurisprudencial de la Sentencia C-372 de 2002– declaró que este inciso es condicionalmente exequible, en el entendido de que el delegante solo responde por la ausencia de control y vigilancia siempre que medie dolo o culpa grave[[15]](#footnote-15). Lo anterior, en la medida que:

La delegación no es un mecanismo para desprenderse del cumplimiento de las funciones del cargo y menos aún para utilizarse con fines contrarios a los principios que rigen la función administrativa como la moralidad, la eficacia, la igualdad o la imparcialidad (C.P., art. 209). Tampoco es admisible el extremo opuesto según el cual el delegante responderá siempre por las actuaciones del delegatario, por cuanto se abandonaría el principio de responsabilidad subjetiva de los servidores públicos, de tal manera que inexorablemente respondan por las decisiones de otros. Por lo tanto, para determinar la responsabilidad del delegante no es suficiente el artículo 211 de la Carta Política y será necesario considerar otros principios constitucionales sobre la materia[[16]](#footnote-16).

Por otro lado, al igual que la delegación, el artículo 209 de la Constitución Política de 1991 autoriza la desconcentración como técnica organizacional que atempera el rigor de la centralización. Prevista en el inciso primero del artículo 12 de la Ley 80 de 1993, permite que los representantes legales de las entidades estatales desconcentren el trámite de los procesos de selección en los funcionarios que, dentro de la entidad, ostenten cargos directivos o ejecutivos.

Para estos efectos, la doctrina la define como «[…] el proceso a través del cual las funciones de una entidad u organismo son distribuidas en diferentes áreas; funcionales o unidades territoriales, las cuales cuentan generalmente con una estructura administrativa, y cuyo fin último es, al igual que la descentralización y la delegación, garantizar los fines esenciales del Estado»[[17]](#footnote-17). En otras palabras, se trata de una atribución que tiene el superior jerárquico para repartir algunas competencias entre los subalternos, sin que esto les otorgue autonomía en el cumplimiento de sus funciones; razón por la cual, implica una adecuada distribución del trabajo en la que el titular de las funciones conserva la dirección y el control de las tareas asignadas[[18]](#footnote-18). Por ello, el artículo 8 de la Ley 489 de 1998 dispone lo siguiente:

La desconcentración es la radicación de competencias y funciones en dependencias ubicadas fuera de la sede principal del organismo o entidad administrativa, sin perjuicio de las potestades y deberes de orientación e instrucción que corresponde ejercer a los jefes superiores de la Administración, la cual no implica delegación y podrá hacerse por territorio y por funciones.

Parágrafo. En el acto correspondiente se determinarán los medios necesarios para su adecuado cumplimiento.

Los actos cumplidos por las autoridades en virtud de desconcentración administrativa sólo serán susceptibles del recurso de reposición en los términos establecidos en las normas pertinentes.

Con una orientación similar, aunque con sus particularidades, el parágrafo del artículo 12 de la Ley 80 de 1993 –adicionado por el artículo 21 de la Ley 1150 de 2007– dispone que «[…] se entiende por desconcentración la distribución adecuada del trabajo que realiza el jefe o representante legal de la entidad, sin que ello implique autonomía administrativa en su ejercicio […]». Este artículo introduce un cambio relevante en la materia, pues –a diferencia del inciso final del artículo 8 de la Ley 489 de 1998– agrega que contra los actos no procede el recurso de reposición, expresión declarada exequible mediante la Sentencia de la Corte Constitucional C-259 de 2008.

 Sin perjuicio de las consideraciones precedentes, por considerarse relevante para la consulta *sub examine*, resulta del caso precisar que los dos fenómenos descritos previamente, esto es, la delegación y la desconcentración de funciones, no deben confundirse con la simple asignación de funciones que hace un funcionario público en relación con otro funcionario o con un empleado frente al que ostenta jerarquía, pero sin dejar de ser el titular de la función. Este fenómeno se presenta, por ejemplo, cuando el director de una entidad estatal le encarga a uno de los subdirectores –subalternos– la ejecución material de una o varias labores necesarias para el ejercicio de sus funciones, como sería la elaboración del proyecto de presupuesto de la entidad o el diseño del sistema de gestión interna de la entidad, eventos en los cuales la labor sería desempeñada materialmente por otra persona, pero por disposición de su superior jerárquico; sin embargo, el mencionado director mantiene el ejercicio de la función legalmente asignada, esto es, presenta el presupuesto y adopta el plan de gestión interna.

Este fenómeno se justifica en la dificultad que podría representar que cada directriz del superior jerárquico deba venir acompañada por un acto de delegación o desconcentración, situación que impediría el normal funcionamiento de las entidades públicas.

Ahora bien, todos los servidores públicos que intervienen en la contratación estatal, ya sea que lo hagan en calidad de jefes o representantes legales, o en calidad de delegatarios o en calidad de funcionarios a cargo de alguna actuación derivada de la etapa precontractual, contractual o postcontractual del proceso de contratación en razón de sus funciones asignadas en la ley, el reglamento, el manual de funciones o por el superior jerárquico, están sometidos al cumplimiento del principio de responsabilidad previsto en el artículo 26 de la Ley 80 de 1993 que establece lo siguiente:

Artículo 26. Del Principio de Responsabilidad. En virtud de este principio:

1°. Los servidores públicos están obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, a vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y a proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato.

2°. Los servidores públicos responderán por sus actuaciones y omisiones antijurídicas y deberán indemnizar los daños que se causen por razón de ellas.

3°. Las entidades y los servidores públicos, responderán cuando hubieren abierto licitaciones o concursos sin haber elaborado previamente los correspondientes pliegos de condiciones, diseños, estudios, planos y evaluaciones que fueren necesarios, o cuando los pliegos de condiciones o términos de referencia hayan sido elaborados en forma incompleta, ambigua o confusa que conduzcan a interpretaciones o decisiones de carácter subjetivo por parte de aquellos.

4°. Las actuaciones de los servidores públicos estarán presididas por las reglas sobre administración de bienes ajenos y por los mandatos y postulados que gobiernan una conducta ajustada a la ética y a la justicia.

5°. La responsabilidad de la dirección y manejo de la actividad contractual y la de los procesos de selección será del jefe o representante de la entidad estatal quien no podrá trasladarla a las juntas o consejos directivos de la entidad, ni a las corporaciones de elección popular, a los comités asesores, ni a los organismos de control y vigilancia de la misma.

