**CCE-DES-FM-17**

**PRINCIPIO DE PUBLICIDAD – Noción**

El principio de publicidad impone a las autoridades administrativas el deber de dar a conocer sus actos, contratos y decisiones, para que se divulguen y eventualmente se controlen las actuaciones. El literal c) del artículo 3 de la Ley 1150 de 2007 establece que el Sistema Electrónico para la Contratación Pública –SECOP– «contará con la información oficial de la contratación realizada con dineros públicos, para lo cual establecerá los patrones a que haya lugar y se encargará de su difusión a través de canales electrónicos».

De otra parte, la Ley 1712 de 2014, por medio de la cual se regula la transparencia el derecho de acceso a la información pública nacional y se dictan otras disposiciones, identifica como principios que orientan el derecho de acceso a la información pública el de máxima publicidad, transparencia en la información y buena fe. El principio de máxima publicidad establece que «toda información en posesión, bajo control o custodia de un sujeto obligado es pública y no podrá ser reservada o limitada sino por disposición constitucional o legal». El principio de transparencia en la información alude al deber de los sujetos de proporcionar y facilitar el acceso a la misma en los términos más amplios posibles, y a través de los medios y procedimientos que establezca la ley

**SECOP – Publicación de documentos – Deber de publicación**

El deber de publicidad de los documentos expedidos en virtud de la actividad contractual que se desprende del artículo 3 de la Ley 1150 de 2007, se encuentra regulado por el artículo 2.2.1.1.1.7.1. del Decreto 1082 de 2015 el cual establece los documentos que se deben publicar y al SECOP como medio de publicación, lo que permite controlar las actuaciones y decisiones de la Administración y el cumplimiento de los demás principios de la contratación pública.

[…]

De otro lado, el artículo 2.1.1.2.1.8, establece los efectos de la obligación contenida en el literal g) del artículo 11 de la Ley 1712 de 2014, en relación con los documentos producidos durante la ejecución del contrato, señalando que se deben publicar las aprobaciones, autorizaciones, requerimientos o informes del supervisor o interventor, que prueben la ejecución del contrato. En ese orden, el deber de publicar la actividad contractual de las entidades estatales no solo está regulado en el artículo 3 de la Ley 1150 de 2007, y en el artículo 2.2.1.1.1.7.1. del Decreto 1082 de 2015, sino también en la Ley 1712 de 2014, y en el Decreto 1081 de 2015, normas que no solo refuerzan y complementan al régimen de contratación estatal en cuanto a la publicidad, sino que lo amplían, para incluir la publicación de los «procedimientos» y la información relativa a la «gestión contractual», sin el condicionamiento de tratarse exclusivamente de los *Documentos del Proceso* expedidos por la «entidad estatal».

**DOCUMENTOS DEL PROCESO – Proceso de contratación –Publicación – Plazo de publicación**

Esto quiere decir que las entidades estatales, además de los documentos y actos administrativos ­­–de trámite o definitivos– que expiden durante los procedimientos de contratación*,* deben publicar los documentos que los impulsan y materializan, incluso los que no produce exclusivamente la entidad, pero que hacen parte del procedimiento. Esto es lo que sucede, por ejemplo, con las observaciones formuladas por la ciudadanía al proyecto de pliego de condiciones, por los proponentes al informe de evaluación, aclaraciones a las ofertas realizadas por los oferentes, y cualquier otra actuación que a pesar de no tener origen en la entidad estatal, ni caber en estricto sentido en lo que se entiende con la expresión *Documento del Proceso,* hace parte de su desarrollo, y que por disposición de la Ley de transparencia y acceso a la información pública, debe publicar la entidad de manera proactiva.

[…]

En este sentido, todos los actos administrativos o documentos que se produzcan con ocasión del proceso contractual deben publicarse dentro de los tres (3) días siguientes a su expedición, con independencia que sean expedidos unilateralmente por la entidad contratante o que sean documentos suscritos por las partes.

**SECOP II – Medio de publicidad – Plataforma transaccional**

El SECOP II es una plataforma transaccional, que permite gestionar en línea todos los procedimientos de contratación, con cuentas y usuarios asociados a estas, para las entidades y los proveedores, y vista pública para cualquier interesado en hacer seguimiento a la contratación pública. Desde sus cuentas, las entidades crean, evalúan y adjudican procedimientos de contratación, y gestionan la fase de ejecución del contrato. Los proveedores pueden hacer comentarios a los documentos del procedimiento, presentar ofertas y seguir el procedimiento de selección en línea. […] En ese orden, el carácter transaccional de SECOP II, como herramienta que permite no solo publicar sino también gestionar y crear *Documentos del Proceso,* de manera electrónica al interior de la plataforma, implica que el deber de publicidad respecto de estas actuaciones se cumpla de manera distinta a como sucede en SECOP I, donde los documentos contractuales se expiden primero en un medio físico que posteriormente es cargado en la plataforma.

**PLAN ANUAL DE ADQUISICIONES – Plan de acción**

El artículo 74 de la Ley 1474 establece, que «todas las entidades del Estado» deben publicar, a más tardar el 31 de enero de cada año, en su respectiva página web, el plan de acción, en el cual se incluye el plan general de compras. El plan general de compras para el ordenamiento vigente corresponde con el concepto de plan anual de adquisiciones como lo establece el artículo 2.2.1.1.1.3.1. del Decreto 1082 de 2015

**PLAN ANUAL DE ADQUISICIONES – Publicidad – Entidades estatales obligadas – Consecuencias no publicación**

[…] la publicación del Plan Anual de Adquisiciones no solo es una obligación de las entidades regidas por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, sino también de los obligados en el marco de la Ley 1712 de 2014, que contraten con cargo a recursos públicos. Dichas normas no prevén una consecuencia jurídica directa de la no publicación del plan, ni atribuyen a alguna autoridad en concreto el deber de hacer un seguimiento. No obstante, ello no desvirtúa el carácter de deber legal en el que consiste la obligación de publicar del plan, por lo que su desatención, eventualmente, podría ser considerada como un hecho relevante en el marco del régimen disciplinario y/o de responsabilidad fiscal, acarreando posibles sanciones para el servidor público responsable, que no son objeto de estudio del presente concepto por ser un asunto ajeno a la competencia consultiva de esta Agencia.

**PLAN ANUAL DE ADQUISICIONES – Vigencia**

[…] el plan anual de adquisiciones está vigente desde el día de su publicación y hasta el 31 de diciembre del año correspondiente y, por lo tanto, el plan debe contener la lista de todos los bienes, obras y servicios que se pretenden adquirir durante ese periodo.

Lo anterior no obsta para que la publicación del plan anual de adquisiciones sea obligatoria antes de la celebración de cualquier contrato por parte de las entidades estatales. Conforme al artículo 74 de la Ley 1474 de 2011, las entidades elaboran el plan anual de adquisiciones *para el año siguiente*.

**PLAN ANUAL DE ADQUISICIONES – Publicación antes de contratar**

Reiterando las consideraciones del Concepto Unificado CU-348 del 3 de julio de 2020 de esta Agencia, la lógica de un instrumento de planeación como el plan anual de adquisiciones es, de un lado, permitir a la entidad estimar los bienes, obras y servicios a adquirir, y del otro permitir a los potenciales oferentes conocer las contrataciones que se realizarán. Planear, por definición, implica preparar o trazar actuaciones para el futuro, es decir, no es posible planear hacia el pasado. Por lo mismo, carece de sentido que el instrumento de planeación en materia de compras y contratación se elabore y publique con posterioridad a la celebración de algunos contratos, pues si se publicara el 31 de enero, es decir, en el término máximo previsto por la ley, los contratos celebrados durante el primer mes del año no entrarían en el plan de adquisiciones y no sería posible incluirlos de manera posterior.

En ese orden de ideas, el plan anual de adquisiciones debe elaborarse y publicarse antes de la celebración de cualquier contrato estatal, pues solo esta interpretación de la norma permite que se materialicen verdaderamente las finalidades de este instrumento de planeación en el ordenamiento colombiano. Las entidades del Estado tienen la posibilidad de publicar el plan anual de adquisiciones hasta el 31 de enero del año en curso. Pese a ello, dicha publicación debe anteceder a la celebración del primer contrato del año.

**ETAPAS PROCESO CONTRACTUAL– Actividad precontractual – Etapa contractual – Etapa Postcontractual**

La actividad precontractual corresponde a la etapa en la cual la entidad realiza la planeación de un proyecto de acuerdo con sus necesidades, analizando, entre otros aspectos, la conveniencia y oportunidad del objeto de contratación y desarrolla el procedimiento de selección del oferente de conformidad con la modalidad de selección aplicable. En otros términos, la etapa precontractual es «el fruto del principio de planeación, postulado que hace exigible que las decisiones que se adopten a lo largo del trámite precontractual sean de carácter motivado, con apoyo en los parámetros y directrices fijadas en el pliego de condiciones». [….]

En lo que respecta a la *etapa contractual*, es necesario resaltar que esta se compone de «a) legalización y perfeccionamiento del contrato, verificación de los requisitos de ejecución del mismo, b) ejecución propiamente dicha y c) terminación» […]

Por último, en relación con la «etapa postcontractual», es preciso resaltar que esta no se encuentra definida en el EGCAP y su desarrollo ha sido eminentemente jurisprudencial y doctrinario. A este respecto, el Consejo de Estado señala que la etapa postcontractual «se compone de la liquidación del contrato y comprende el balance financiero y contable del mismo en donde se hace el corte final de cuentas teniendo como punto de partida su objeto, valor y demás condiciones de este»

**SELECCIÓN DE CONTRATISTA** **– Procedimiento reglado – Etapas – Términos perentorios y preclusivos**

Para adquirir bienes y servicios las entidades deben estructurar un procedimiento de contratación que es reglado, es decir, el procedimiento no es discrecional, y se deben consultar las normas que lo rigen, para determinar la forma que la ley prevé para adelantarlo. Las principales normas son: la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007 ─que, entre otras disposiciones, regula las modalidades de selección para la escogencia del contratista─; y los artículos 2.2.1.1.2.1.1. y siguientes del Decreto 1082 de 2015, que concreta cada modalidad de selección, señalando reglas o pasos a seguir para adjudicar y celebrar el contrato estatal.

El artículo 25 de la Ley 80 de 1993consagra el principio de economía, en virtud del cual, las normas de selección y el pliego de condiciones deben establecer términos perentorios y preclusivos para cada una de las etapas de los procesos de selección, a fin de asegurar la selección objetiva del contratista.

**AUDIENCIA DE ADJUDICACIÓN – Adjudicación del contrato – Obligatoriedad**

Resulta obligatoria en los procesos de licitación pública, por disposición de los artículos 30, numeral 10, de la Ley 80 de 1993 y 9 de la Ley 1150 de 2007, en concordancia con el artículo 273 de la Constitución Política. Según estas disposiciones, la adjudicación se hará de forma obligatoria en audiencia pública, mediante resolución motivada, que se entenderá notificada al proponente favorecido en dicha audiencia. En concordancia, el artículo 2.2.1.2.1.1.2. del Decreto 1082 de 2015 establece que en los procesos de licitación son obligatorias las audiencias de asignación de riesgos y de adjudicación*.* En esta última, la entidad estatal, entre otras reglas a aplicar, puede prescindir de la lectura del borrador del acto administrativo de adjudicación siempre que lo haya publicado en el SECOP con antelación. De este modo, la adjudicación del contrato se realiza durante la audiencia pública de adjudicación y por regla general en esta se deberá dar lectura del acto de adjudicación. Esta diligencia se hará con participación del jefe de la entidad, los servidores públicos que hayan elaborado los estudios y evaluación de las ofertas, los proponentes y demás interesados. De la audiencia se levantará un acta en el que se dejará constancia de las deliberaciones y decisiones de la misma.

**AUDIENCIA DE ADJUDICACIÓN – Licitación pública para seleccionar contratistas de obra pública – Actuaciones**

En el caso de las licitaciones públicas para seleccionar contratistas de obra pública, en la audiencia efectiva de adjudicación, por disposición del inciso final del parágrafo 3º del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, adicionado por el artículo 1 de la Ley 1882 de 2018, se deben llevar a cabo tres actuaciones adicionales a la adjudicación del contrato: *primero*, la entidad debe permitir a los proponentes que realicen observaciones en relación con el informe final de evaluación. *Segundo*, se abre el sobre número dos (2), que contienen la oferta económica y se evalúan las propuestas mediante el método establecido en el pliego de condiciones. Y, *tercero*, a los proponentes habilitados se les corre traslado de la evaluación de las ofertas económicas, solo para la revisión «del aspecto económico», luego de lo cual la entidad debe proceder a establecer el orden de elegibilidad y, finalmente, a adjudicar el contrato estatal. Así las cosas, aunque son tres actuaciones adicionales a la adjudicación, se surten en la misma oportunidad y etapa, esto es, en la *audiencia efectiva de adjudicación*.

**AUDIENCIA DE ADJUDICACIÓN – Adendas – Modificación al cronograma**

El artículo 2.2.1.1.2.2.1 de Decreto 1082 de 2015 dispone que la entidad estatal puede expedir adendas para modificar el cronograma una vez vencido el término para la presentación de las ofertas y antes de la adjudicación del contrato. La interpretación de esta norma supone que pueden dar lugar a la expedición de adendas al cronograma del proceso de selección una vez vencido el plazo para la recepción de ofertas y antes de la adjudicación del contrato, en las que solo se permite modificar los plazos de las etapas siguientes

Esto significa que, en las licitaciones públicas para seleccionar contratistas de obra pública, la entidad podrá expedir adendas para modificar el cronograma antes del inicio de la etapa de la *audiencia efectiva de adjudicación,* en la cual se adjudica el contrato, para modificar los plazos de las siguientes etapas. Por consiguiente, a juicio de esta Agencia no es viable que durante el desarrollo de esta audiencia se realicen modificaciones al cronograma en relación con la adjudicación del contrato, pues esta actuación no es una oportunidad independiente o una etapa siguiente de la *audiencia efectiva de adjudicación,* sino que hace parte de ella.Por demás, debe precisarse que en lo que respecta a la publicación del acto de adjudicación la entidad cuenta con un plazo de 3 días para realizarlo conforme el artículo 2.2.1.1.1.7.1 del Decreto 1082 de 2015.

**LEY DE EMPRENDIMIENTO – Ley 2069 de 2020 – Vigencia**

El 31 de diciembre de 2020 se promulgó la Ley 2069, «Por medio de la cual se impulsa el emprendimiento en Colombia». El artículo 84 dispone que «La presente Ley rige a partir del momento de su promulgación […]», por lo que es obligatoria para sus destinatarios desde esa fecha. Lo anterior, sin perjuicio de la posibilidad de que el gobierno nacional, en ejercicio de la potestad reglamentaria que le confiere el artículo 189, numeral 11, de la Constitución Política expida el decreto correspondiente que permita la cumplida ejecución de esta ley, tal como aconteció con el Decreto 1860 de 2021, al cual se hará referencia más adelante.