[…]

En consecuencia, las actuaciones de los servidores públicos que participan en la contratación estatal están sometidos a los controles jurídicos, de diversa índole, que existen en el ordenamiento jurídico para el efecto, cuyo ejercicio está atribuido a distintas autoridades y procedimientos especiales. Estas autoridades, luego de actuar dentro del marco del principio de legalidad, el derecho al debido proceso y de desvirtuar la garantía de la presunción de inocencia, pueden encontrar la responsabilidad penal, disciplinaria, fiscal y/o patrimonial de los servidores públicos que hayan actuado indebidamente en la actividad contractual del Estado, tal y como lo reafirma el artículo 51 de la ley 80 de 1993: «El servidor público responderá disciplinaria, civil y penalmente por sus acciones y omisiones en la actuación contractual en los términos de la Constitución y de la ley».

Aun cuando las circunstancias particulares de los juicios de responsabilidad de las conductas atribuibles a un servidor público dependen de las circunstancias y los hechos concretos objeto de análisis por la autoridad competente, para los efectos de este concepto, se aclara que la *responsabilidad penal* es personal y se deriva de conductas imputables al servidor público, que en ejercicio o con ocasión de sus funciones, haya vulnerado bienes jurídicos protegidos por la ley penal, con conductas culposas o dolosas catalogadas como delitos. En cuanto a la *responsabilidad disciplinaria* es personal y se deriva de conductas culposas o dolosas imputables al servidor público que impliquen un incumplimiento de sus deberes funcionales o una extralimitación de los mismos. Por su parte, la *responsabilidad fiscal* es una responsabilidad patrimonial y resarcitoria en que incurre un servidor público frente al Estado, por haber causado un menoscabo al patrimonio público con un actuar doloso o gravemente culposo.

**2.5. La supervisión y la obligación de controlar y vigilar la correcta ejecución de los contratos estatales**

Esta Agencia se pronunció sobre la obligación de controlar y vigilar la ejecución de los contratos estatales, en los conceptos con radicado 4201913000004799, emitido el 30 de agosto de 2019, y 4201913000008240 del 20 de diciembre de 2019; y en los conceptos C-064 del 28 de febrero de 2020, C–077 del 18 de marzo de 2020, C–150 del 18 de marzo de 2020, C–134 del 30 de marzo de 2020, C–180 del 13 de abril de 2020, C-344 de 26 de mayo de 2020 y C-765 de 1 de enero de 2021, por lo que se reiteran dichas consideraciones y se complementan en lo que corresponda.

El Estado acude a la contratación de bienes, obras y servicios para cumplir los fines que le impone el ordenamiento jurídico, la continuidad y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados y de quienes colaboran en la consecución de dichos fines, entre otros[[19]](#footnote-19). Para la garantía de los fines de interés general involucrados en la contratación de las entidades estatales, el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –EGCAP– establece que, en la etapa de ejecución del contrato, las entidades estatales y los servidores públicos que participan en ella tienen la obligación de controlar y vigilar la correcta ejecución del objeto contratado, para efectos de que las finalidades perseguidas con la celebración de los negocios jurídicos se logren de manera satisfactoria.

Por esto, el estatuto contractual alude a la obligación mencionada, que guarda relación con el principio de responsabilidad que rige la celebración y ejecución de los contratos estatales. Así, por ejemplo, los artículos 4, 5, 12, 14 y 26 de la Ley 80 de 1993 consagran normas relacionadas con el control y vigilancia de la ejecución de los contratos estatales. Estas disposiciones establecen, entre otros aspectos, la obligación de las entidades estatales de velar por el correcto y oportuno cumplimiento de las prestaciones del contrato, las especificaciones de los bienes, obras y servicios objeto del mismo, las condiciones de calidad ofrecidas, etc. Esta obligación se predica, en principio, del jefe o representante legal de la entidad, por tener la responsabilidad de la dirección y manejo de la actividad contractual, pero también de los servidores públicos que intervienen en ella. En ese sentido, las entidades estatales deben ejercer el control de la ejecución del contrato y, de ser el caso, tomar medidas para exigir el adecuado cumplimiento.

Las Leyes 1150 de 2007 y 1474 de 2011 complementan el régimen jurídico de la obligación de vigilar la correcta ejecución de los contratos estatales. Allí se impone el debido proceso como principio rector en materia sancionatoria contractual, entre otros, para la imposición de multas y la decisión de hacer efectiva la cláusula penal; principio que se debe respetar en el ejercicio del control y vigilancia de la ejecución contractual[[20]](#footnote-20). También se establecen los límites de la responsabilidad del representante legal ante la delegación de sus funciones en materia contractual[[21]](#footnote-21) y se regula la supervisión y la interventoría de los contratos estatales[[22]](#footnote-22).

Frente a la supervisión de los contratos estatales se tiene que la Ley 1474 de 2011 enmarcó el seguimiento, control y vigilancia de la ejecución del contrato estatal dentro del principio de moralidad administrativa. El artículo 83 *ibidem* establece que «con el fin de proteger la moralidad administrativa, de prevenir la ocurrencia de actos de corrupción y de tutelar la transparencia de la actividad contractual, las entidades públicas están obligadas a vigilar permanentemente la correcta ejecución del objeto contratado a través de un supervisor o un interventor, según corresponda». Además, el legislador definió las nociones de *supervisión* e *interventoría*, como mecanismos que pueden usar las entidades estatales para vigilar el contrato, en estos términos:

La supervisión consistirá en el seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable, y jurídico que sobre el cumplimiento del objeto del contrato, es ejercida por la misma entidad estatal cuando no requieren conocimientos especializados. Para la supervisión, la Entidad estatal podrá contratar personal de apoyo, a través de los contratos de prestación de servicios que sean requeridos.

La interventoría consistirá en el seguimiento técnico que sobre el cumplimiento del contrato realice una persona natural o jurídica contratada para tal fin por la Entidad Estatal, cuando el seguimiento del contrato suponga conocimiento especializado en la materia, o cuando la complejidad o la extensión del mismo lo justifiquen. No obstante, lo anterior cuando la entidad lo encuentre justificado y acorde a la naturaleza del contrato principal, podrá contratar el seguimiento administrativo, técnico, financiero, contable, jurídico del objeto o contrato dentro de la interventoría.

Del primer concepto, según lo expresado por esta entidad[[23]](#footnote-23), se extractan las siguientes características:

- La labor de supervisión siempre existirá en relación con cualquier contrato estatal (a diferencia de la interventoría que depende del análisis de su necesidad y extensión[[24]](#footnote-24)).

- No requiere conocimientos especializados.

- Se ejerce por la entidad estatal por conducto de la designación de servidores públicos idóneos para cumplir la función.