**PROMOCIÓN DEL DESARROLLO – Contratación estatal – Ley 2069 – Artículo 34 – Subrogación**

La subrogación es, entonces, una forma de derogación de las normas jurídicas, que consiste en el reemplazo de su contenido por un enunciado normativo nuevo. Se distingue de la derogación simple en que en este último evento la disposición normativa posterior no sustituye el texto, sino que solo le hace perder vigencia a la disposición normativa anterior. Como lo explica la Corte Constitucional, la subrogación puede presentarse bien porque el enunciado normativo regule de manera diferente una materia o porque reproduzca apartados normativos de otra. Pero lo cierto es que, en uno u otro caso, la disposición normativa anterior pierde vigencia.

El artículo 12 de la Ley 1150 de 2007 fue subrogado por el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020, porque este contiene una regulación diferente de la promoción del desarrollo en la contratación estatal. Además, en el primer inciso del artículo 34 de la Ley 2069 de 2020 dispone claramente: «Modifíquese el artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, el cual quedará así». Esto significa que la voluntad del legislador no estuvo dirigida a efectuar una reforma parcial del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, sino a modificarlo completamente, sustituyéndolo por uno nuevo.

**MIPYMES – Ley 2069 – Artículo 34 – Convocatorias limitadas – Vigencia** **– Artículo 2.2.1.2.4.2.2**

[…], además de la pérdida de fuerza ejecutoria del artículo 2.2.1.2.4.2.2 del Decreto 1082 de 2015, por la desaparición de su fundamento de derecho, se advierte una manifiesta oposición entre dicho enunciado normativo y el nuevo contenido del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020. Ante esta contradicción, debe aplicarse la consecuencia jurídica prevista en el artículo 84 de la Ley 2069 de 2020, según la cual esta «deroga […] todas las disposiciones que le sean contrarias». Entonces, además del decaimiento del artículo 2.2.1.2.4.2.2. del Decreto 1082 de 2015, debe entenderse que esta norma está derogada.

Por último, no es válido aducir que los apartados normativos del artículo 2.2.1.2.4.2.2. original del Decreto 1082 de 2015 –antes de la modificación realizada por el Decreto 1860 de 2021– que, en su texto, no sean contrarios a la nueva regulación contenida en el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020 pueden seguirse aplicando. Esta afirmación no es admisible, porque el artículo 34, reiteradamente, señala que el gobierno nacional debe definir las condiciones para la aplicación de las reglas expedidas, que permitan llevar a cabo las convocatorias limitadas a Mipymes, lo cual demuestra la voluntad legislativa de establecer la necesidad de una nueva reglamentación de la materia. En tal sentido, las entidades estatales, los patrimonios autónomos constituidos por estas y los particulares que ejecuten recursos públicos, no pueden adoptar convocatorias limitadas a Mipymes, pues al tenor del artículo 34 de la Ley 2069 de 2020, la eficacia de esta norma quedó condicionada a la expedición del decreto reglamentario que fije las condiciones de su operatividad.

**CONVOCATORIAS LIMITADAS – Decreto 1860 de 2021 – Vigencia**

En desarrollo de la Ley 2069 de 2020 el gobierno nacional expidió el Decreto 1860 del 24 de diciembre de 2021 mediante el cual se reglamentan los artículos 30, 31, 32, 34 y 35 de la Ley 2069 de 2020, en lo relativo al sistema de compras públicas. Concretamente, frente a las convocatorias limitadas a Mipymes del artículo 34, el Decreto definió las condiciones y los montos para la adopción de convocatorias limitadas a Mipyme, las limitaciones territoriales y la acreditación de los requisitos para participar en convocatorias limitadas. Por ello, mediante el artículo 5 se modificaron los artículos 2.2.1.2.4.2.2., 2.2.1.2.4.2.3. y 2.2.1.2.4.2.4. de la Subsección 2 de la Sección 4 del Capítulo 2 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015. Conforme el artículo 8 del Decreto 1860 de 2021, las disposiciones contenidas en dicho decreto se aplicarán a los procedimientos de selección cuya invitación, aviso de convocatoria o documento equivalente se publique a los tres (3) meses contados a partir de su expedición. Por tanto, las convocatorias limitadas a Mipyme establecida en este Decreto deberá ser aplicada a los procedimientos de selección cuya invitación, aviso de convocatoria o documento equivalente se publique con posterioridad al 24 de marzo de 2022.

Así las cosas, actualmente las entidades estatales, los patrimonios autónomos constituidos por estas y los particulares que ejecuten recursos públicos, no pueden adoptar convocatorias limitadas a Mipymes puesto que el artículo 5 de la Ley 1860 de 2021 que modificó el artículo 2.2.1.2.4.2.2 del Decreto 1082 de 2015 entrará en vigencia para los procedimientos de selección cuya invitación, aviso de convocatoria o documento equivalente se publique a partir del 24 de marzo de 2022.

**PRINCIPIO DE ANUALIDAD – Definición**

Las entidades estatales deben sujetarse a los principios que rigen el sistema presupuestal, entre los cuales se encuentra el de anualidad del gasto público. Este principio encuentra fundamento constitucional en el artículo 346 superior que contiene el régimen general del presupuesto de rentas y la ley de apropiaciones, que deberá presentarse al Congreso dentro de los primeros diez días de cada legislatura, elaborarse y aprobarse dentro de un marco de sostenibilidad fiscal y corresponder al Plan Nacional de Desarrollo. De conformidad con la misma norma constitucional, el presupuesto tiene vigencia anual y, por tanto, tienen como finalidad fijar los gastos y las rentas nacionales del Estado para la respectiva vigencia fiscal anual. En armonía con lo anterior, el Estatuto Orgánico del Presupuesto consagra este principio en el artículo 14 consistente en que «Después del 31 de diciembre no podrán asumirse compromisos con cargo a las apropiaciones del año fiscal que se cierra en esa fecha y los saldos de apropiación no afectados por compromisos caducarán sin excepción». Es decir, los gastos previstos en el presupuesto anual se deben ejecutar dentro de una vigencia fiscal comprendida entre el 1 de enero y el 31 de diciembre

**PRINCIPIO DE ANUALIDAD – Excepciones**

Dentro los mecanismos presupuestales que constituyen excepciones al principio de anualidad se identifican i) las vigencias futuras, ii) las cuentas por pagar y iii) las reservas presupuestales. Las *primeras*, de conformidad con el artículo 23 del Estatuto Orgánico del Presupuesto*,* serefieren a la autorización que deben solicitar las entidades para asumir obligaciones que afectarán los presupuestos siguientes a los de la vigencia fiscal en la que inició la ejecución. Las *segundas,* esto es, las cuentas por pagar consisten en obligaciones cumplidas en la vigencia actual, correspondientes a los anticipos pactados en los contratos y a la entrega de bienes y servicios, de las cuales solo se encuentra pendiente el pago de acuerdo con los compromisos presupuestales adquiridos por la entidad. Y las *terceras,* las reservas presupuestales suponen que «Al cierre de la vigencia fiscal cada órgano constituirá las reservas presupuestales con los compromisos que al 31 de diciembre no se hayan cumplido, siempre y cuando estén legalmente contraídos y desarrollen el objeto de la apropiación. Las reservas presupuestales sólo podrán utilizarse para cancelar los compromisos que les dieron origen».

**FIDUCIA MERCANTIL ― Fiducia pública ― Patrimonio autónomo ― Encargo fiduciario ― Diferencias**

El contrato de fiducia mercantil es diferente del contrato de fiducia pública, regulado en el numeral 5º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, pues este último nunca implicará transferencia de dominio sobre bienes o recursos estatales, ni constituirá patrimonio autónomo del propio de la respectiva entidad oficial. En este contexto, la constitución de patrimonios autónomos por parte de entidades estatales solamente puede darse en virtud de una autorización legal, como se explicó, con apoyo en el Consejo de Estado. Respecto de la fiducia pública y el encargo fiduciario, el Consejo de Estado ha precisado que el primero constituye un contrato nuevo y autónomo y el segundo se autoriza solamente para administrar o manejar los recursos vinculados a contratos que las entidades estatales celebren, lo cual se encuentra en consonancia con la disposición según la cual los pagos correspondientes a los contratos celebrados por las entidades para la prestación de los servicios de salud, se pueden hacer mediante encargos fiduciarios y con aquella que establece que los fondos destinados a la cancelación de obligaciones derivadas de contratos estatales pueden ser entregados en administración fiduciaria, como se explicó en el numeral 2.6 de este concepto.

Bogotá, 04 Febrero 2022

****

Señor

**Yeison Rodrigo Castillo Briceño**

Secretario Jurídico y de Contratación

Gobernación del Guanía

Irínida, Guanía

**Concepto C ‒ 744 de 2021**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:** | PRINCIPIO DE PUBLICIDAD – Noción / SECOP – Publicación de documentos – Deber de publicación / DOCUMENTOS DEL PROCESO – Proceso de contratación –Publicación – Plazo de publicación / SECOP II – Medio de publicidad – Plataforma transaccional / PLAN ANUAL DE ADQUISICIONES – Plan de acción / PLAN ANUAL DE ADQUISICIONES – Publicación antes de contratar / ETAPAS PROCESO CONTRACTUAL– Actividad precontractual – Etapa contractual – Etapa Postcontractual / SELECCIÓN DE CONTRATISTA – Procedimiento reglado – Etapas – Términos perentorios y preclusivos / AUDIENCIA DE ADJUDICACIÓN – Adjudicación del contrato – Obligatoriedad / AUDIENCIA DE ADJUDICACIÓN – Licitación pública para seleccionar contratistas de obra pública – Actuaciones / AUDIENCIA DE ADJUDICACIÓN – Adendas – Modificación al cronograma / LEY DE EMPRENDIMIENTO – Ley 2069 de 2020 – Vigencia / PROMOCIÓN DEL DESARROLLO – Contratación estatal – Ley 2069 – Artículo 34 – Subrogación / MIPYMES – Ley 2069 – Artículo 34 – Convocatorias limitadas – Vigencia – Artículo 2.2.1.2.4.2.2 / CONVOCATORIAS LIMITADAS – Decreto 1860 de 2021 – Vigencia / PRINCIPIO DE ANUALIDAD – Definición / PRINCIPIO DE ANUALIDAD – Excepciones / FIDUCIA MERCANTIL ― Fiducia pública ― Patrimonio autónomo ― Encargo fiduciario ― Diferencias |
| **Radicación:** | Respuesta a consulta P20211222011674 |

Estimado señor Castillo:

En ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública ― Colombia Compra Eficiente, responde su consulta del 21 de diciembre de 2021.

1. **Problema planteado**

Usted formula las siguientes preguntas:

«1.De acuerdo con el Art. 2.2.1.1.2.2.1 del decreto 1082/2015 en concordancia con el Art. 30 numeral 5 de la ley 80/1993, la entidad estatal puede expedir adendas para modificar el cronograma una vez vencido el término para la presentación de ofertas (esto es el momento del cierre) **y antes de la adjudicación del contrato** (esto es el acto administrativo unilateral expedido por el ordenador del gasto, mediante el cual selecciona al mejor oferente según criterios establecidos en el pliego de condiciones definitivo, según Art. 9 Ley 1150/2007). Por tanto: **A. ¿La Entidad Pública, dentro de la Audiencia de Apertura de Sobre Económico y Adjudicación, puede expedir y publicar Adenda, para efectos de modificar, corregir o aclarar en el cronograma del proceso, la fecha definitiva para la expedición o publicación del acto administrativo de adjudicación o declaratoria de desierto del proceso contractual? De ser afirmativa la respuesta, dicha Adenda ¿gozaría de plena eficacia jurídica por ser emitida oportunamente, es decir, antes de la adjudicación del contrato?.**

2.Teniendo en cuenta que el Art. de la Iey 1474 de 2011 establece al plan anual de adquisiciones (PAA) como parte del plan de acción, por lo tanto, la entidad estatal puede elaborarlo, aprobarlo y aplicar lo planeado, independiente del plazo que posee para publicar en el SECOP, que vence el 31 de enero, **A. ¿una Entidad Estatal celebrar contratos en el mes de enero sin haber publicado en el SECOP el PAA? B. ¿es viable jurídicamente para la Entidad estatal, realizar estudios previos, celebrar y ejecutar contratos durante el mes de enero con anterioridad al vencimiento del plazo para la publicación del Plan Anual de Adquisiciones en el SECOP? C. ¿La publicación del Plan Anual de Adquisiciones (PAA) en el SECOP, es requisito para su existencia o eficacia, o solo es requerido para su oponibilidad? D. ¿CuáI es la consecuencia de celebrar contratos sin publicar el Plan Anual de Adquisiciones (PAA) en el SECOP a más tardar el 31 de enero? E. Qué alternativa poseen las entidades que no poseen conectividad de internet, para publicar su Plan Anual de Adquisiciones (PAA) antes del 31 de enero? F. ¿Es posible publicar el Plan Anual de Adquisiciones (PAA) con posterioridad al 31 de enero, cuando exista justa causa para no haberlo efectuado dentro del término?**

3**.** Acorde con la normativa del sistema del Sistema de Compra Publica y en especial lo contemplado en el Art. 34 la Iey 2069 de 2020 que modifica el Art. 12 de la Iey 1150 de 2007, de cara a lo expresado en el Art. 2.2.1.2.4.2.2 del Decreto 1082 de 2015 **A. ¿En la actualidad, es posible limitar a MIPYMES los procesos de selección susceptibles de ello? B. Existe actualmente una derogatoria tacita del Art. 2?2.1.2.4.2.2 del Decreto 1082 de 2015 respecto a lo contemplado en el Art. 34 la Iey 2069 de 2020 que modifica el Art. 12 de la Iey 1150 de 2007?**

4. El Art. 2.2.1.1.1.7.1. del Decreto 1082-20 15 que establece: “La Entidad Estatal está obligada a publicar en el SECOP los **Documentos del Proceso** y **los actos** administrativos del Proceso de Contratación, dentro de los tres (3) días siguientes a **su expedición**. La oferta que debe ser publicada es la del adjudicatario del Proceso de Contratación. Los documentos de las operaciones que se realicen en bolsa de productos no tienen que ser publicados en el SECOP”.

De acuerdo con las definiciones del Art. 2.2.1.1.1. .1 del Decreto 1082-2015 los **documentos del proceso** que la entidad debe publicar son taxativos, tal como se proceden a enunciar: **(a)** los estudios y documentos previos; **(b)** el aviso de convocatoria; **(c)** los pliegos de condiciones o la invitación**; (d)** las Adendas; **(e)** la oferta; **(f)** el informe de evaluación; **(g)** el contrato; y cualquier otro documento **expedido por la Entidad Estatal durante el Proceso de Contratación.**

**A. ¿eI termino de tres (3) días para publicación en el Secop, bajo el principio de legalidad, solo es aplicable a los documentos del proceso contenidos en el Art. 2.2.1.1.1.3.1 del Decreto 1082-2015 y cualquier otro documento expedido por la entidad estatal que, en síntesis, son los actos administrativos del Proceso de Contratación?**

**B. ¿se debe entender que cualquier acto unilateral de la entidad que en el proceso de contratación sea expedido es susceptible de ser publicado, dentro de los tres (3) días que expresa la norma en el Art. 2.2.1.1.1.7.1. del Decreto 1082-2015?**

**C.** A la Iuz del sistema de compra pública y del ordenamiento jurídico colombiano **¿eI acta de inicio es un acto administrativo?**

**D.** A la luz del sistema de compra pública y del ordenamiento jurídico colombiano **¿eI acta de liquidación bilateral es un acto administrativo?**

**E**. Bajo el principio de legalidad, los documentos **NO expedidos** por la entidad estatal de forma unilateral, o sea aquellos celebrados de forma bilateral y que no están incluidos en el Art. 2.2.1.1.1.3.1 del Decreto 1082-2015, ¿**Ies es aplicable el término imperativo de los tres (3) días, contenido en Art. 2.2.1.1.1.7.1. del Decreto 1082-2015?**

**F.** Teniendo en cuenta que los documentos originados bajo el acuerdo de voluntades y dado que no derivan de una expedición (propia del acto administrativo, como pronunciar un auto o decreto) sino de una celebración o perfeccionamiento, poseen naturaleza bilateral, un ejemplo son las actas de inicio, que al no estar previstas en la Iey, si pertenecen a la voluntad de las partes para su perfeccionamiento y por ende, al no estar incluidas en el Art. 2.2.1.1.1.3.1 del Decreto 1082-20 15, **¿no deberían estar sujetos a la aplicación del término taxativo del Art. 2.2.1.1.1.7.1. del Decreto 1082-2015, bajo el principio de legalidad?**

**G.** Acorde con el Art. 11 literal (g) de la ley 1712-2014, **¿los documentos del proceso de contratación de naturaleza bilateral deben ser publicados en un término oportuno en garantía del derecho del acceso a la información contenido? De ser así, ¿cuál sería el término oportuno? ¿dependerá este de las condiciones particulares de cada entidad estatal y su acceso a sistemas tecnológicos y de conectividad a internet, teniendo en cuenta que existen lugares aislados y de difícil acceso a plataformas virtuales en el territorio nacional?**

**H. ¿Cuándo es procedente la aplicación analógica de la Iey153 de 1887, respecto de las normas del sistema de compra pública?**

**I.** El Art. 2.2.1.1.1.7.1. del Decreto 1082-2015 es claro e imperativo,sin embargo, **¿habría lugar a una aplicación analógica de la Ley 153 de 1887 de hacer extensivo este término de tres (3) días, a documentos que nacen de una celebración (bilaterales) que no se hallan dentro de los siete (7) documentos del proceso enunciados explícitamente (lit. a - g) del Art. 2.2.1.1.1.3.1 del Decreto 1082-2015 o a aquellos de la ejecución contractual que se rigen bajo normas diferentes al Art. 2.2.1.1.1.7.1. del Decreto 1082-2015?**

**J. ¿Cuáles son las diferencias entre un acto administrativo, un acto administrativo contractual y documentos de naturaleza bilateral?**

**K. Según Ley 80-1993, el acto final del proceso de contratación es la adjudicación o declaratoria de desierto, dentro de la fase precontractual que se rige en su mayoría por actos unilaterales?**

**L.** Según el Art. 141 entre otros de Ley 1437-2011 y lo contemplado en la ley 80-1993, **¿la etapa de ejecución va desde la celebración del contrato hasta la terminación de este, (fase contractual) regida por actos bilaterales y en donde se encuentran algunos de los actos administrativos contractuales?**

**M.** Según el sistema de compra publica, **¿se entiende por fase poscontractual aquella regida desde la liquidación en adelante hasta el rompimiento total del vínculo y cierre del expediente?**

**5.** Acorde con lo contemplado en el Estatuto Orgánico del presupuesto y demás normas concordantes con el estatuto de contratación estatal:

**A. ¿Cuáles son los límites y excepciones en la aplicación del principio de anualidad?**

**B. ¿Puede una entidad pública celebrar contratos en el mes de diciembre, comprometiendo el recurso económico dentro de la vigencia fiscal actual, pero, extendiendo su ejecución más allá del día 31 de dicho mes? De ser afirmativa la respuesta, ¿necesitaría de alguna autorización especial de algún órgano o entidad estatal?**

**C. Acorde con la necesidad de la Entidad Estatal, un contrato de prestación de servicios, cualquiera sea su tipo, puede celebrarse en el mes de diciembre y extenderse su ejecución al año siguiente, con recursos de la vigencia fiscal anterior?**

**D. La Entidad Estatal, puede prorrogar un contrato cuya ejecución haya (SIC) hasta al 31 de diciembre, para continuar en la vigencia anual siguiente? ¿De ser afirmativa la respuesta, necesitaría de alguna autorización especial de algún órgano o entidad estatal?**

**E. La Entidad Estatal, puede adicionar un contrato en el mes de diciembre de la vigencia fiscal actual, para que sea ejecutado durante ese mes y el mes de enero de la vigencia siguiente? ¿De ser afirmativa la respuesta, necesitaría de alguna autorización especial de algún órgano o entidad estatal?**

**F. ¿Qué diferencia hay entre reserva presupuestal, reserva presupuestal de negocio jurídico no perfeccionado del inciso 2 del artículo 8 de la Iey 819/2003, reserva de tramite negocial, reserva de apropiación, reserva de caja, pasivos exigibles por vigencias expiradas, y vigencias futuras?**

**G. ¿Qué diferencia existe entre fiducia y encargo fiduciario en el ámbito presupuestal y en el ámbito la responsabilidad contractual estatal?**»

1. **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-2). 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 del caso particular expuesto por el peticionario– resolverá la consulta conforme a las normas generales en materia de contratación estatal. Con este objetivo se analizarán los siguientes temas: i)publicidad de los documentos del proceso en el Sistema Electrónico de Contratación Pública –SECOP,ii)el Plan Anual de Adquisiciones, iii) las etapas del proceso de contratación actuaciones en la audiencia de adjudicación en la licitación pública para seleccionar contratistas de obra pública, iv) las convocatorias limitadas a Mipyme en el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020, v) el principio de anualidad en la contratación estatal: generalidad y excepciones, y vi)contrato de fiducia mercantil, fiducia pública y encargo fiduciario.

La Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente–, en ejercicio de la función consultiva, se ha pronunciado en múltiples ocasiones sobre el principio de publicidad y acceso a la información pública en la contratación. La postura de la Agencia al respecto, en lo relacionado con las entidades regidas por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública fue unificada en el concepto CU-367 del 23 de julio de 2020, reiterado en los conceptos C−433 de 24 de julio de 2020, C−468 del 24 de julio de 2020, C−474 de 24 de julio de 2020, C−488 del 28 de julio de 2020, C−544 del 21 de agosto de 2020, C−575 del 27 de agosto de 2020, C−643 del 26 de octubre de 2020, C−661 del 17 de noviembre de 2020, C-094 del 13 de abril de 2021, C−068 del 22 de abril de 2021, C-185 del 29 de abril de 2021, en los que se estudiaron temas como los fundamentos normativos de la publicación de documentación contractual en las plataformas SECOP I y SECOP II, el SECOP I como medio de publicidad de las actuaciones contractuales, la naturaleza transaccional y obligatoriedad de SECOP II y los documentos que deben publicarse en estas plataformas.

Además, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente expidió 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.

Es importante destacar que la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se pronunció sobre la nueva regulación de la promoción del desarrollo en la contratación estatal contenida en el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020 en los conceptos C-043 del 09 de febrero de 2021, C-005 del 16 de febrero de 2021, C-081 del 23 de febrero de 2021, C-087 del 23 de febrero de 2021, C-025 del 25 de febrero de 2021, C-037 del 26 de febrero de 2021, C-035 del 02 de marzo de 2021, C-040 del 02 de marzo de 2021, C-044 del 03 de marzo de 2021, C-102 del 25 de marzo de 2021, C-125 del 05 de abril de 2021, C-127 del 06 de abril de 2021, C-130 del 07 de abril de 2021, C-144 del 07 de abril de 2021, C-141 del 08 de abril de 2021, C-114 del 13 de abril de 2021, C−151 del 12 de abril de 2021, C-160 del 20 de abril de 2021, C−189 del 26 de abril de 2021, C-206 del 3 de mayo de 2021, C-208 del 10 de mayo de 2021, C-211 del 11 de mayo de 2021, C-234 del 24 de mayo de 2021, C-271 del 9 de junio de 2021, C-306 del 28 de junio de 2021, C-426 del 18 de agosto de 2021 y C-309 del 24 de agosto de 2021. Las consideraciones de estos conceptos se reiteran a continuación.

**2.1. Publicidad de los Documentos del Proceso en el Sistema Electrónico de Contratación Pública –SECOP–**

**2.1.1. Procedimientos contractuales, publicidad y documentos que deben publicar en el SECOP las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública**

Para la Corte Constitucional el principio de publicidad es la garantía de las personas de conocer las actuaciones judiciales y administrativas y con base en ese conocimiento tener la posibilidad de exigir que se realicen conforme a la ley:

El principio de publicidad se encuentra consagrado en el artículo 209 de la Constitución Política, que señala que la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento entre otros, en el «principio de publicidad», el cual se evidencia en dos dimensiones.

La primera de ellas, como el derecho que tienen las personas directamente involucradas, al conocimiento de las actuaciones judiciales y administrativas, la cual se concreta a través de los mecanismos de comunicación y la segunda, como el reconocimiento del derecho que tiene la comunidad de conocer las actuaciones de las autoridades públicas y, a través de ese conocimiento, a exigir que ellas se surtan conforme a la ley[[2]](#footnote-3).

El principio de publicidad impone a las autoridades administrativas el deber de dar a conocer sus actos, contratos y decisiones, para que se divulguen y eventualmente se controlen las actuaciones. El literal c) del artículo 3 de la Ley 1150 de 2007 establece que el Sistema Electrónico para la Contratación Pública –SECOP– «contará con la información oficial de la contratación realizada con dineros públicos, para lo cual establecerá los patrones a que haya lugar y se encargará de su difusión a través de canales electrónicos»[[3]](#footnote-4).

De otra parte, la Ley 1712 de 2014, por medio de la cual se regula la transparencia el derecho de acceso a la información pública nacional y se dictan otras disposiciones, identifica como principios que orientan el derecho de acceso a la información pública el de máxima publicidad, transparencia en la información y buena fe. El principio de máxima publicidad establece que «toda información en posesión, bajo control o custodia de un sujeto obligado es pública y no podrá ser reservada o limitada sino por disposición constitucional o legal»[[4]](#footnote-5). El principio de transparencia en la información alude al deber de los sujetos de proporcionar y facilitar el acceso a la misma en los términos más amplios posibles, y a través de los medios y procedimientos que establezca la ley.

La ley citada establece, en el literal e) del artículo 9, que los sujetos obligados, que son todas las entidades públicas[[5]](#footnote-6), deben publicar la información relativa a su contratación. Esta obligación fue en principio desarrollada por el Decreto 103 de 2015, actualmente compilado en el Decreto Único Reglamentario 1081 de 2015[[6]](#footnote-7), el cual dispuso que la publicación de la información contractual de los sujetos obligados, que contratan con cargo a recursos públicos, debe hacerse en el Sistema Electrónico de Contratación Pública –SECOP–.

Asimismo, de acuerdo con el literal g) del artículo 11 de la misma Ley, todos los destinatarios de la ley de transparencia deben garantizar la publicidad de «sus procedimientos, lineamientos, políticas en materia de adquisiciones y compras, así como todos los datos de adjudicación y ejecución de contratos, incluidos concursos y licitaciones», y esta información también debe estar en el SECOP.

El deber de publicidad de los documentos expedidos en virtud de la actividad contractual que se desprende del artículo 3 de la Ley 1150 de 2007, se encuentra regulado por el artículo 2.2.1.1.1.7.1. del Decreto 1082 de 2015 el cual establece los documentos que se deben publicar y al SECOP como medio de publicación[[7]](#footnote-8), lo que permite controlar las actuaciones y decisiones de la Administración y el cumplimiento de los demás principios de la contratación pública. Así lo confirma el Consejo de Estado, analizando el principio de publicidad:

En virtud del principio de publicidad: las autoridades deben dar a conocer sus actuaciones y decisiones mediante las comunicaciones, notificaciones o publicaciones que ordena la ley, con el propósito de que sean vinculantes y puedan ser acatadas por sus destinatarios. Publicidad significa anunciar, divulgar, difundir, informar y revelar las decisiones y su motivación para hacerlas saber a quiénes va dirigida, de manera que puedan ser obligatorias, controvertibles y controlables.

En efecto, los posibles oferentes y la comunidad en general deben tener conocimiento o la oportunidad de conocer tanto la convocatoria y reglas del proceso de selección o llamado a la licitación, como los actos y hechos del procedimiento y los participantes de presentar observaciones (art. 24 Nos. 2 y 6 y 30 No. 3 Ley 80 de 1993). La actuación de la administración debe ser abierta al público y a los participantes o concurrentes, quienes, incluso, en el caso de la licitación pueden hacer uso del ejercicio del derecho a la audiencia pública (art. 24 No. 3 ibídem en armonía con el artículo 273 de la Constitución Política).

Este principio-deber también se traduce en el correlativo derecho de los interesados de enterarse de esas actuaciones de la administración, pedir por parte de quien demuestre un interés legítimo información y solicitar las copias de los documentos que la integran, con sujeción a la reserva de ley (art. 23 y 74 de la C.P., No. 4 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, entre otros)[[8]](#footnote-9).

De acuerdo con esto, las entidades deben cumplir con el principio de publicidad respecto de su actividad contractual, lo cual permite a los administrados conocer las actuaciones y participar en el control de estas, siendo el SECOP la herramienta que dispuso el Estado para que las entidades cumplan el principio de publicidad.

Conforme a lo anterior, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, en el concepto de 4 de diciembre de 2019 –4201912000007289–, sostuvo que la disposición del artículo 3 de la Ley 1150 de 2007 debe armonizarse con lo dispuesto por el artículo 2.2.1.1.1.7.1. del Decreto 1082 de 2015 citado. En la disposición mencionada se relacionan los documentos que se deben publicar en el SECOP, como un desarrollo de los principios de transparencia y publicidad, que busca permitir, mediante la publicación, que la ciudadanía pueda conocer la actividad contractual de las entidades. Lo anterior por cuanto tales documentos dan cuenta de las decisiones de la Administración pública en beneficio del interés general y que, por tanto, incumben a la ciudadanía.

Del artículo 3 de la Ley 1150 de 2007 se desprende un deber de publicar las actuaciones contractuales, el cual implica que todas las entidades estatales publiquen los documentos en los que se evidencia el desarrollo de sus procesos de contratación. Esto, comoquiera que el objetivo del deber de dar publicidad a las actuaciones contractuales es materializar el derecho a conocer e intervenir en las decisiones de la Administración Pública.