- Puede recibir apoyo de personal contratado para tal fin mediante contrato de prestación de servicios.

En relación con las definiciones de *supervisión* e *interventoría*, doctrinariamente se ha establecido la diferencia entre una y otra, de la siguiente manera:

La supervisión (…) es ejercida por la propia entidad contratante cuando no requiere conocimientos técnicos especializados. Por contraste, a la interventoría se le concibe alrededor de la necesidad de tales conocimientos. Esa diferenciación entonces nos permite decir que entre una y otra figuras hay una comunidad de propósito con una diferencia de grado: en la interventoría se acude a un consultor especializado con un grado de conocimiento técnico superior a aquel del que disponga la entidad, a propósito de que se constituya en «sus ojos» en frente de la ejecución del contrato. Es por ello que a la interventoría se le hace consistir de acuerdo con la definición legal, «en el seguimiento técnico» del cumplimiento del contrato, cuando el mismo «suponga conocimiento especializado en la materia, o cuando la complejidad o la extensión del mismo lo justifiquen». En su propósito de hacer evidente esta diferenciación, el proyecto de ley que condujo al Estatuto Anticorrupción buscaba enmarcar a la interventoría en la función técnica exclusivamente, intención que se vio frustrada cuando a la definición propuesta, y hoy contenida en el citado artículo 83, vino a agregarse una frase final que aclara que la misma podrá extenderse a «otros aspectos del contrato» en adición a aquellos de naturaleza técnica[[25]](#footnote-25).

Por otro lado, quien ejerza la vigilancia de la ejecución del contrato, ya sea mediante la supervisión o mediante la interventoría, puede hacer uso de las facultades previstas en el artículo 84 de la Ley 1474 de 2011 para efectuar el seguimiento al cumplimiento obligacional del contrato y estará sometido a los deberes y responsabilidades que implica el ejercicio de dicha actividad.

Ahora bien, en cuanto a la designación del supervisor, Colombia Compra Eficiente, en la «Guía para el ejercicio de las funciones de supervisión e interventoría de los contratos del Estado»[[26]](#footnote-26) recomienda que esta se haga en un funcionario que pueda actuar al menos como par del contratista y que tenga asignadas funciones relacionadas con el objeto contractual. Así mismo, allí se señala que la designación debe estar antecedida por un análisis de la carga operativa del funcionario al que se le asigna la función, para no incurrir en el riesgo de que el supervisor no pueda desempeñar la labor de manera adecuada. La designación, igualmente, se recomienda que se efectúe en la fecha en que se adjudique el contrato o cuando se suscriba, tratándose de contratación directa. El supervisor designado, además, debe ser comunicado de la labor encomendada y debe conocer las obligaciones del contrato para efectos de que pueda desempeñar su labor de manera idónea.

La designación podrá hacerse por el representante legal de la entidad o por el ordenador del gasto, en caso de que esta función se encuentre delegada y para el efecto podrán definirse las funciones en el pliego de condiciones, en una cláusula del contrato, en el manual de contratación o en el acto de la asignación de la función al servidor público escogido para ejercer la supervisión[[27]](#footnote-27).

Si bien es cierto que para desarrollar la supervisión del contrato podrían no requerirse conocimientos técnicos especializados, también lo es que las funciones de seguimiento contractual abarcan varios campos, como por ejemplo, aspectos técnicos, administrativos, financieros, contables y jurídicos. En tal sentido, resulta razonable y posible que la entidad contratante, al momento de analizar cómo ejercer las funciones de supervisión del contrato, determine que estas deban realizarse por más de un funcionario, para lo que deberá tener en cuenta que las funciones propias de los cargos, y los perfiles, conocimientos y experiencia de los funcionarios designados, guarden relación directa con el objeto del contrato y los aspectos a supervisar. Lo anterior con la finalidad de que la vigilancia del contrato se realice de manera idónea y suficiente, con distribución equitativa de cargas y responsabilidades, en aplicación a los principios de coordinación y eficacia que rigen el ejercicio de la función administrativa, que son aplicables en la contratación estatal por disposición del artículo 23 de la Ley 80 de 1993.

De otra parte, durante la ejecución de los contratos, las entidades estatales que se rigen por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública cuentan con distintas potestades exorbitantes con las cuales ejercen la dirección general del contrato y realizan las actividades propias de vigilancia y control[[28]](#footnote-28). Entre otras se encuentran: i) las cláusulas excepcionales del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, como la terminación unilateral, la interpretación unilateral, la modificación unilateral, la caducidad y la reversión, desarrolladas en los artículos 15 a 19 ibidem; ii) las previstas en los artículos 11 y 7 de la Ley 1150 de 2007, relacionadas con la liquidación unilateral y la declaratoria unilateral del siniestro; y iii) las dispuestas en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 respecto a la imposición unilateral de las cláusulas penales y de multas, aclarando que su exorbitancia se refiere a su imposición unilateral, especialmente, cuando es posible pactar estas cláusulas en virtud de las normas civiles y comerciales.

Para encauzar el ejercicio de algunas de las referidas potestades, el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 establece las reglas concretas y/o especiales de procedimiento en materia sancionatoria contractual, mediante las cuales se materializan los derechos y garantías derivadas del debido proceso. De conformidad con esta disposición normativa, las «entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento […]. Para tal efecto observarán […]» el procedimiento que en tal enunciado normativo se regula. Las etapa de este procedimiento son, en síntesis: i) citación a audiencia: es obligatorio el envío al contratista y al garante –cuando proceda–señalar la descripción detallada de cuáles son los hechos, las actuaciones u omisiones del contratista que materializan el supuesto incumplimiento de las obligaciones soportado en los *informes de supervisión* o de interventoría que sirven para fundamentar la decisión de iniciar el procedimiento sancionatorio. ii) Audiencia: en la diligencia intervendrá el jefe de la entidad o su delegado y, posteriormente, se le concederá el uso de la palabra al representante legal del contratista o a quien lo represente, así como al garante, en caso de ser necesario, para que estos presenten sus descargos, aporten y controviertan pruebas y rindan las explicaciones del caso. Finalmente, iii) Decisión: debe estar contenida en una resolución motivada donde se consigne lo ocurrido en el desarrollo de la diligencia y lo relativo a la imposición o no de sanciones o la declaratoria de incumplimiento del contrato estatal. Contra la decisión únicamente procede el recurso de reposición que se interpondrá, sustentará y decidirá en la misma diligencia. Ambas decisiones se entenderán notificadas en audiencia. Lo anterior, por supuesto, sin perjuicio del control judicial que llegue a efectuarse.

En consecuencia, con el fin de dar respuesta a la sexta pregunta de la consulta, se aclara que dado que la supervisión cumple con la obligación de vigilar la correcta ejecución del contrato, éste, en caso de que el contratista incurra en un incumplimiento contractual, deberá informarlo, con los soportes o pruebas del caso, pues dicho informe será el insumo con que cuenta la entidad para iniciar un proceso sancionatorio contractual en los términos del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011[[29]](#footnote-29). Lo anterior, sin perjuicio de las demás funciones y/o responsabilidades que tenga el supervisor dentro de los procesos de contratación de la entidad, según lo establezcan en concreto el acto por el cual se fijan las funciones del supervisor en cada entidad estatal, según se lo defina el manual de contratación, o el pliego de condiciones, el contrato o el acto de la asignación de la función al servidor público escogido para ejercer dicha labor.

**2.6. Guías, Manuales y Circulares**

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se pronunció sobre la naturaleza jurídica y fuerza vinculante de las guías, manuales y circulares en los Conceptos 4201913000005788 del 21 de noviembre de 2019, 4201912000007508 del 17 de diciembre de 2019, 4201912000008232 del 26 de diciembre de 2019, 4201913000008497 del 30 de diciembre de 2019, y C-451 de 31 de agosto de 2021. Lo expuesto se reitera y se complementa en lo pertinente.

Esta agencia fue creada por el Decreto Ley 4170 de 2011, como una unidad administrativa especial descentralizada de la Rama Ejecutiva del orden nacional, adscrita al Departamento Nacional de Planeación, con el objetivo de servir como ente rector de la política de compras y contratación del Estado, dada la necesidad de contar en la estructura del Estado con un órgano técnico especializado que asumiera la tarea de formular políticas públicas, normas y unificar los procesos de contratación estatal. Así, Colombia Compra Eficiente quedó facultada para «difundir las normas, reglas, procedimientos, medios tecnológicos y mejores prácticas para las compras y la contratación pública», de conformidad con el numeral 10 del artículo 3 del Decreto-Ley 4170 de 2011.

En este contexto, concretamente el numeral 2 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011 señala que una de las funciones de la Agencia Nacional de Contratación Pública es «desarrollar, implementar y difundir las políticas públicas, planes, programas, normas, instrumentos y herramientas que faciliten las compras y contratación pública del Estado y promuevan las mejores prácticas, la eficiencia, transparencia y competitividad del mismo, a fin de que se cumplan los principios y procesos generales que deben gobernar la actividad contractual de las entidades públicas». Asimismo, el numeral 5 del mismo artículo otorga la facultad para expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública.

En ejercicio de estas competencias, conferidas por el Decreto-Ley 4170 de 2011, Colombia Compra Eficiente ha expedido Guías, Manuales y Circulares desde el año 2013, los cuales pueden ser calificados como herramientas de apoyo a los partícipes de la contratación pública. Estos instrumentos facilitan las compras y la contratación pública y promueven las mejores prácticas, la eficiencia, transparencia y competitividad.

El Decreto 1510 de 2013, por el cual se reglamentó el sistema de compras y contratación pública, compilado por el Decreto 1082 de 2015, a pesar de que se refiere de forma expresa a los Manuales y Guías, no distingue o precisa el concepto de cada uno. Bajo las denominaciones de Guías, Manuales, instructivos y protocolos muchas entidades del Estado han adoptado herramientas e instrumentos para definir criterios técnicos, fijar procedimientos, estandarizar procesos y establecer metodologías y no existe un significado unívoco que defina cada herramienta[[30]](#footnote-30).

Dentro del funcionamiento interno de esta entidad, los Manuales han sido entendidos como documentos que tratan de manera general aspectos fundamentales y elementales de un tema. Su contenido tiende a ser teórico y su finalidad es aclarar los puntos más importantes del asunto abordado. Por ejemplo, la entidad ha elaborado manuales para determinar y verificar los requisitos habilitantes o para el manejo de los acuerdos comerciales en los procesos de contratación.

Las Guías, por su parte, se han entendido como documentos técnicos que indican generalmente un procedimiento sobre cómo deben operarse ciertos temas por parte de los partícipes del Sistema de Compra Pública. Así, por ejemplo, se han expedido guías de compras públicas socialmente responsables o la guía para la liquidación de los contratos estatales, la cual fija un procedimiento para el efecto.

Para el año 2016, frente a los documentos indicados se sostuvo que los Manuales y Guías, como instrumentos o herramientas de buenas prácticas y facilitadores de la comprensión de la normativa del Sistema de Compra Pública, solo eran obligatorios cuando se acogían a través de una circular, de manera que si las entidades estatales se apartaban de esas buenas prácticas tenían una carga de argumentación que debía quedar consignada de manera expresa en los documentos del proceso.

Las circulares externas, al ser actos administrativos generales, eran obligatorias siempre que se hubieran publicado en el Diario Oficial, en este sentido, las directrices, manuales, guías o lineamientos que se adopten por circular o cualquier otro acto administrativo vinculante eran obligatorias para los partícipes del Sistema de Compra Pública.

Ahora bien, en el 2017 la Subdirección de Gestión Contractual acogió un enfoque sustantivo sobre el carácter obligatorio de los actos expedidos por la entidad, enfoque que es el que se acoge en el presento concepto. Esto quiere decir que con independencia de la forma que adopte la directriz, su carácter obligatorio o no está determinado por la existencia de una competencia legal o reglamentaria para regular el asunto en concreto.

En otras palabras, lo que define la obligatoriedad de determinado acto que expida la entidad no es que se adopte mediante Circular Externa, sino que el contenido sea de aquellos cuya regulación ha sido encargada por el legislador o el Presidente de la República a la Agencia Nacional de Contratación Pública. Lo anterior hace referencia a uno de los elementos de los actos administrativos: la competencia.

Además, para que un acto expedido por esta entidad sea obligatorio, debe reunir todos los demás elementos de un acto administrativo, entendido este, desde su concepción clásica, como la manifestación unilateral de voluntad de la Administración, en ejercicio de la función administrativa, con el potencial de producir efectos jurídicos.