Ahora bien, las entidades estatales, conforme al artículo 2.2.1.1.1.7.1. del Decreto 1082 de 2015, tienen la obligación de publicar en el SECOP «[…] los Documentos del Proceso y los actos administrativos del Proceso de Contratación, dentro de los tres (3) días siguientes a su expedición […]».

La expresión *Documentos del Proceso* está definida en el artículo 2.2.1.1.1.3.1. del Decreto 1082 de 2015, donde se establece que: «son: (a) los estudios y documentos previos; (b) el aviso de convocatoria; (c) los pliegos de condiciones o la invitación; (d) las adendas; (e) la oferta; (f) el informe de evaluación; (g) el contrato; *y cualquier otro documento expedido por la Entidad Estatal durante el Proceso de Contratación*» (Énfasis fuera de texto).

No obstante, para identificar los documentos que deben publicarse, es necesario realizar una interpretación sistemática de las disposiciones del Decreto 1082 del 2015, comoquiera que el anterior no es un listado taxativo, sino enunciativo, porque además de los documentos enlistados, el artículo 2.2.1.1.1.3.1 Ibídem recoge en la noción de *Documentos del Proceso* «cualquier otro documento expedido por la Entidad Estatal durante el *Proceso de Contratación»*. Este mismo artículo define la expresión *Proceso de Contratación* como el «Conjunto de actos y actividades, y su secuencia, adelantadas por la Entidad Estatal desde la planeación hasta el vencimiento de las garantías de calidad, estabilidad y mantenimiento, o las condiciones de disposición final o recuperación ambiental de las obras o bienes o el vencimiento del plazo, lo que ocurra más tarde».

Nótese que la norma hace referencia a los documentos «expedidos por la entidad estatal» durante el proceso de contratación, excluyendo de la noción de *Documentos del Proceso* los expedidos por un sujeto distinto a la entidad, salvo la oferta, la cual se incluye expresamente en los artículos 2.2.1.1.1.3.1. y 2.2.1.1.1.7.1.

En ese sentido, la interpretación sistemática de los preceptos del Decreto 1082 de 2015, de acuerdo con el principio de publicidad, inicialmente, indica que las entidades estatales tienen la obligación de publicar todos los documentos que expidan con ocasión del *Proceso de Contratación*, esto es, desde la fase de planeación hasta «el vencimiento de las garantías de calidad, estabilidad y mantenimiento, o las condiciones de disposición final o recuperación ambiental de las obras o bienes o el vencimiento del plazo, lo que ocurra más tarde», lo que significa que todos los documentos expedidos por la entidad durante las etapas precontractual, de ejecución y postcontractual deberán ser publicados en SECOP dentro de los tres (3) días siguientes a su expedición, para cumplir el deber de publicidad regulado por el artículo 2.2.1.1.1.7.1. del Decreto 1082 de 2015.

De lo anterior se puede concluir que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 1150 de 2007, desarrollado por el artículo 2.2.1.1.1.7.1. del Decreto 1082 de 2015, las entidades están obligadas a publicar en el SECOP todos los documentos relacionados con el *Proceso de Contratación* expedidos durante las etapas precontractual, de ejecución y postcontractual, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a su producción[[9]](#footnote-10), deber que aplica en todas las modalidades de selección y entidades regidas por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, y del que solo se encuentran excluidas las ofertas que no resultaron adjudicatarias y los documentos expedidos en el marco de operaciones de bolsa de productos, de acuerdo con la regulación especial establecida en el Decreto 1082 de 2015.

No obstante, conforme se estableció *supra*, el deber de publicar los documentos relacionados con la contratación no se encuentra regulado solamente por las normas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, ya que la Ley 1712 de 2014, normativa de la transparencia y del derecho de acceso a la información pública, señala en el literal g) del artículo 11, que todo sujeto obligado debe publicar sus procedimientos, lineamientos, políticas en materia de adquisiciones y compras, así como todos los datos de adjudicación y ejecución de sus contratos. Esta obligación está reglamentada en el Decreto 1081 de 2015. Este señala, en el artículo 2.1.1.2.1.7, que las entidades deberán publicar en el SECOP la información de su gestión contractual, además estableciendo que: «Los sujetos obligados que contratan con cargo a recursos públicos deben publicar la información de su gestión contractual en el plazo previsto en el artículo 19 del Decreto 1510 de 2013, o el que lo modifique, sustituya o adicione», el cual corresponde actualmente al artículo 2.2.1.1.1.7.1.del Decreto 1082 de 2015[[10]](#footnote-11). Por su parte, el artículo 2.1.1.2.1.9 expresa que las entidades deberán publicar los procedimientos, lineamientos y políticas en materia de adquisición, que no son otros que los previstos en el manual de contratación, el cual debe publicarse en el sitio web del sujeto obligado[[11]](#footnote-12). El artículo 2.1.1.2.1.10 establece la obligación que tienen las entidades de publicar en el SECOP el Plan Anual de Adquisiciones[[12]](#footnote-13).

De otro lado, el artículo 2.1.1.2.1.8, establece los efectos de la obligación contenida en el literal g) del artículo 11 de la Ley 1712 de 2014, en relación con los documentos producidos durante la ejecución del contrato, señalando que se deben publicar las aprobaciones, autorizaciones, requerimientos o informes del supervisor o interventor, que prueben la ejecución del contrato[[13]](#footnote-14).

En ese orden, el deber de publicar la actividad contractual de las entidades estatales no solo está regulado en el artículo 3 de la Ley 1150 de 2007, y en el artículo 2.2.1.1.1.7.1. del Decreto 1082 de 2015, sino también en la Ley 1712 de 2014, y en el Decreto 1081 de 2015, normas que no solo refuerzan y complementan al régimen de contratación estatal en cuanto a la publicidad, sino que lo amplían, para incluir la publicación de los «procedimientos» y la información relativa a la «gestión contractual», sin el condicionamiento de tratarse exclusivamente de los *Documentos del Proceso* expedidos por la «entidad estatal».

Las publicaciones que corresponde efectuar a las entidades estatales, como sujetos obligados por la normativa de la transparencia y acceso a la información pública, en particular, en lo referente a la información contractual, antes que una derogación o subrogación del contenido del deber de publicidad regulado por el EGCAP, suponen una ampliación de su alcance, que lo hace trascender de la simple publicación de la información «producida por la entidad estatal» asociada a la noción de *Documentos del Proceso.* Estoen la medida en que, al establecerse la obligación de publicar los «procedimientos» y la «información de la gestión contractual» en el SECOP, se incorporó una visión omnicomprensiva de la actividad contractual que debe publicarse, comoquiera que la noción de procedimiento debe asimilarse a la de *Proceso de Contratación,* lo que implica que la publicación que corresponde a las entidades estatales, como sujetos obligados en el marco de la Ley 1712 de 2014, se extienda a todo el desarrollo del procedimiento, desde la etapa de planeación hasta el vencimiento de las garantías, incluyendo cada actuación que se produzca en ese lapso.

Esto quiere decir que las entidades estatales, además de los documentos y actos administrativos ­­–de trámite o definitivos– que expiden durante los procedimientos de contratación*,* deben publicar los documentos que los impulsan y materializan, incluso los que no produce exclusivamente la entidad, pero que hacen parte del procedimiento. Esto es lo que sucede, por ejemplo, con las observaciones formuladas por la ciudadanía al proyecto de pliego de condiciones, por los proponentes al informe de evaluación, aclaraciones a las ofertas realizadas por los oferentes, y cualquier otra actuación que a pesar de no tener origen en la entidad estatal, ni caber en estricto sentido en lo que se entiende con la expresión *Documento del Proceso,* hace parte de su desarrollo, y que por disposición de la Ley de transparencia y acceso a la información pública, debe publicar la entidad de manera proactiva.

Es importante resaltar que al no existir efectos derogatorios o subrogatorios entre las disposiciones del EGCAP y la normativa de la transparencia y el acceso a la información pública, las disposiciones de ambos regímenes deben ser interpretadas de manera complementaria. Esto significa que a pesar de que los documentos objeto de publicación según el Decreto 1082 de 2015, se encuentren recogidos dentro de los que deben ser publicados conforme a la Ley 1712 de 2014 y el Decreto 1081 de 2015, deberán respetarse los aspectos expresamente regulados en cada norma, como, por ejemplo, el término de publicación y la excepción de publicación de los documentos de las operaciones que se celebren en bolsa de productos, conforme al artículo 2.2.1.1.1.7.1. y 2.2.1.2.1.2.14. del Decreto 1082 de 2015.

De conformidad con lo anterior, esta interpretación de las disposiciones analizadas permite incorporar al EGCAP importantes principios desarrollados por la normativa de la transparencia y acceso a la información pública. Entre estos principios se encuentran el de máxima publicidad para un titular universal[[14]](#footnote-15), transparencia, facilitación y divulgación proactiva de la información[[15]](#footnote-16). Lo anterior en la medida en que, al ampliarse la actividad contractual sobre la que recae el deber de publicación, se divulga un mayor volumen de información, que de por sí es pública, mediante un mecanismo como el SECOP. Esta plataforma facilita el acceso a la misma desde cualquier dispositivo con acceso a internet. De este modo, garantiza mayor transparencia, al obligarse a las entidades estatales a publicar sus actuaciones de manera proactiva y rutinaria. Ello permite que la ciudadanía conozca con detalle y actualidad el desarrollo de la gestión contractual de la Administración, fomentándose en la contratación pública estándares altos de transparencia.

En conclusión, con base en los fundamentos normativos y argumentos expuestos, además del Plan Anual de Adquisiciones, las entidades estatales regidas por el EGCAP deberán publicar en SECOP, entre otros, los siguientes documentos expedidos con ocasión del *proceso de contratación*: i) el estudio de oportunidad y conveniencia; ii)los estudios y documentos previos –técnicos o no–; iii) el aviso de convocatoria; iv) el proyecto de pliego de condiciones y las observaciones que le formulen; v) el pliego de condiciones o la invitación, así como las observaciones que se les realicen; vi) las actas de la audiencia de asignación de riesgos; vii) el acta de cierre del plazo para presentar ofertas; viii) las adendas; ix) en procesos cuya publicación deba realizarse en SECOP I, la oferta del adjudicatario y las aclaraciones que se le realicen; x) el informe de precalificación y las observaciones que se formulen; xi) el informe de evaluación y las observaciones que se formulen; xii) las respuestas a las observaciones; xiii) el contrato y los otrosíes o modificaciones; xiv) el acta de inicio; xv) las garantías; xvi) el acta de liquidación; xvii) los actos administrativos expedidos con ocasión del procedimiento de selección o la ejecución del contrato, como las resoluciones de apertura, de adjudicación, las que se impongan multas, la cláusula penal o declaren la caducidad del contrato o la liquidación unilateral; xviii) los documentos de los procesos por incumplimiento contractual que se lleven a cabo conforme al artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, como la citación, las pruebas que se practiquen, la resolución que resuelve la actuación y demás documentos que se produzcan; ix) las reclamaciones que presenten las partes y las respuestas que se expidan a las mismas; xx) las actas de entrega o recibo, xxi) los informes de supervisión y/o interventoría; xxii) en cuanto a la ejecución, de conformidad con el artículo 2.1.1.2.1.8 de Decreto 1081 de 2015, deberán publicarse las aprobaciones, autorizaciones, requerimientos o informes del supervisor o del interventor, que prueben la ejecución del contrato; y xxiii) en general, cualquier otro documento producido o expedido con ocasión del *Proceso de Contratación*, aunque se trate de actos bilaterales, como el contrato o una modificación del mismo, con excepción de los que pertenecen al marco de operaciones de bolsa de productos, expresamente excluidos de publicación por el artículo 2.2.1.1.1.7.1. y 2.2.1.2.1.2.14. del Decreto 1082 de 2015.

En este sentido, todos los actos administrativos o documentos que se produzcan con ocasión del proceso contractual deben publicarse dentro de los tres (3) días siguientes a su expedición, con independencia que sean expedidos unilateralmente por la entidad contratante o que sean documentos suscritos por las partes. En este contexto, debe tenerse en cuenta que el acto administrativo ha sido definido como «una manifestación de voluntad, mejor se diría de la intención, ya que ésta supone aquella, en virtud de la cual se dispone, se decide, se resuelve una situación o una cuestión jurídica, para como consecuencia crear, modificar o extinguir una relación de derecho»[[16]](#footnote-17). Por lo tanto, el acto administrativo es una manifestación unilateral de la administración tendiente a producir efectos jurídicos.

De este modo, los actos administrativos contractuales son aquellos que expide la administración en desarrollo de la actividad contractual; y los documentos que se originan durante la ejecución del contrato suscritos por el contratante y contratista no son actos administrativos, pues no son manifestaciones *unilaterales* de voluntad, dado su carácter bilateral, al ser producidos por las partes, de manera que hacen parte de los documentos del contrato. Sin embargo, para efectos de la publicidad de los documentos en el SECOP esta distinción es indiferente, en la medida que, como se indicó, deben publicarse en el SECOP todos los documentos expedidos por la entidad durante las etapas precontractual, de ejecución y postcontractual, así como cualquier documento producido o expedido con ocasión del Proceso de Contratación, aunque se trate de actos bilaterales, como el contrato o sus modificaciones. Por ello, tanto el acta de inicio, en caso de que las partes acuerden la suscripción de este documento para dar inicio formal a la ejecución del contrato, al igual que la liquidación bilateral son documentos del contrato que, aunque no tengan el carácter de acto administrativo en la medida en que no son una manifestación unilateral de la administración, sino un acuerdo de voluntades, deben ser publicados en el SECOP de acuerdo con el marco normativo expuesto.

Sin perjuicio de lo anterior, no debe perderse de vista que en virtud del principio de transparencia, específicamente por cuenta de lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993[[17]](#footnote-18), así como por el principio de máxima publicidad establecido en el artículo 2 de la Ley 1712 de 2014[[18]](#footnote-19), el contenido del expediente en el que reposa la actuación es información pública, independientemente de si se trata de documentos que deban ser publicados en SECOP, razón por la que pueden ser objeto de solicitud de copias, en ejercicio del derecho de petición, en cualquier momento del proceso de selección, en la medida en que las normas señaladas no imponen ningún condicionamiento, así que podrá solicitarlas cualquier persona que manifieste interés, dentro de lo que cabe la vigilancia de la contratación pública, cuestión que podría interesar a cualquier ciudadano[[19]](#footnote-20). Esta posibilidad solo se encuentra limitada respecto de la documentación que tenga la calidad de reservada[[20]](#footnote-21), que deberá someterse al tratamiento establecido en el artículo 36 del CPACA, en lo relativo a la formación de cuadernos separados[[21]](#footnote-22).