Este enfoque sustantivo o material en relación con la obligatoriedad de las Circulares, Guías o Manuales se corresponde al entendimiento que la jurisprudencia del Consejo de Estado[[31]](#footnote-31) ha tenido para determinar si se está ante un acto de la administración sujeto a control por la jurisdicción contencioso administrativa, esto es, si se está en presencia de un acto administrativo. Así para la determinación de la obligatoriedad o no de las normas regulatorias que expide Colombia Compra Eficiente, con independencia de la forma que adopten, es necesario verificar frente al caso concreto de la guía, el manual o la circular si reúne los elementos de un acto administrativo y, por tanto, si tienen la capacidad de producir efectos jurídicos[[32]](#footnote-32). La anterior interpretación ha sido prohijada por el Consejo de Estado en decisiones judiciales que se han producido en años recientes sobre actos expedidos de esta entidad (vg: Circular Externa 01 de 2013[[33]](#footnote-33) o el Manual para identificación y cobertura del riesgo[[34]](#footnote-34)).

De esta forma, los Manuales, Guías o Circulares frente a los que existe un fundamento normativo de rango legal o reglamentario que da la competencia a Colombia Compra Eficiente para expedirlos fueron declarados ajustados al ordenamiento jurídico y, además, frente a ellos se puede concluir que se trata de actos administrativos –incluso reglamentos– de obligatorio cumplimiento para los partícipes de la contratación pública, como el manual de uso de los acuerdos marco de precios, los manuales y guías para la elaboración y actualización del plan anual de adquisiciones y el manual o guía para el uso del clasificador de bienes y servicios.

Lo contrario ocurre con los Manuales, Guías o Circulares que se expiden sin una competencia legal o reglamentaria, diferente de la genérica contenida en el Decreto Ley 4170 de 2011, que defiera a esta entidad su adopción, como ocurre con los manuales y guías para la identificación y cobertura del riesgo, los manuales y guías para la determinación de la capacidad residual. Estos instrumentos o herramientas quedan en el ámbito de normas de apoyo y de buenas prácticas para los partícipes del Sistema de Compra Pública, de donde no se puede derivar obligatoriedad.

Así las cosas, la obligatoriedad de las herramientas normativas expedidas por Colombia Compra Eficiente no depende de la forma mediante la cual se adopten, pues las guías, manuales o circulares podrán ser de obligatoria observancia o de mera pauta para fomentar buenas prácticas contractuales, dependiendo de si existe una norma de rango legal o reglamentario, que confiera la competencia para regular determinado aspecto de la contratación estatal y que este pueda ser considerado un acto administrativo, por reunir todos sus elementos. Si la competencia no proviene de la ley o el reglamento, sin importar que se trate de una guía, un manual o una circular, no producirá efectos jurídicos y su función estará limitada a dar orientaciones o a reproducir normas, esto es, no tendrá fuerza obligatoria y, en consecuencia, no será vinculante para sus destinatarios, con independencia del nombre que tenga.

**3. Respuestas**

«1¿Cuál es la importancia del plan anual de adquisiciones frente a un contrato que pretende ejecutar un entidad y la obligación que el contrato que se pretenda celebrar se encuentre señalado en tal plan de adquisición?»

El plan anual de adquisiciones es un instrumento de planificación y orientación de la contratación de las entidades públicas, establecido para identificar las necesidades de contratación, en el que se incluyen, de manera estimativa, los bienes, obras y servicios que la Administración está interesada en adquirir, pero que de ninguna manera restringe las decisiones en la contratación, que habrán de adoptarse dentro de la anualidad respectiva. En consecuencia, las necesidades de bienes, obras y servicios y los contratos que se celebren por una entidad estatal para satisfacerlas pueden estar incluidos en el plan anual de adquisiciones desde su confección inicial o pueden incluirse en sus actualizaciones. En este sentido, el plan anual de adquisiciones es un importante instrumento de planeación, toda vez que las entidades estatales realizan una proyección de las contrataciones que realizarán durante toda la anualidad, de manera que de una forma razonada prioricen los recursos de acuerdo con sus necesidades.

«2 ¿Materialización de La celebración de contratación publica se realiza con el fin de alcanzar las metas propuestas en los planes de desarrollo propuestos en los diferentes gobiernos ? y cual es la necesidad de dar cumplimiento a los panes (sic) de desarrollo a través de la contratación publica a celebrar celebrada?»

La Ley 152 de 1994, Ley Orgánica del Plan de Desarrollo, regula el «plan de acción», en el artículo 26 y 41, el cual incluye al «plan anual de adquisiciones», de acuerdo con el artículo 74 de la Ley 1474 de 2011 y con las definiciones del Decreto 1082 de 2015 desarrolladas en las consideraciones. Esta ley impone a los organismos públicos de todos los órdenes la obligación de preparar el «plan de acción», basado en el plan de desarrollo aprobado, para efectos de que las actuaciones de las entidades públicas guarden correspondencia con las políticas públicas definidas por el Gobierno durante el periodo de su mandato o administración, actuaciones dentro de las cuales se encuentra la contratación estatal, que es un instrumento para lograr el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines, en los términos del articulo 3 de la Ley 80 de 1993.

«3¿ Alcance del principio de planeación en los contratos (convenios de asociación celebrado bajo el regimen anterior a la entrada en vigencia del Decreto 092 de 2017, es decir art 335 de la C.P. y la Ley 489 de 1998?»

De acuerdo con el marco jurídico vigente, en primer lugar, se aclara que el Gobierno Nacional, en desarrollo del artículo 355 de la Constitución, expidió el Decreto 092 de 2017, que dispone las reglas para las contrataciones que realicen las entidades estatales con las ESAL. El decreto regula dos eventos: i) los contratos de colaboración o de interés público con el fin impulsar programas y actividades de interés público de acuerdo con el Plan Nacional o los planes seccionales de desarrollo, en los términos del artículo 355 de la Constitución Política; y ii) los convenios de asociación, para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con las funciones de las entidades estatales, en desarrollo del artículo 96 de la Ley 489 de 1998. Los primeros se fundamentan en el artículo 2 del Decreto 092 de 2017, mientras que los segundos en el artículo 5, tal como se analizó en las consideraciones.

 En segundo lugar, según lo dispuesto en los artículos 7 y 8 del Decreto 092 de 2017, que remiten, entre otras, a las normas del EGCAP, el principio de planeación de la contratación estatal resulta aplicable para dejar constancia de los motivos de conveniencia y oportunidad que lleva a las entidades a celebrar los convenios de que trata el artículo 5 del Decreto 092 de 2017 y el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, así como del análisis multidisciplinario que determine las condiciones de las ESAL idóneas para cumplir con lo pactado en este tipo de convenios. Esto supone que la Administración determine cuál es su necesidad y sepa quiénes la podrán satisfacer de manera eficaz y eficientemente, haciendo que los estudios previos derivados del deber de planeación sean un presupuesto para celebrar los aludidos convenios de asociación.

«4¿ Alcance de la elaboración de los componentes técnicos, jurídicos, financieros y económicos en los procesos de selección en la contratación directa?»

Sin perjuicio de las consideraciones más detalladas en el numeral 2.3. de este concepto, los estudios previos deben contener las condiciones mínimas y necesarias que debe acreditar el contratista para demostrar su capacidad de cumplir el contrato. Respecto de la contratación directa, los estudios previos sustentan o exponen los argumentos relacionados con la idoneidad de la persona a contratar y contienen las razones por las que ésta sea la adecuada para ejecutar el objeto contractual. El artículo 2.2.1.1.2.1.1. del Decreto 1082 de 2015, modificado por el Decreto 399 de 2021, que señala el contenido de los estudios y documentos previos, determinan lo relacionado con los parámetros del estudio del sector y el análisis del mercado para conocer las condiciones en que se debe adquirir el bien o servicio que satisface su necesidad. De esta manera, se concluye que cuando se acuda a la contratación directa se debe verificar la idoneidad o experiencia del contratista aun cuando no sea necesario recibir varias ofertas y, para el efecto, la selección, en cumplimiento del deber de planeación, será objetiva al constatar las condiciones que arrojaron los estudios previos y su razonable correspondencia con las ofrecidas por quien fue invitado a ofertar de forma directa por ser considerado idóneo y adecuado para proveer los bienes, obras o servicios requeridos.

«5¿ La responsabilidad fiscal y disciplinaria en relacion a los profesionales que elaboran los componentes jurídicos, técnicos, financieros es general o individualizada conforme a cada aspecto que desarrolla cada uno de ellos?»

Todos los servidores públicos que intervienen en la contratación estatal, ya sea que lo hagan en calidad de jefes o representantes legales, o en calidad de delegatarios o en calidad de funcionarios a cargo de alguna actuación derivada de la etapa precontractual, contractual o postcontractual del proceso de contratación, en razón de sus funciones asignadas en la ley, el reglamento, el manual de funciones o por el superior jerárquico, responden disciplinaria, civil y penalmente por sus acciones y omisiones en la actuación contractual, en los términos de la Constitución y de la ley. Lo anterior se fundamenta, entre otros, en el principio de responsabilidad de la contratación estatal, tal como se desarrolla en los artículos 26 y 51 de la Ley 80 de 1993. Ahora bien, las circunstancias particulares de los juicios de responsabilidad de las conductas atribuibles a un servidor público dependen de las condiciones de modo, tiempo y lugar y los hechos concretos objeto de análisis por la autoridad competente para emitir el juicio que corresponda.

«6¿Obligaciones o responsabilidades de la supervisión en el tramite o proceso de declaratoria de incumplimiento del contrato y la liquidación del contrato ordenada en el Acto Administrativo que declaro el incumplimiento?»

Dado que la supervisión cumple con la obligación de vigilar la correcta ejecución del contrato, éste, en caso de que el contratista incurra en un incumplimiento contractual, deberá informarlo, con los soportes o pruebas del caso, pues dicho informe es el insumo con que cuenta la entidad para iniciar un proceso sancionatorio contractual en los términos del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011. Lo anterior, sin perjuicio de las demás funciones y/o responsabilidades que tenga el supervisor dentro de los procesos de contratación de la entidad, según lo establezcan en concreto el acto por el cual se fija las funciones del supervisor en cada entidad estatal, según lo defina el manual de contratación, el pliego de condiciones, el contrato o el acto de la asignación de la función al servidor público escogido para ejercer dicha labor.

«7¿Es obligación de las entidades publicas dar cumplimiento a las circulares externas expedidas por Colombia Compra eficiente?»

«8¿Cuál es el grado de obligatoriedad de tales circulares expedidas por Colombia compra eficiente y el sustento jurídico de que las entidades deban o no aplicar en sus procesos de contratación tales circulares.?»

«9¿De los manuales guías y circulares que expide Colombia compra eficiente cuales son de obligatorio cumplimiento y cuales no, en los proceso de contratación adelantados por en las entidades publicas de orden territorial?»

«10¿Cuál es el grado de aplicación de la circular 012 de 2014 de Colombia compra eficiente en los proceso de selección abreviada de menor cuantía y si existe circular que modifique o actualice la misma para la fecha?»

Según las consideraciones expuestas en el acápite 2.6 que antecede y los conceptos expedidos por esta Agencia[[35]](#footnote-35), de conformidad con la concepción acogida por la entidad, la obligatoriedad de las Guías y Manuales, y en general de cualquier herramienta o instrumento, expedido por Colombia Compra Eficiente no depende de la forma con la que se adopten, sino de la existencia de una competencia legal o reglamentaria que faculte a la entidad para expedir la respectiva guía, manual o circular y que este pueda ser considerado un acto administrativo, por reunir todos sus elementos. De otro lado, en relación con el último aspecto, la Circular 012 de 2014, sobre el uso del clasificador de bienes y servicios, quedó integrada en la Circular Externa Única de Colombia Compra Eficiente[[36]](#footnote-36).

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Felipe Bastidas ParedesContratista de la Subdirección de Gestión Contractual  |
| Revisó: | Sebastián Ramírez Grisales Gestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado NavarroSubdirector de Gestión Contractual ANCP – CCE |

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». [↑](#footnote-ref-1)
2. Decreto 1082 de 2015: «Artículo 2.2.1.1.1.4.3. Publicación del Plan Anual de Adquisiciones.La Entidad Estatal debe publicar su Plan Anual de Adquisiciones y las actualizaciones del mismo en su página web y en el SECOP, en la forma que para el efecto disponga Colombia Compra Eficiente». [↑](#footnote-ref-2)
3. Decreto 1082 de 2015: «Artículo 2.2.1.1.1.4.4. Actualización del Plan Anual de Adquisiciones. La Entidad Estatal debe actualizar el Plan Anual de Adquisiciones por lo menos una vez durante su vigencia, en la forma y la oportunidad que para el efecto disponga Colombia Compra Eficiente.