**2.1.2. SECOP II como herramienta para la gestión contractual, su despliegue y utilización como plataforma electrónica transaccional**

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente tiene como función administrar el SECOP[[22]](#footnote-23), por lo cual se desarrolló la primera versión de la plataforma –SECOP I ̶ , que solo funciona como medio de publicidad, es decir, no es transaccional, lo que significa que el procedimiento contractual ocurre fuera de la plataforma y a través de un expediente físico en la entidad, pero las actuaciones y los documentos se convierten en electrónicos para ser cargados a la plataforma por quien tenga la función dentro de la entidad, de acuerdo con su organización interna.

El SECOP II es una plataforma transaccional, que permite gestionar en línea todos los procedimientos de contratación, con cuentas y usuarios asociados a estas, para las entidades y los proveedores, y vista pública para cualquier interesado en hacer seguimiento a la contratación pública. Desde sus cuentas, las entidades crean, evalúan y adjudican procedimientos de contratación, y gestionan la fase de ejecución del contrato. Los proveedores pueden hacer comentarios a los documentos del procedimiento, presentar ofertas y seguir el procedimiento de selección en línea.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente realizó el despliegue de SECOP II a nivel territorial en el 2018 y 2019, por lo cual se expidió la Circular Externa No. 1 de 2019, sobre la obligatoriedad del uso del SECOP II en el 2021, que dispone: «A partir del 1 de enero de 2020, todos los procesos de contratación de las entidades relacionadas en el Anexo 1 de esta circular deberán gestionarse, exclusivamente, en el SECOP ll», la cual se modificó parcialmente, mediante la Circular Externa No. 3 de 2020. Finalmente, esta Agencia expidió la Circular Externa No. 1 de 2021, «[…] con el fin de dar directrices sobre la obligatoriedad del uso del SECOP II en 2021».

Con anterioridad a estas circulares se expidieron la Circular Externa No. 1 de 2013, que regula la publicación en SECOP I de las entidades que contratan con cargo a recursos públicos, y la Circular Externa No. 20 de 2015, que reguló la publicidad de la actividad contractual de las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta y las empresas de servicios públicos domiciliarios que en su actividad comercial están en situación de competencia.

El SECOP II, entonces, empezó a ser de uso obligatorio solo para las entidades mencionadas en el Anexo 1 de la Circular Externa No. 1 de 2019, y por ende el SECOP I cumple únicamente la función de repositorio de información. Este plazo fue prorrogado por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, mediante la Circular Externa No. 2 de 2019. No obstante, mediante el Anexo 1 de la Circular Externa No. 1 de 2021 se modificó la obligatoriedad del uso del SECOP II.

En consecuencia, las alcaldías capitales de departamento, Administración central y los departamentos (Administración central) y demás entidades establecidas en el Anexo 1 gestionarán todos sus procesos de contratación, exclusivamente en el SECOP ll, en 4 etapas en las que se determinan en cada una de ellas las entidades que deberán ingresar con uso obligatorio, a partir del 1º de enero, el 1º de abril, el 1º de julio y el 1º de octubre del 2021.

Es del caso precisar que la obligación de realizar procesos de contratación a través de la plataforma SECOP II está asociada a la inclusión de las entidades estatales en los anexos de las referidas circulares, por lo que tratándose de entidades respecto de las cuales la Circular Externa No. 1 de 2021 definió el uso obligatorio de la plataforma, no siendo exceptuadas en circulares subsiguientes, deberán hacer uso de la plataforma. En ese sentido, las entidades estatales incluidas en el Anexo 1 de la Circular Externa No. 1 de 2021, deben cumplir con el deber de evidenciar la actividad contractual con la publicación de los *Documentos del Proceso,* los actos administrativos y demás documentos expedidos con ocasión del *Proceso de Contratación* en el SECOP II.

Sobre la utilización de SECOP II, es necesario aclarar que el procedimiento contractual se desarrolla en línea y dentro de la plataforma, conformándose un expediente electrónico, lo cual denota una diferencia con el SECOP I, donde el procedimiento es físico, esto es, con documentos escritos y físicos que se publican para cumplir las obligaciones de las entidades antes señaladas conforme al artículo 2.2.1.1.1.7.1 del Decreto 1082 de 2015. Al existir esa diferencia entre las dos versiones del SECOP, el cumplimiento del deber de publicidad de las actuaciones contractuales en SECOP II tiene ciertas particularidades respecto de lo precisado en el acápite anterior sobre la publicación en SECOP I.

Si bien los documentosque deben publicarse en el SECOP II, corresponden a los mismos antes identificados que deben publicarse en el SECOP I, esto es, todos los expedidos con ocasión el *Proceso de Contratación* con excepción de los expresamente excluidos, la naturaleza transaccional del SECOP II implica que los procesos contractuales no solo deban ser publicados mediante esta plataforma, sino también gestionados a través de ella, al consistir la mayoría de los hitos contractuales en documentos y actuaciones electrónicas generadas en tiempo real, de tal manera que el proceso contractual avanza en la medida en la que se generen y aprueben estos documentos y actuaciones electrónicas en la plataforma. Esto a diferencia de los procesos publicados en el SECOP I, en los que primero se generan los documentos escritos y luego se publican en la plataforma dentro del plazo de tres (3) días previsto en el artículo 2.2.1.1.1.7.1 del Decreto 1082 de 2015. Esto significa que, el término de tres (3) días para publicar, en la práctica, no opera en las actuaciones generadas de manera electrónica dentro de los procedimientos gestionados a través de SECOP II, comoquiera que tales documentos son creados o expedidos mediante la propia plataforma, razón por la que una vez estos se aprueban quedan inmediatamente publicados, sin que transcurra el referido término.

En ese orden, el carácter transaccional de SECOP II, como herramienta que permite no solo publicar sino también gestionar y crear *Documentos del Proceso,* de manera electrónica al interior de la plataforma, implica que el deber de publicidad respecto de estas actuaciones se cumpla de manera distinta a como sucede en SECOP I, donde los documentos contractuales se expiden primero en un medio físico que posteriormente es cargado en la plataforma.

Sin perjuicio de lo anterior, existen actuaciones que por su naturaleza no son generadas al interior de SECOP II, como por ejemplo los actos administrativos de apertura o el de adjudicación, así como otras actuaciones que, en primer lugar, se producen por fuera de la plataforma, pero que al no estar exceptuadas del deber de publicidad deben ser posteriormente publicadas en SECOP II. Tales actuaciones deberán ser publicadas dentro del término de tres (3) días hábiles previsto en el artículo 2.2.1.1.1.7.1 del Decreto 1082 de 2015.

**2.2 Plan Anual de Adquisiciones**

**2.2.1. Expedición, publicación y actualización del plan anual de adquisiciones**

Estudiar el régimen de expedición, publicación y actualización 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 y 2.2.1.1.1.4.4 del Decreto 1082 de 2015. El primero de estos artículos 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 alude a los siguientes aspectos: i) la necesidad; ii) la identificación en el clasificador si la entidad conoce el bien, obra o servicio que satisface la necesidad; 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.

Nótese cómo la norma referida establece la obligación de enunciar la información de manera indicativa, mas 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 va a 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»[[23]](#footnote-24).

La segunda disposición relevante –esto es, el artículo 2.2.1.1.1.4.3 del Decreto 1082 de 2015–establece el deber de las entidades públicas de dar publicidad al 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 adquisiciones. De esta manera, la norma faculta a la Administración para realizar cambios y modificaciones a este documento, por lo que no es un documento rígido que vincule la contratación; sino que, por el contrario, se trata de un instrumento de planificación que orienta y da un referente a la entidad de las necesidades de bienes, obras y servicio que debe contratar para la respectiva anualidad, que además puede actualizarse.

La tercera norma mencionada, el artículo 2.2.1.1.1.4.4. del Decreto 1082 de 2015, en el inciso primero, 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.

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; lo que, a su vez, impulsa el deber de planeación de las entidades estatales al enfrentarlas a dicha obligación, pues deberán considerar si su planificación se mantiene y qué modificaciones deben realizar.

El inciso 2 del artículo citado estableció cuatro (4) eventos en los que procede la actualización del plan anual de adquisiciones: i) 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; y iv) modificar el presupuesto anual de adquisiciones. El inciso citado solo estableció los eventos en los que debe 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, puede modificarse.

De acuerdo a lo anterior, 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, basta con que la entidad identifique la necesidad contractual para que incluirlo en el listado.

**2.2.2. Deber de publicar el Plan Anual de Adquisiciones**

El artículo 74 de la Ley 1474[[24]](#footnote-25) establece, que «todas las entidades del Estado» deben publicar, a más tardar el 31 de enero de cada año, en su respectiva página web, el plan de acción, en el cual se incluye el plan general de compras. El plan general de compras para el ordenamiento vigente corresponde con el concepto de plan anual de adquisiciones como lo establece el artículo 2.2.1.1.1.3.1. del Decreto 1082 de 2015[[25]](#footnote-26).

El fundamento reglamentario de la obligación de publicar el Plan anual de Adquisiciones, de las entidades regidas por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, **se encuentra en el artículo 2.2.1.1.1.4.3 del Decreto 1082 de 2015,** el cual establece que: «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». A tales efectos, la Agencia Nacional de Contratación Pública expidió la «*Guía para elaborar el Plan Anual de Adquisiciones»,* en la que respecto de la publicación del Plan Anual de Adquisiciones se establece que: «El Plan Anual de Adquisiciones debe publicarse antes del 31 de enero de cada año y actualizarse por lo menos una vez al año».

El régimen de la transparencia y acceso a la información también contiene disposiciones relevantes para el deber de publicidad del Plan Anual de Adquisiciones. Al respecto, la Ley 1712 de 2014, en su artículo 9, literal e), prescribe que todo sujeto obligado deberá publicar, en los sistemas de información del Estado o herramientas que lo sustituyan, su respectivo plan de compras anual[[26]](#footnote-27). Para determinar quiénes tienen la calidad de sujetos obligados, y en consecuencia la obligación de publicar el Plan Anual de Adquisiciones, es necesario remitirse al artículo 5 de la Ley 1712 de 2014[[27]](#footnote-28).

Dicha norma contiene un listado que abarca determinadas circunstancias en función de las cuales se determina quién es un sujeto obligado. Estas son predicables de cualquier entidad, órgano, organismo, o persona natural que desempeñe funciones públicas o administre recursos públicos. De hecho, esta Agencia ha aclarado, en relación con el Plan Anual de Adquisiciones, que se encuentran obligadas todas las entidades del Estado sin importar la rama a la cual pertenecen, o si se trata de entidades descentralizadas territorialmente o por servicios. También están incluidos todos los órganos con competencia para contratar, como los concejos municipales. Adicionalmente, también se ha aclarado que son sujetos obligados las empresas públicas, las empresas del Estado y las sociedades en las que el Estado tenga participación, sin que importe su monto. Esta obligación de origen legal tiene desarrollo reglamentario en el Decreto 103 de 2015, compilado por el Decreto 1081 de 2015, cuyo artículo 2.1.1.2.1.10 prescribe:

Artículo 2.1.1.2.1.10. Publicación del Plan Anual de Adquisiciones. Los sujetos obligados que contratan con cargo a recursos públicos deben publicar en su página web y en el Secop el Plan Anual de Adquisiciones, de acuerdo con lo previsto en el artículo 74 de la Ley 1474 de 2011, el literal e) del artículo 9° de la Ley 1712 de 2014 y el Decreto 1510 de 2013, o el que lo modifique, sustituya o adicione.

Los sujetos obligados que no contratan con cargo a recursos públicos no están obligados a publicar su Plan Anual de Adquisiciones.

Los sujetos obligados que contratan con cargo a recursos públicos y recursos privados, deben publicar en su página web y en el Secop el Plan Anual de Adquisiciones para los recursos de carácter público que ejecutarán en el año.

Se entenderá como definición de Plan Anual de Adquisiciones respecto a todos los sujetos obligados que contratan con recursos públicos, la prevista en el artículo 3° del Decreto 1510 de 2013, o el que lo modifique, sustituya o adicione.

El artículo citado dispone que los sujetos obligados que contraten con cargo a recursos públicos tienen la obligación de publicar el plan anual de adquisiciones en el SECOP. Los sujetos que no contratan con cargo a recursos públicos no están obligados a publicarlo, mientras que aquellos que contratan tanto con cargo a recursos públicos como recursos que no tienen esta naturaleza, solamente están obligados a publicar el plan anual de adquisiciones para los recursos de carácter público que se ejecutarán durante la vigencia fiscal.

En tales términos, la publicación del Plan Anual de Adquisiciones no solo es una obligación de las entidades regidas por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, sino también de los obligados en el marco de la Ley 1712 de 2014, que contraten con cargo a recursos públicos. Dichas normas no prevén una consecuencia jurídica directa de la no publicación del plan, ni atribuyen a alguna autoridad en concreto el deber de hacer un seguimiento. No obstante, ello no desvirtúa el carácter de deber legal en el que consiste la obligación de publicar del plan, por lo que su desatención, eventualmente, podría ser considerada como un hecho relevante en el marco del régimen disciplinario y/o de responsabilidad fiscal, acarreando posibles sanciones para el servidor público responsable, que no son objeto de estudio del presente concepto por ser un asunto ajeno a la competencia consultiva de esta Agencia.

**2.2.3 Vigencia del plan anual de adquisiciones: publicación como presupuesto de la gestión contractual**

Como se ha indicado, el artículo 74 de la Ley 1474 de 2011 señala que las entidades deben publicar el plan de acción «para el año siguiente» a más tardar a 31 de enero de cada año. El concepto de plan de acción incluye el plan general de compras y este, a su vez, equivale al plan anual de adquisiciones. La norma citada establece un plazo máximo para la publicación del plan anual de adquisiciones, pero no un término para su vigencia. La norma señala que se debe publicar el «Plan de Acción para el año siguiente». Sin embargo, esta disposición puede entenderse de dos maneras diferentes.

La primera interpretación posible es que el plan anual de adquisiciones debe incluir las compras desde el día de su publicación y hasta la publicación del siguiente plan. Con ello, si se publica el día 31 de enero, la fecha límite establecida por la Ley, «el año siguiente», iría hasta el 31 de enero del año siguiente. Esta interpretación concuerda con el inciso segundo del artículo 67 del Código Civil según el cual: «El primero y último día de un plazo de meses o años deberán tener un mismo número en los respectivos meses. El plazo de un mes podrá ser, por consiguiente, de 28, 29, 30 o 31 días, y el plazo de un año de 365 o 366 días, según los casos». En esta medida, la vigencia terminaría el 31 de enero del año siguiente.

La segunda interpretación posible es que el plan anual de adquisiciones está vigente desde el día de su publicación y hasta la finalización del año en curso, esto es, hasta el 31 de diciembre. Esta interpretación se soporta en el artículo 2.2.1.1.1.4.1. del Decreto 1082 de 2015 que señala que el plan debe contener los bienes, obras y servicios que las entidades «pretenden adquirir durante el año». En este contexto el vocablo «durante el año» no sería un plazo de un año contado a partir de la publicación, sino un límite para su vigencia: la finalización del año en curso. En ese orden de ideas, si el plan se publicara en la fecha límite para cumplir la obligación legal, ese documento tendría vigencia desde el 31 de enero al 31 de diciembre del mismo año.