»La Entidad Estatal debe actualizar el Plan Anual de Adquisiciones cuando: (i) haya ajustes en los cronogramas de adquisición, valores, modalidad de selección, origen de los recursos; (ii) para incluir nuevas obras, bienes y/o servicios; (iii) excluir obras, bienes y/o servicios; o (iv) modificar el presupuesto anual de adquisiciones». [↑](#footnote-ref-3)
4. Agencia Nacional de Contratación Pública **―**Colombia Compra Eficiente Guía para elaborar el plan anual de adquisiciones. Página 3. [↑](#footnote-ref-4)
5. Decreto 1082 de 2015: «Artículo 2.2.1.1.1.4.1. Plan Anual de Adquisiciones. Las Entidades Estatales deben elaborar un Plan Anual de Adquisiciones, el cual debe contener la lista de bienes, obras y servicios que pretenden adquirir durante el año. En el Plan Anual de Adquisiciones, la Entidad Estatal debe señalar la necesidad y cuando conoce el bien, obra o servicio que satisface esa necesidad debe identificarlo utilizando el Clasificador de Bienes y Servicios, e indicar el valor estimado del contrato, el tipo de recursos con cargo a los cuales la Entidad Estatal pagará el bien, obra o servicio, la modalidad de selección del contratista, y la fecha aproximada en la cual la Entidad Estatal iniciará el Proceso de Contratación. Colombia Compra Eficiente establecerá los lineamientos y el formato que debe ser utilizado para elaborar el Plan Anual de Adquisiciones». [↑](#footnote-ref-5)
6. Ley 152 de 1994: «Artículo 26. Planes de acción. Con base en el Plan Nacional de Desarrollo aprobado cada uno de los organismos públicos de todo orden a los que se aplica esta Ley preparará su correspondiente plan de acción.

»En la elaboración del plan de acción y en la programación del gasto se tendrán en cuenta los principios a que se refiere el artículo 3 de la presente Ley, así como las disposiciones constitucionales y legales pertinentes.

»Los planes que ejecuten las entidades nacionales con asiento en las entidades territoriales deberán ser consultados previamente con las respectivas autoridades de planeación, de acuerdo con sus competencias». [↑](#footnote-ref-6)
7. En el concepto emitido el 5 de febrero de 2019, dentro del radicado No. 2201913000000663, se dijo: «[l]os convenios de asociación del artículo 5 son distintos a los contratos de colaboración del artículo 2 del Decreto 092 de 2017». [↑](#footnote-ref-7)
8. Concepto del 3 de septiembre de 2019, emitido en el radicado No. 2201913000006512. [↑](#footnote-ref-8)
9. El numeral 16.9 de la Circular Externa Única de Colombia Compra Eficiente determina:

«16.9 Uniones temporales y consorcios conformados por entidades sin ánimo de lucro.

»El Decreto 092 de 2017 no restringe ninguna forma de asociación entre las entidades privadas sin ánimo de lucro, y prevé que los contratos y convenios que regula se sujetarán a las normas generales aplicables al Sistema de Compra Pública, es decir Ley 80 de 1993, salvo lo que de manera expresa esté regulado en dicho Decreto. La Ley 80 de 1993 establece las diferentes formas asociativas que pueden utilizar los proponentes para participar en los Procesos de Contratación. De esta forma, entidades privadas sin ánimo de lucro pueden constituirse como unión temporal o consorcio para efectos de la celebración de contratos de colaboración o convenios de asociación». [↑](#footnote-ref-9)
10. Concepto del 19 de noviembre de 2019, emitido en el radicado No. 2201913000008611. [↑](#footnote-ref-10)
11. La Corte Constitucional, en Sentencia C-300 de 2012 M.P. Jorge Ignacio Pretel Chabljub, consideró al respecto: «El principio de planeación hace referencia al deber de la entidad contratante de realizar estudios previos adecuados (estudios de prefactibilidad, factibilidad, ingeniería, suelos, etc.), con el fin de precisar el objeto del contrato, las obligaciones mutuas de las partes, la distribución de los riesgos y el precio, estructurar debidamente su financiación y permitir a los interesados diseñar sus ofertas y buscar diferentes fuentes de recursos.

»Este principio está entonces directamente relacionado con los de economía, eficacia, racionalidad de la intervención estatal y libre concurrencia. De un lado, se relaciona con los principios de economía y eficacia (artículo 209 superior) y racionalidad de la intervención estatal (artículo 334 superior), pues los estudios previos no son solamente necesarios para la adecuada ejecución del contrato -en términos de calidad y tiempo, sino también para evitar mayores costos a la administración fruto de modificaciones sobrevinientes imputables a la entidad y que redunden en una obligación de restablecer el equilibrio económico del contrato sin posibilidad de negociación de los precios. Ciertamente, los estudios previos determinan el retorno que pueden esperar los inversionistas, el cual, si no es obtenido por causas imputables al Estado en el marco del esquema de distribución de riesgos, puede llevar a condenas judiciales o a la necesidad de renegociaciones a favor del contratista.

»De otro lado, se relaciona con el principio de libre concurrencia –manifestación de los principios constitucionales de libre competencia e igualdad, ya que permite que cualquier interesado con posibilidad de presentar una buena oferta según la información disponible, pueda participar en el respectivo proceso de selección; si la información fruto de la etapa precontractual es lejana a la realidad del negocio, posibles oferentes se abstendrán de presentar propuestas, en perjuicio de la libre competencia, y de la posibilidad de la entidad de acceder a ofertas más favorables. En este punto, vale la pena recordar que en los contratos de concesión, usualmente el concesionario acude a la financiación de terceros (por medio de créditos, venta de títulos, etc.), razón por la cual es indispensable contar con una imagen lo más cercana a la realidad de las dimensiones del negocio, con el fin de que los inversionistas lleven a cabo el respectivo análisis costo-beneficio y tomen decisiones sobre si participan o no en el proyecto. Sin esta información, las decisiones de financiación no podrán basarse en una previsión real de cómo obtener la mayor cantidad de servicios por el dinero invertido, elemento determinante de las decisiones de participación». [↑](#footnote-ref-11)
12. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 27 de abril de 2011. Exp. 18.293. C.P. Ruth Stella Correa Palacio. [↑](#footnote-ref-12)
13. Ley 80 de 1993: «Artículo 2. De la definición de entidades, servidores y servicios públicos. Para los solos efectos de esta ley:

«1o. Se denominan entidades estatales:

«a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.

«b) El Senado de la República, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, distritales y municipales, la Procuraduría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil, los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, las unidades administrativas especiales y, en general, los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos. (...)».