Para la Subdirección, la segunda interpretación del artículo 74 de la Ley 1474 de 2011 es la que mejor se adecúa al espíritu de las normas y se armoniza con el contenido del plan anual de adquisiciones. En este punto, vale la pena recordar que en el plan se debe indicar «el tipo de recursos con cargo a los cuales la Entidad Estatal pagará» los bienes, obras o servicios a contratar. Habida consideración del principio de anualidad del presupuesto, resulta más lógico entender que se debe incluir «la lista de bienes, obras y servicios» que se pretenden adquirir hasta el 31 de diciembre. De lo contrario, se exigiría a la entidad incluir en el plan contratos que se harán con cargo a recursos de un presupuesto que aún no existe. Dicho lo anterior, es posible concluir que el plan anual de adquisiciones está vigente desde el día de su publicación y hasta el 31 de diciembre del año correspondiente y, por lo tanto, el plan debe contener la lista de todos los bienes, obras y servicios que se pretenden adquirir durante ese periodo.

Lo anterior no obsta para que la publicación del plan anual de adquisiciones sea obligatoria antes de la celebración de cualquier contrato por parte de las entidades estatales. Conforme al artículo 74 de la Ley 1474 de 2011, las entidades elaboran el plan anual de adquisiciones *para el año siguiente*. En esta medida, considerando que el artículo 2.2.1.1.1.4.1 del Decreto 1082 de 2015 dispone que este documento «[…] debe contener la lista de bienes, obras y servicios que pretenden adquirir *durante el año*» (énfasis fuera de texto), la celebración de contratos supone que estas necesidades deben estar previamente determinadas en el plan anual, el cual deberá publicarse para que la entidad inicie con la gestión contractual durante la vigencia fiscal. De hecho, si se celebran contratos antes de publicar el plan, se llegaría al absurdo de no publicar en él todos los bienes, obras o servicios que se pretenden adquirir durante su vigencia.

Reiterando las consideraciones del Concepto Unificado CU-348 del 3 de julio de 2020 de esta Agencia, la lógica de un instrumento de planeación como el plan anual de adquisiciones es, de un lado, permitir a la entidad estimar los bienes, obras y servicios a adquirir, y del otro permitir a los potenciales oferentes conocer las contrataciones que se realizarán. Planear, por definición, implica preparar o trazar actuaciones para el futuro, es decir, no es posible planear hacia el pasado. Por lo mismo, carece de sentido que el instrumento de planeación en materia de compras y contratación se elabore y publique con posterioridad a la celebración de algunos contratos, pues si se publicara el 31 de enero, es decir, en el término máximo previsto por la ley, los contratos celebrados durante el primer mes del año no entrarían en el plan de adquisiciones y no sería posible incluirlos de manera posterior.

En ese orden de ideas, el plan anual de adquisiciones debe elaborarse y publicarse antes de la celebración de cualquier contrato estatal, pues solo esta interpretación de la norma permite que se materialicen verdaderamente las finalidades de este instrumento de planeación en el ordenamiento colombiano. Las entidades del Estado tienen la posibilidad de publicar el plan anual de adquisiciones hasta el 31 de enero del año en curso. Pese a ello, dicha publicación debe anteceder a la celebración del primer contrato del año.

**2.3. Etapas del proceso de contratación y actuaciones en la audiencia de adjudicación** **en la licitación pública** **para seleccionar contratistas de obra pública**

De conformidad con el artículo el 2.2.1.1.1.3.1. del Decreto 1082 de 2015 el *Proceso de Contratación* es el «Conjunto de actos y actividades, y su secuencia, adelantadas por la Entidad Estatal desde la planeación hasta el vencimiento de las garantías de calidad, estabilidad y mantenimiento, o las condiciones de disposición final o recuperación ambiental de las obras o bienes o el vencimiento del plazo, lo que ocurra más tarde». En este sentido, durante el proceso de contratación se surten diferentes etapas que van desde la planeación y el procedimiento de selección, hasta la formación del contrato, su ejecución, terminación y liquidación.

Bajo este contexto, para efectos de responder la consulta planteada, es preciso analizar: i) las diferentes fases de la actividad precontractual del procedimiento de selección de la licitación pública, identificando, particularmente, las actuaciones que se desarrollan en la audiencia efectiva de adjudicación en la licitación pública para seleccionar contratistas de obra pública y el acto final para esta modalidad de selección. Asimismo, se revisarán los aspectos que comprende ii) la etapa contractual y iii) la «etapa postcontractual».

i) La actividad precontractual corresponde a la etapa en la cual la entidad realiza la planeación de un proyecto de acuerdo con sus necesidades, analizando, entre otros aspectos, la conveniencia y oportunidad del objeto de contratación y desarrolla el procedimiento de selección del oferente de conformidad con la modalidad de selección aplicable[[28]](#footnote-29). En otros términos, la etapa precontractual es «el fruto del principio de planeación, postulado que hace exigible que las decisiones que se adopten a lo largo del trámite precontractual sean de carácter motivado, con apoyo en los parámetros y directrices fijadas en el pliego de condiciones»[[29]](#footnote-30). De este modo, para adquirir bienes y servicios las entidades deben estructurar un procedimiento de contratación que es reglado, es decir, el procedimiento no es discrecional, y se deben consultar las normas que lo rigen, para determinar la forma que la ley prevé para adelantarlo. Las principales normas son: la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007 ─que, entre otras disposiciones, regula las modalidades de selección para la escogencia del contratista─; y los artículos 2.2.1.1.2.1.1. y siguientes del Decreto 1082 de 2015, que concreta cada modalidad de selección, señalando reglas o pasos a seguir para adjudicar y celebrar el contrato estatal.

El artículo 25 de la Ley 80 de 1993[[30]](#footnote-31) consagra el principio de economía, en virtud del cual, las normas de selección y el pliego de condiciones deben establecer términos perentorios y preclusivos para cada una de las etapas de los procesos de selección, a fin de asegurar la selección objetiva del contratista. Puede decirse, entonces, que la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado debe gestionarse, por un lado, dentro de las etapas del proceso contractual, lo cual variará dependiendo de la modalidad de selección de contratistas y, en cierta medida, del objeto del contrato a suscribir; y, por el otro, dentro de los términos establecidos para cada una de esas etapas, bien por la ley, el reglamento o el definido por la entidad contratante.

En lo que tiene que ver con la licitación pública, procedimiento que constituye la «regla general» para la selección de los contratistas del Estado, el artículo 30 de la Ley 80 de 1993 estableció la estructura del proceso y fijó sus etapas. De la norma es posible diferenciar entre la etapa de planeación o preparatoria y la licitación en estricto sentido. El numeral 1 del artículo referido establece dos momentos del procedimiento de licitación, que, aunque diferenciables, concurren en una misma etapa: de un lado, uno relacionado con la planeación, al establecer que la entidad, previo al inicio del procedimiento de selección, debe elaborar los estudios previos que justificarán técnica y jurídicamente la contratación, en la forma prevista en el numeral 12 del artículo 25 de esa ley y en el artículo 2.2.1.1.2.1.1. del Decreto 1082 de 2015; y del otro, el inicio del procedimiento de licitación pública propiamente dicho, que inicia con el acto de apertura. Asimismo, el numeral 2 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 establece la obligación de elaborar un pliego de condiciones, en los términos del numeral 5 del artículo 24 de la misma ley y del artículo 2.2.1.1.2.1.3. del Decreto 1082 de 2015.

Por su parte, el numeral 3 señala que dentro de los 10 o 20 días calendario antes de la apertura de la licitación, la entidad debe publicar hasta 3 avisos para invitar a participar en el proceso de licitación. Los avisos deberán publicarse con intervalos de 2 a 5 días calendario entre cada uno, en la página web de la entidad y en el SECOP; en defecto de los mecanismos anteriores, en los pequeños poblados, esta publicación debe realizarse por bando o en los principales lugares públicos, por un término de 7 días calendario, uno de los cuales será en el «día de mercado» de la respectiva población. Además, se debe publicar otro aviso que contendrá la información señalada en el artículo 2.2.1.1.2.1.2. del Decreto 1082 de 2015, esto es, el «aviso de convocatoria».

De igual manera, debe elaborarse el proyecto de pliego de condiciones con base en el contenido de los documentos y estudios previos que, con anterioridad, estructuró la entidad para justificar la necesidad de la contratación. Los requisitos del pliego se encuentran en el artículo 2.2.1.1.2.1.3. del Decreto 1082 de 2015. Este documento debe publicarse en el SECOP conjuntamente con los estudios y documentos previos, por no menos de 10 días hábiles anteriores a la apertura del proceso de licitación –artículos 8 de la Ley 1150 de 2007 y 2.2.1.1.2.1.4. del Decreto 1082 de 2015–.

En armonía con lo anterior, los artículos 2.2.1.1.1.7.1. y 2.2.1.1.2.1.4. del Decreto 1082 de 2015 establecen otra actuación, la de las observaciones al proyecto de pliego de condiciones, que consiste en que, dentro del término de publicación del proyecto de pliego, los interesados en la contratación podrán presentar aclaraciones, comentarios u observaciones respecto de su contenido. Además, conforme a los plazos establecidos en el cronograma del proceso contenido en el «aviso de convocatoria» y en el «proyecto de pliego de condiciones», la entidad debe responder, de forma motivada, cada una de las observaciones y publicarlas en el SECOP. Posteriormente, la entidad ajustará el pliego de condiciones, de ser procedente, tomando en cuenta, en lo pertinente, las aclaraciones que fueron solicitadas por los interesados y las observaciones. Debe tenerse en cuenta que las respuestas a dichas observaciones se integran al pliego de condiciones, en tanto precisan su alcance y constituyen una fuente interpretativa.

El artículo 30.1 de la Ley 80 establece que el jefe o representante de la entidad ordenará la apertura mediante un acto administrativo, en la forma prevista en el artículo 2.2.1.1.2.1.5. del Decreto 1082 de 2015, y deberá expedirse el pliego de condiciones definitivo. Con este acto de apertura inicia la etapa de licitación propiamente dicha, en la que los interesados podrán presentar ofertas. Esta etapa fue denominada por el legislador como *plazo de licitación,* y alude a la oportunidad que tienen los proponentes para presentar ofertas. Este plazo, según el numeral 5 del inciso del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, se computa desde la fecha a partir de la cual se pueden presentar propuestas y hasta la de su cierre, según lo defina el pliego de condiciones.

Así las cosas, la entidad pública es quien define el término con que contarán los oferentes para preparar y presentar sus ofertas, que deberá, en todo caso, responder a la naturaleza, objeto y cuantía del contrato, toda vez que el ordenamiento jurídico no establece un término específico. Además, los numerales 4 y 5 de la noma facultan a la entidad para prorrogar discrecionalmente este término, pues, de un lado, el numeral 4 permite a la entidad prorrogar este plazo hasta por 6 días hábiles, cuando de la audiencia de que trata este numeral el jefe de la entidad expida las modificaciones a los pliegos, y considere conveniente ampliar el término; y de otro, el numeral 5 prevé que antes de su vencimiento, y cuando la entidad interesada lo estime conveniente, podrá prorrogarlo por un término no superior a la mitad del inicialmente fijado, aunque en todo caso no podrán expedirse *adendas* dentro de los 3 días anteriores al cierre de la licitación. De todos modos, el término fijado es perentorio y de obligatorio cumplimiento de para los oferentes, como se explicará más adelante.

Es pertinente señalar que en esta etapa de presentación de ofertas se surtirán otras actuaciones. En efecto, el numeral 4 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 establece una de ellas: la audiencia para precisar el alcance de los pliegos de condiciones y de asignación de riesgos. La oportunidad para celebrar esta audiencia es dentro de los 3 días hábiles siguientes al inicio del plazo de licitación.

Una vez precluida la oportunidad para presentar ofertas, en el plazo que señala el pliego de condiciones −numeral 7 ibídem−, el comité evaluador de la entidad realizará «los estudios técnicos, económicos y jurídicos necesarios para la evaluación de las propuestas» y además podrá pedir a los proponentes las aclaraciones y explicaciones que considere pertinentes.

A este respecto, el artículo 2.2.1.1.2.2.3. Decreto 1082 de 2015 consagra el deber de los comités evaluadores de realizar la evaluación de manera objetiva y de conformidad con los criterios señalados en el pliego de condiciones, y fija una cláusula de responsabilidad por el ejercicio de la labor evaluadora.

Evaluadas las propuestas, se deben distinguir dos hipótesis: de un lado, las licitaciones públicas para seleccionar contratistas de obra pública y, del otro, cualquier otra licitación pública. En esta segunda hipótesis, la entidad correrá traslado del informe de evaluación, el cual permanecerá en la secretaría por un término de 5 días hábiles, según lo prevé el numeral 8 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993. Además, deberá publicarse en el SECOP. Los oferentes podrán presentar las observaciones que estimen pertinentes, sin que puedan complementar, adicionar, modificar o mejorar sus propuestas. Esta instancia está prevista para corregir errores en la evaluación y su fin esencial es «hacerle ver a la entidad los errores que pudo haber cometido en procura de corregirlos y así adoptar la decisión que realmente se ajuste a derecho»[[31]](#footnote-32).

En la primera hipótesis, regulada por el parágrafo 3 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, adicionado por el artículo 1 de la Ley 1882 de 2018, esto es, cuando se trate de licitaciones para seleccionar a contratistas de obra, la entidad deberá publicar el *informe de evaluación* relacionado con los documentos de los requisitos habilitantes y los requisitos que sean objeto de puntuación, diferentes a la oferta económica, dentro del plazo establecido en el pliego de condiciones. Este informe debe ser publicado en el SECOP por cinco días hábiles, término durante el cual los proponentes podrán presentar sus observaciones y, de ser necesario, entregar la documentación e información adicional requerida por la entidad. Vencido el término antes referido, la entidad estatal deberá pronunciarse sobre las observaciones, si es que se presentaron, y publicará el *informe final de evaluación* de los requisitos habilitantes y los requisitos objeto de puntuación, distintos a la oferta económica.

Es del caso precisar que, en los procesos de licitación pública para seleccionar contratistas de obra, por disposición del artículo 1 de la Ley 1882 de 2018, la oferta estará conformada por dos sobres: en el primero, se deben incluir los documentos relacionados con el cumplimiento de los requisitos habilitantes, así como los relacionados con los requisitos y documentos a los que se les asigne puntaje, diferentes a la oferta económica. En el segundo, por otro lado, el proponente tendrá que incluir únicamente la propuesta económica, de conformidad con todos los requisitos exigidos en el pliego de condiciones.