«Artículo 12. De la delegación para contratar. Los jefes y los representantes legales de las entidades estatales podrán delegar total o parcialmente la competencia para celebrar contratos y desconcentrar la realización de licitaciones en los servidores públicos que desempeñen cargos del nivel directivo o ejecutivo o en sus equivalentes». [↑](#footnote-ref-13)
14. Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-372 de 2002. M.P. Jaime Córdoba Triviño. [↑](#footnote-ref-14)
15. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 693 de 2008. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. [↑](#footnote-ref-15)
16. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-382 de 2000. M.P. Antonio Barrera Carbonell. [↑](#footnote-ref-16)
17. HERNÁNDEZ, Pedro Alfonso. Descentralización, desconcentración y delegación en Colombia. Bogotá: Legis, 1999. p. 158. [↑](#footnote-ref-17)
18. En esta medida, «Difiere […] la delegación y la desconcentración, en que la primera supone una asignación específica de funciones de un órgano que las ejecuta bajo su entera autonomía y responsabilidad, salvo que el delegante obre con dolo o culpa grave en sus funciones generales de vigilancia y control, evento en el que también sería responsable, mientras que en la segunda, esto es, la desconcentración, es el encargo que el superior hace a sus dependientes para que éstos, actuando a nombre y dirección de aquel, descongestionen la actividad administrativa» (Cfr. PALACIO HINCAPÉ, Juan Ángel. La contratación de las entidades estatales. Séptima Edición. Medellín: Librería Jurídica Sánchez, 2014. p. 97). [↑](#footnote-ref-18)
19. Artículo 3 de la Ley 80 de 1993. [↑](#footnote-ref-19)
20. Artículo 17 de la Ley 1150 de 2007. [↑](#footnote-ref-20)
21. Artículo 21 de la Ley 1150 de 2007. [↑](#footnote-ref-21)
22. Artículos 83 a 86 de la Ley 1474 de 2011. [↑](#footnote-ref-22)
23. Radicado # 4201913000008240 del 20 de diciembre de 2019. [↑](#footnote-ref-23)
24. A excepción de la interventoría del contrato de obra adjudicado por licitación pública que es obligatoria según el numeral 1° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993. [↑](#footnote-ref-24)
25. SUÁREZ BELTRÁN, Gonzalo. Estudios de derecho contractual público. 1ª Ed. Legis, 2014. Bogotá. p. 256. [↑](#footnote-ref-25)
26. Disponible en: <https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_guia_para_el_ejercicio_de_las_funciones_de_supervision_e_interventoria_de_los_contratos_del_estado.pdf>. [↑](#footnote-ref-26)
27. Departamento Administrativo de la Función Pública. Concepto del 6 de mayo de 2019. Rad. 140.881. [↑](#footnote-ref-27)
28. Sobre Las potestades excepcionales de las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública ver, entre otros, el Concepto C-194 de 13 de mayo de 2021. [↑](#footnote-ref-28)
29. Esto además se complementa con lo establecido en el artículo 84 de la Ley 1474 de 2011, que establece que los supervisores serán responsables por mantener informada a la entidad contratante de los hechos o circunstancias que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato o cuando el incumplimiento se presente: «Artículo 84. facultades y deberes de los supervisores y los interventores. La supervisión e interventoría contractual implica el seguimiento al ejercicio del cumplimiento obligacional por la entidad contratante sobre las obligaciones a cargo del contratista.

»Los interventores y supervisores están facultados para solicitar informes, aclaraciones y explicaciones sobre el desarrollo de la ejecución contractual, y serán responsables por mantener informada a la entidad contratante de los hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato, o cuando tal incumplimiento se presente». [↑](#footnote-ref-29)
30. Por ejemplo, para Colciencias los manuales «son instrumentos administrativos que se elaboran para determinar en forma explícita, ordenada y sistemática información sobre objetivos, políticas, atribuciones, organización y procedimientos de los órganos de una institución. Se caracterizan por desarrollar criterios generales sobre un tema estratégico y en su mayoría, referencian procedimientos, guías, instructivos, modelos y formatos». Mientras que las guías son «documentos que contienen orientaciones acerca de la forma como se desarrolla una metodología relacionada con los procedimientos de la entidad»: https://www.colciencias.gov.co/sites/default/files/ckeditor\_files/G102PR01-procedimiento-elaboracion- control.pdf

 Para la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales los manuales y guías «son documentos técnicos a través de los cuales se estandarizan y se definen criterios y procedimientos de una actividad específica. A través de ellos se indican enfoques, lineamientos, se definen instructivos y se detallan los pasos que deben seguir quienes desarrollan una actividad determinada. El propósito de esta herramienta es el de permitir que las autoridades o a cualquier otro organismo equivalente haga más efectiva su gestión y documente sistemáticamente los criterios considerados durante los procesos de toma de decisiones»: <http://portal.anla.gov.co/manuales-y-guias> [↑](#footnote-ref-30)
31. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 11 de abril de 2002, C.P. Alier Hernández Enríquez, Rad. 2001-0058-01 (21652). [↑](#footnote-ref-31)
32. Dentro de la verificación de estos elementos, uno fundamental es la existencia de una norma legal o reglamentaria que otorgue la competencia a Colombia Compra Eficiente para regular un aspecto concreto de la contratación pública, con carácter vinculante. Esta sujeción del poder normativo de la Administración al principio de legalidad fue expuesta por Santofimio Gamboa en los siguientes términos: «La potestad normativa está en directa relación con los poderes de orientación política, dirección, estructuración, regulación, diseño y fijación de directrices para el cometido de los fines estatales asignados a la administración; todo esto, como es obvio, dentro del contexto de los principios y parámetros constitucionales y legales respectivos. Es decir, **la potestad normativa de la administración o de hacer normas rectoras de la actividad estatal, en cuanto privilegio funcional, es de naturaleza subordinada y dependiente de las normas de carácter superior**. Sería absurdo pensar en la posibilidad de una potestad normativa de la administración ausente o inmune al principio de legalidad». (Negrillas fuera de texto). [↑](#footnote-ref-32)
33. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Auto de ponente del 14 de agosto de 2017, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Rad. 2017-00031-00 (58.820). [↑](#footnote-ref-33)
34. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 11 de abril de 2019, C.P. María Adriana Marín, Rad. 2014-00135-00 (52.055). [↑](#footnote-ref-34)
35. Cfr. Conceptos 4201913000005788 del 21 de noviembre de 2019, 4201912000007508 del 17 de diciembre de 2019, 4201912000008232 del 26 de diciembre de 2019, 4201913000008497 del 30 de diciembre de 2019, y C-451 de 31 de agosto de 2021. Disponibles en: https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos. [↑](#footnote-ref-35)
36. Dicha circular se puede consultar en el siguiente enlace: https://colombiacompra.gov.co/sites/cce\_public/files/cce\_circulares/cce\_circular\_unica.pdf [↑](#footnote-ref-36)