En cualquiera de las dos hipótesis, vencido el término para presentar observaciones al *informe de evaluación*, empieza a correr el *plazo para adjudicar el contrato,*que hace referencia a la oportunidad que tiene la entidad para seleccionar o escoger la mejor oferta, cuyo término, según el numeral 7 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, es de libre configuración en el pliego de condiciones. Durante este lapso se resuelven las observaciones presentadas por los oferentes, es decir, la entidad responderá las observaciones durante esta oportunidad y a más tardar hasta el momento de la adjudicación.

El numeral 9 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 permite al jefe de la entidad prorrogar el plazo para efectuar la adjudicación, y para la firma del contrato, pero dentro de una oportunidad específica, y fijó un tope máximo de tiempo: i) antes del vencimiento de dichos plazos y por «un término no mayor a la mitad del inicialmente fijado», cuando las necesidades de la Administración lo requieran. Quiere decir, entonces, que las entidades públicas pueden prorrogar el plazo para adjudicar el contrato hasta por la mitad del término inicialmente fijado, es decir, el período señalado en el pliego de condiciones, sin incluir las adendas o modificaciones que con posterioridad se hagan de él, pues el artículo es claro en señalar que se trata del inicialmente fijado, esto es, del que originariamente se estableció.

Dentro del *plazo para adjudicar el contrato*, debe celebrarse la audiencia de adjudicación, la cual resulta obligatoria en los procesos de licitación pública, por disposición de los artículos 30, numeral 10, de la Ley 80 de 1993 y 9 de la Ley 1150 de 2007, en concordancia con el artículo 273 de la Constitución Política. Según estas disposiciones, la adjudicación se hará de forma obligatoria en audiencia pública, mediante resolución motivada, que se entenderá notificada al proponente favorecido en dicha audiencia. En concordancia, el artículo 2.2.1.2.1.1.2. del Decreto 1082 de 2015 establece que en los procesos de licitación son obligatorias las audiencias de asignación de riesgos y de adjudicación*.* En esta última, la entidad estatal, entre otras reglas a aplicar, puede prescindir de la lectura del borrador del acto administrativo de adjudicación siempre que lo haya publicado en el SECOP con antelación. De este modo, la adjudicación del contrato se realiza durante la audiencia pública de adjudicación y por regla general en esta se deberá dar lectura del acto de adjudicación. Esta diligencia se hará con participación del jefe de la entidad, los servidores públicos que hayan elaborado los estudios y evaluación de las ofertas, los proponentes y demás interesados. De la audiencia se levantará un acta en el que se dejará constancia de las deliberaciones y decisiones de la misma.

En el caso de las licitaciones públicas para seleccionar contratistas de obra pública, en la *audiencia efectiva de adjudicación*, por disposición del inciso final del parágrafo 3º del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, adicionado por el artículo 1 de la Ley 1882 de 2018, se deben llevar a cabo tres actuaciones adicionales a la adjudicación del contrato: *primero*, la entidad debe permitir a los proponentes que realicen observaciones en relación con el *informe final de evaluación*. Resulta del caso precisar que a pesar de que la norma en comento hace referencia al *informe de evaluación*, lo cierto es que lo procedente es entender que está haciendo mención al *informe final de evaluación,* es decir, el que resulte luego de presentadas las observaciones por los proponentes y que sean resueltas por la entidad, en caso de que haya sido objeto de modificaciones. Tal interpretación encuentra fundamento en tres argumentos: por un lado, en que la misma norma ya contiene un término para presentar observaciones en relación con el *informe de evaluación* –inicial–, esto es, dentro de los cinco días siguientes a su publicación en el SECOP; por otro, que aceptar lo contrario implicaría asumir que es posible reabrir el debate en relación con el *informe de evaluación*, pese a que el mismo se cerró al expedir el *informe final de evaluación* y, por último, que una interpretación literal de la norma implica que no hay una etapa para presentar observaciones en relación con el *informe final de evaluación*, lo cual, conduce a restringir los derechos de participación que les asiste a todos los proponentes.

*Segundo*, se abre el sobre número dos (2), que contienen la oferta económica, y se evalúan las propuestas mediante el método establecido en el pliego de condiciones y, *tercero,* a los proponentes habilitados se les corre traslado de la evaluación de las ofertas económicas, solo para la revisión «del aspecto económico», luego de lo cual la entidad debe proceder a establecer el *orden de elegibilidad* y, finalmente, a adjudicar el contrato estatal.

Así las cosas, son tres actuaciones adicionales a la adjudicación las que se surten en la misma oportunidad y etapa, esto es, en la *audiencia efectiva de adjudicación*. En otros términos, las observaciones al informe final de evaluación, la apertura del sobre económico y su traslado y la adjudicación del contrato no son etapas independientes del proceso de contratación, sino que hacen parte de la audiencia efectiva de adjudicación y por ello deben efectuarse durante su celebración en el plazo establecido en el cronograma. De esta manera, debido a que la adjudicación se hará de forma obligatoria en audiencia pública mediante resolución motivada, conforme lo dispone el artículo 9 de la Ley 1150 de 2007, será en dicha audiencia en la cual se de lectura al acto de adjudicación que deberá publicarse en el SECOP a más tardar dentro de los tres (3) días siguientes, de conformidad con lo señalado en el artículo 2.2.1.1.1.7.1. del Decreto 1082 de 2015.

Esta precisión es importante para efectos de la consulta, puesto que el artículo 2.2.1.1.2.2.1 de Decreto 1082 de 2015 dispone que la entidad estatal puede expedir adendas para modificar el cronograma una vez vencido el término para la presentación de las ofertas y antes de la adjudicación del contrato[[32]](#footnote-33). La interpretación de esta norma supone que pueden dar lugar a la expedición de adendas al cronograma del proceso de selección una vez vencido el plazo para la recepción de ofertas y antes de la adjudicación del contrato, en las que solo se permite modificar los plazos de las etapas siguientes[[33]](#footnote-34).

Esto significa que, en las licitaciones públicas para seleccionar contratistas de obra pública, la entidad podrá expedir adendas para modificar el cronograma antes del inicio de la etapa de la *audiencia efectiva de adjudicación,* en la cual se adjudica el contrato, para modificar los plazos de las siguientes etapas. Por consiguiente, a juicio de esta Agencia no es viable que durante el desarrollo de esta audiencia se realicen modificaciones al cronograma en relación con la adjudicación del contrato, pues esta actuación no es una oportunidad independiente o una etapa siguiente de la *audiencia efectiva de adjudicación,* sino que hace parte de ella.Por demás, debe precisarse que en lo que respecta a la publicación del acto de adjudicación la entidad cuenta con un plazo de 3 días para realizarlo conforme el artículo 2.2.1.1.1.7.1 del Decreto 1082 de 2015.

En este punto, es importante señalar que según lo dispone el numeral 1 del artículo 2.2.1.2.1.1.2. del Decreto 1082 de 2015, en la audiencia de adjudicación la entidad tiene la potestad de suspender la audiencia cuando considere necesario verificar lo propuesto por alguno de los oferentes. Con el fin de entender las reglas de la audiencia de adjudicación del artículo 2.2.1.2.1.1.2. Decreto 1082 de 2015 y las adicionadas por el artículo 1 de la Ley 1882 de 2018, tratándose de licitación pública para celebrar un contrato de obra, esta Agencia considera que es factible realizar una interpretación armónica y sistemática de las dos normas en el entendido de que la suspensión de la audiencia de adjudicación procede aun a instancias del momento posterior a la apertura del segundo sobre que contiene la oferta económica, cuando dicha suspensión tenga origen en observaciones de los proponentes habilitados que fueron formuladas con ocasión del traslado previsto en la ley para la revisión del aspecto económico de la evaluación, previo a establecer el orden de elegibilidad.

De igual manera, la suspensión de la audiencia no puede efectuarse para realizar por fuera de ella actuaciones que la ley prevé que ocurran durante la audiencia, como es el caso de la apertura de segundo sobre que contiene la oferta económica, la evaluación según el método previsto en el pliego de condiciones y la definición del orden de elegibilidad de ofertas para adoptar la decisión de adjudicación de la licitación.

Esta interpretación efectuada permite aplicar las reglas dispuestas para la realización de la audiencia de adjudicación de las licitaciones de contratos de obra, tanto en la norma reglamentaria como en la ley, pero teniendo en consideración que las reglas de la Ley 1882 de 2018 son posteriores y de superior jerarquía en nuestro ordenamiento jurídico.

Finalmente, resulta del caso precisar que las otras modalidades de selección tienen otras etapas, las cuales se encuentras reguladas en el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, así como también en los artículos 2.2.1.2.1.2.1. a 2.2.1.2.1.2.26. del Decreto 1082 de 2015, en lo que tiene que ver con la *selección abreviada*; los artículos 2.2.1.2.1.3.1. a 2.2.1.2.1.3.25. *ibidem*, frente al *concurso de méritos*; los artículos 2.2.1.2.1.4.1. a 2.2.1.2.1.4.11. *ejusdem*, en relación con la *contratación directa*; y los artículos 2.2.1.2.1.5.1. a 2.2.1.2.1.5.4. del referido decreto, sobre la *mínima cuantía*, entre otras normas concordantes y complementarias.

En este sentido, el acto final del proceso de selección dependerá de cada modalidad de selección, de acuerdo con las normas que lo rigen. En el caso de la licitación pública, el acto final corresponde al acto de adjudicación, que es «la actuación terminal de la fase del procedimiento de selección, e implica la manifestación definitiva de la voluntad de la Administración de realizar la contratación con uno o varios oferentes determinados»[[34]](#footnote-35); o en su defecto, la declaratoria de desierta, en los casos en los cuales se fundamente esta decisión[[35]](#footnote-36).

ii) En lo que respecta a la *etapa contractual*, es necesario resaltar que esta se compone de «a) legalización y perfeccionamiento del contrato, verificación de los requisitos de ejecución del mismo, b) ejecución propiamente dicha y c) terminación»[[36]](#footnote-37). En efecto, de conformidad con el artículo 41 de la Ley 80 de 1993 los contratos se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito. Para la ejecución se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del presupuesto. Además, el proponente y el contratista deberán acreditar que se encuentran al día en el pago de aportes parafiscales relativos al Sistema de Seguridad Social Integral, así como los propios del Sena, ICBF y Cajas de Compensación Familiar, cuando corresponda. En tal sentido, una vez culmine la etapa precontractual y suscrito el contrato en los términos del artículo 41 mencionado inicia la fase contractual que se extiende durante todo el plazo de ejecución del contrato y finaliza con la terminación de este.

En este contexto, en la etapa contractual se encuentran los documentos de ejecución del contrato como el acta de inicio, los otrosíes, las garantías, actas parciales, los actos administrativos expedidos con ocasión de la ejecución del contrato, como los correspondientes a los procesos por incumplimiento contractual que se lleven a cabo conforme al artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, los informes de supervisión y/o interventoría, entre otros.

De conformidad con el artículo 40 de la Ley 80 de 1993, en los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración. En este contexto, las entidades podrán acordar en sus contratos que el plazo de ejecución pactado empiece a correr previa suscripción de un acta de inicio. Por lo general, en la práctica, este documento es firmado por las partes contratantes, de un lado el contratista y, del otro, el supervisor y/o interventor en representación de la entidad, según sea el caso. De este modo, atendiendo la consulta planteada, el acta de inicio, tal como se utiliza en la práctica, no se trata de un acto administrativo sino de un documento que se suscribe por las partes durante la fase de ejecución del contrato en atención a las estipulaciones contractuales, para que se dé inicio formal a la ejecución del contrato.

iii) Por último, en relación con la «etapa postcontractual», es preciso resaltar que esta no se encuentra definida en el EGCAP y su desarrollo ha sido eminentemente jurisprudencial y doctrinario. A este respecto, el Consejo de Estado señala que la etapa postcontractual «se compone de la liquidación del contrato y comprende el balance financiero y contable del mismo en donde se hace el corte final de cuentas teniendo como punto de partida su objeto, valor y demás condiciones de este»[[37]](#footnote-38).

El artículo 60 de la Ley 80 de 1993 modificado por los artículos 32 de Ley 1150 de 2007 y 217 del Decreto 019 de 2012, dispone que los contratos de tracto sucesivo, aquellos en los que la ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que así lo requieran, deberán liquidarse; mientras que los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión no es obligatorio que se liquiden[[38]](#footnote-39).

La liquidación de los contratos ha sido definida por la jurisprudencia como el balance económico, técnico y jurídico del cumplimiento de las obligaciones contractuales que las partes tienen o tenían a su cargo. En este sentido, «la liquidación final del contrato tiene como objetivo principal, que las partes definan sus cuentas, que definan en qué estado quedan después de cumplida la ejecución de aquel»[[39]](#footnote-40).

En estos términos, liquidar supone un ajuste expreso y claro sobre las cuentas y el estado de cumplimiento de un contrato, de tal manera que conste el balance tanto técnico como económico de las obligaciones que estuvieron a cargo de las partes. En cuanto a lo primero, la liquidación debe incluir un análisis detallado de las condiciones de calidad y oportunidad en la entrega de los bienes, obras o servicios, y en cuanto a lo segundo dará cuenta del comportamiento financiero del negocio: recursos recibidos, pagos efectuados, estado del crédito o de la deuda de cada parte, entre otros detalles mínimos y necesarios para finiquitar una relación jurídica contractual.

En este contexto, la liquidación bilateral es un negocio jurídico, en el que las partes del contrato estatal, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, regulan la finalización de su relación y disponen de los intereses que emanan de ella. Asimismo, tiene efectos transaccionales, puesto que las declaraciones y expresiones incorporadas en la correspondiente acta son reconocidas y protegidas por el ordenamiento jurídico, siempre y cuando no sean contrarias a la Constitución Política, la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres, y los principios y finalidades del Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública y de la buena administración. En tal sentido, para efectos de la consulta, vale aclarar que la liquidación bilateral no es un acto administrativo, en la medida en que no es una manifestación unilateral de la administración sino un acuerdo de voluntades de las partes contratantes.

Por su parte, de acuerdo con el artículo 2.2.1.1.2.4.3 del Decreto 1082 de 2015, el cierre del expediente del proceso de contratación es un acto de trámite propio de los contratos estatales en los que se hayan pactado garantías de calidad, estabilidad o mantenimiento, o cuando la entidad establezca condiciones de disposición final o recuperación ambiental de las obras o bienes contratados. Una vez cumplidas tales condiciones se deberá realizar el acto de trámite correspondiente, dejando constancia del cierre del expediente contractual. Cabe resaltar que, el deber de cerrar el expediente cuando vencen las garantías, procede únicamente cuando se vencen las garantías aludidas por el artículo 2.2.1.1.2.4.3 del Decreto 1082 de 2015, esto es, las de calidad, estabilidad y mantenimiento. Sin embargo, si una vez vencidas estas siguen vigentes otras garantías como, por ejemplo, la de pago de salarios y prestaciones sociales, nada obsta para que la entidad proceda a realizar el cierre dejando constancia de este hecho, como una buena práctica contractual. De este modo, el cierre del expediente no es obligatorio en todos los contratos estatales, por lo que no puede considerarse como un acto generalizado que finalice el proceso de contratación.

**2.4. Convocatorias limitadas a Mipyme en el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020**

**2.4.1 Vigencia y ámbito de aplicación de la Ley 2069 de 2020**

El 31 de diciembre de 2020 se promulgó la Ley 2069, «Por medio de la cual se impulsa el emprendimiento en Colombia». El artículo 84 dispone que «La presente Ley rige a partir del momento de su promulgación […]», por lo que es obligatoria para sus destinatarios desde esa fecha. Lo anterior, sin perjuicio de la posibilidad de que el gobierno nacional, en ejercicio de la potestad reglamentaria que le confiere el artículo 189, numeral 11, de la Constitución Política expida el decreto correspondiente que permita la cumplida ejecución de esta ley, tal como aconteció con el Decreto 1860 de 2021, al cual se hará referencia más adelante.

En cuanto a su contenido, como dispone el artículo 1, esta «tiene por objeto establecer un marco regulatorio que propicie el emprendimiento y el crecimiento, consolidación y sostenibilidad de las empresas, con el fin de aumentar el bienestar social y generar equidad». Lo anterior a partir de «[…] un enfoque regionalizado de acuerdo con las realidades socioeconómicas de cada región». En desarrollo de esta finalidad, se establecen medidas de apoyo para las micro, pequeñas y medianas empresas –Mipyme–, mediante la racionalización y simplificación de los trámites y tarifas[[40]](#footnote-41), así como incentivos a favor de aquellas dentro del sistema de compras y contratación pública[[41]](#footnote-42). De igual forma, se consagran mecanismos de acceso al financiamiento[[42]](#footnote-43), se unifican las fuentes de emprendimiento y de desarrollo empresarial, para fortalecer y promover los distintos sectores de la economía[[43]](#footnote-44) y se prevén medidas de educación para el emprendimiento y la innovación[[44]](#footnote-45).

Como se indicó, parte de la Ley 2069 contiene normas que modifican algunos aspectos de la contratación estatal para promover el emprendimiento. Concretamente, aquellas se encuentran en el Capítulo III –artículos 30 al 36–. En su orden, tales artículos consagran: i) reglas sobre la participación de las Mipyme en el procedimiento de mínima cuantía, ii) criterios diferenciales para Mipyme en el sistema de compras públicas, iii) criterios diferenciales para emprendimientos y empresas de mujeres en el sistema de compras públicas, iv) promoción del acceso de las Mipyme al mercado de compras públicas, v) promoción del desarrollo en la contratación pública, vi) un nuevo régimen de factores de desempate y vi) un llamado a las entidades estatales para que promuevan compras públicas en el marco de la tecnología y la innovación. Teniendo en cuenta que la consulta está relacionada con el artículo 34, a continuación se estudiará el contenido y alcance de esta norma.

**2.4.2 Nueva regulación de la promoción del desarrollo en la contratación estatal en el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020. Regulación de las convocatorias limitadas a Mipyme: eficacia y alcance de la potestad reglamentaria**

El artículo 34 de la Ley 2069 de 2020 dispone nuevas reglas sobre la promoción al desarrollo en la contratación estatal. Concretamente, modifica el contenido del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007[[45]](#footnote-46), regulación que se resume en los siguientes aspectos:

i) Encomienda, al gobierno nacional el deber de definir las condiciones y los montos para que las entidades estatales –cualquiera sea su régimen contractual–, los patrimonios autónomos constituidos por aquellas y los particulares que administren recursos públicos efectúen convocatorias limitadas a Mipyme en los procesos de contratación. Además, agrega que estas convocatorias se pueden realizar también en el ámbito municipal o departamental en el que se ejecute el contrato.

ii) Indica que dichas convocatorias se deben efectuar –y así lo deberá reglamentar el gobierno nacional– siempre y cuando, antes del acto administrativo de apertura del proceso de selección, por lo menos dos (2) Mipyme hayan manifestado su interés.

iii) Determina que uno de los parámetros que deberá tener en cuenta el gobierno nacional para reglamentar la materia es el cumplimiento de los compromisos internacionales vigentes. Es decir que se deberán considerar las estipulaciones contenidas en los tratados comerciales suscritos entre Colombia y otros Estados.

iv) Establece que, en el reglamento, el gobierno nacional podría establecer condiciones preferenciales para los bienes y servicios producidos por las Mipymes, sin perjuicio de los compromisos internacionales vigentes.

v) Aclara que tanto las convocatorias limitadas a Mipymes, como las condiciones preferenciales a favor de los bienes y servicios producidos por estas, no es óbice para que deban cumplir las exigencias técnicas y económicas del proceso de selección.

vi) Señala que el reglamento que expida el gobierno nacional, además de las convocatorias limitadas a Mipymes, deberá contener disposiciones que fomenten en la ejecución de los contratos estatales la provisión de bienes y servicios por parte de algunas personas que gozan de especial protección constitucional. Entre tales personas se encuentran las que tengan condiciones de pobreza extrema, las desplazadas por la violencia y quienes estén en procesos de reintegración o reincorporación, entre otras que incluya el reglamento.

vii) Precisa que la posibilidad de participar en convocatorias limitadas a Mipymes se encuentra condicionada a que estas acrediten como mínimo un año de existencia, con el certificado expedido por la cámara de comercio respectiva o por la autoridad que sea competente para ello.

viii) Hace obligatorio el cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 90 a 95 de la Ley 418 de 1997 –normas que establecen la obligación de declarar la caducidad y la liquidación unilateral cuando el contratista beneficie grupos armados organizados al margen de la ley– en la ejecución de los contratos celebrados en virtud del artículo 34 de la Ley 2069 de 2020.

A partir de lo anterior, el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020 sustituyó íntegramente el contenido del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007. En este sentido, frente a esta última norma se produjo el fenómeno de la subrogación, el cual explica la Corte Constitucional en los siguientes términos:

La subrogación es entendida como el acto de sustituir una norma por otra. No se trata de una derogación simple, como quiera que antes que abolir o anular una disposición del sistema normativo establecido, lo que hace es poner un texto normativo en lugar de otro. Como resultado de la subrogación, las normas jurídicas preexistentes y afectadas con la medida pueden en parte ser derogadas, modificadas y en parte sustituidas por otras nuevas; pero también la subrogación puede incluir la reproducción de apartes normativos provenientes del texto legal que se subroga[[46]](#footnote-47).

La subrogación es, entonces, una forma de derogación de las normas jurídicas, que consiste en el reemplazo de su contenido por un enunciado normativo nuevo. Se distingue de la derogación simple en que en este último evento la disposición normativa posterior no sustituye el texto, sino que solo le hace perder vigencia a la disposición normativa anterior. Como lo explica la Corte Constitucional, la subrogación puede presentarse bien porque el enunciado normativo regule de manera diferente una materia o porque reproduzca apartados normativos de otra. Pero lo cierto es que, en uno u otro caso, la disposición normativa anterior pierde vigencia.

El artículo 12 de la Ley 1150 de 2007 fue subrogado por el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020, porque este contiene una regulación diferente de la promoción del desarrollo en la contratación estatal. Además, en el primer inciso del artículo 34 de la Ley 2069 de 2020 dispone claramente: «Modifíquese el artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, el cual quedará así». Esto significa que la voluntad del legislador no estuvo dirigida a efectuar una reforma parcial del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, sino a modificarlo completamente, sustituyéndolo por uno nuevo.

Por ello, aunque el artículo 12 de la Ley 1150 de 2007 había sido modificado parcialmente por el artículo 3 de la Ley 2040 de 2020, que le había adicionado un parágrafo, también dicho parágrafo ha perdido su vigencia. En efecto, el artículo 3 de la Ley 2040 de 2020 dispuso:

Adiciónese un parágrafo al artículo 12 de la Ley 1150 de 2007:

PARÁGRAFO 4°. Criterio de desempate. En los procesos de contratación públicos, en caso de empate en la puntuación de dos o más proponentes, se preferirá a aquel que demuestre la vinculación del mayor porcentaje de personas mayores que no sean beneficiarios de la pensión de vejez, familiar o de sobrevivencia y que hayan cumplido el requisito de edad de pensión establecido en la Ley.

Para los efectos de este parágrafo solo se tendrá en cuenta la vinculación de aquellos adultos mayores objeto de esta Ley que hayan estado vinculados con una anterioridad igual o mayor a un año. Para los casos de constitución inferior a un año se tendrá en cuenta a aquellos trabajadores que hayan estado vinculados desde el momento de constitución de la misma.

Dado el caso en que el contrato público haya sido obtenido con ocasión a esta forma de desempate, el empleador deberá mantener el mismo porcentaje de adultos mayores trabajadores al interior de la empresa durante la vigencia de ejecución del contrato. En caso contrario no podrá hacer uso de este beneficio en cualquier otro contrato que celebre con el Estado dentro de los 5 años siguientes a la terminación del contrato.

Para estos efectos, la persona natural, el representante legal de la persona jurídica o el revisor fiscal, según corresponda, certificará, bajo la gravedad de juramento, el número total de trabajadores vinculados a la planta de personal del proponente o sus integrantes que cumplan con lo aquí señalado a la fecha de cierre del proceso de selección.

El anterior texto, que según se indicó fue agregado al artículo 12 de la Ley 1150 de 2007 como parágrafo 4, también se ve afectado por el efecto de la subrogación producida por el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020, porque en este artículo no dispone que se mantiene vigente el parágrafo citado. En otras palabras, si el artículo 3 de la Ley 2040 de 2020 había adicionado un parágrafo 4 al artículo 12 de la Ley 1150 de 2007 y posteriormente el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020 modificó integralmente el referido artículo 12, sustituyéndolo por un texto nuevo, se concluye que el parágrafo 4 quedó derogado. Por lo tanto, no puede aplicarse en la actualidad y mucho menos puede entenderse como obligatorio en los procesos de selección, pues no está vigente.

Aunque el argumento anterior es suficiente, una razón adicional para concluir que el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020 dejó sin vigencia el parágrafo 4 del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007 –y por lo tanto, el artículo 3 de la Ley 2040 de 2020–, es que el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 contiene una regulación nueva de los factores de desempate en la contratación estatal. Al respecto, el numeral 4 del artículo 35 dispone que en los procesos de selección las entidades estatales deben «Preferir la propuesta presentada por el oferente que acredite la vinculación en mayor proporción de personas mayores que no sean beneficiarios de la pensión de vejez, familiar o de sobrevivencia y que hayan cumplido el requisito de edad de pensión establecido en la Ley». Esta norma se encuentra vigente, teniendo en cuenta que el legislador no condicionó su vigencia a la expedición de un decreto reglamentario por parte del gobierno nacional, aunque nada se opone a que en ejercicio de la facultad discrecional con que cuenta para reglamentar las leyes –en virtud del artículo 189, numeral 11, de la Constitución–, establezca condiciones para aplicar dicho numeral, como aconteció con el Decreto 1860 de 2021.

En conclusión, las entidades estatales, independientemente del régimen contractual que las rige, deben aplicar el factor de desempate basado en la vinculación de personas mayores. Sin embargo, el fundamento de esta obligación ya no es el artículo 3 de la Ley 2040 de 2020 –pues no está vigente–, sino el artículo 35, numeral 4, de la Ley 2069 de 2020.

Luego de explicar las reglas incluidas en la nueva regulación de la promoción del desarrollo en la contratación estatal, previstas en el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020, y después de aclarar que dicha norma modificó el artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, conviene preguntarse qué sucede con la vigencia del artículo 2.2.1.2.4.2.2 del Decreto 1082 de 2015, que, hasta la expedición de la Ley 2069 de 2020, regulaba las convocatorias limitadas a Mipymes. En opinión de esta Agencia, el artículo citado del Decreto reglamentario carece de vigencia, porque su contenido es contrario al del artículo 34 de la Ley 2069 de 2020. En tal sentido, ha perdido fuerza ejecutoria, de conformidad con el artículo 91, numeral 2, de la Ley 1437 de 2011, el cual establece que los actos administrativos –categoría que, como es sabido, incluye los decretos reglamentarios– dejan de ser obligatorios o decaen «Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho».

Si los decretos reglamentarios que profiere el Presidente de la República en ejercicio de la potestad que le confiere el artículo 189, numeral 11, de la Constitución Política, buscan «la cumplida ejecución de las leyes», y si la disposición legal que había servido de fundamento a la expedición del artículo 2.2.1.2.4.2.2 del Decreto 1082 de 2015 –es decir, el artículo 12 de la Ley 1150 de 2007– fue modificado por el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020, puede concluirse que la disposición reglamentaria decayó, por desaparición de su fundamento de derecho. Es decir, el fundamento de derecho, que era el contenido del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, fue subrogado por el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020. Sin embargo, no es solo por una razón formal que se deduce la pérdida de fuerza ejecutoria del artículo 2.2.1.2.4.2.2 del Decreto 1082 de 2015, sino también por un argumento material, como se explica a continuación.

Además de que el artículo 2.2.1.2.4.2.2 del Decreto 1082 de 2015 perdió el fundamento legal, su contenido es contrario al del nuevo artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020. En efecto, este último artículo no consagra las mismas exigencias para las convocatorias limitadas a Mipymes. Concretamente, no incluye todos los requisitos que, hasta la entrada en vigor de la Ley 2069 de 2020, establecía el artículo 2.2.1.2.4.2.2 del Decreto 1082 de 2015. Esta norma indicaba en su primer inciso que la entidad estatal solo podía limitar la convocatoria a las Mipymes nacionales si se trataba de procesos de selección de licitación pública, selección abreviada y concursos de méritos. Por su parte, tal restricción no se encuentra en el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020.

Adicionalmente, el numeral 1 del artículo 2.2.1.2.4.2.2. del Decreto 1082 de 2015 exigía que el valor del proceso de contratación en el que pretendiera limitarse la convocatoria a Mipymes fuera «[…] menor a ciento veinticinco mil dólares de los Estados Unidos de América (US$125.000), liquidados con la tasa de cambio que para el efecto determina cada dos años el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo». Este requisito tampoco se observa en el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020.

A lo anterior debe agregarse que mientras la nueva disposición legal indica que la convocatoria limitada a Mipymes debe hacerse cuando por lo menos *dos (2)* de estas hayan manifestado su interés antes de la resolución de apertura del proceso respectivo, el artículo 2.2.1.2.4.2.2. del Decreto 1082 de 2015 condicionaba la limitación de la convocatoria a que la entidad estatal hubiera recibido solicitudes de por lo menos *tres (3)* Mipymes, a más tardar un día hábil antes de la apertura del proceso de selección.

Las diferencias evidenciadas son suficientes para mostrar que, además de la pérdida de fuerza ejecutoria del artículo 2.2.1.2.4.2.2 del Decreto 1082 de 2015, por la desaparición de su fundamento de derecho, se advierte una manifiesta oposición entre dicho enunciado normativo y el nuevo contenido del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020. Ante esta contradicción, debe aplicarse la consecuencia jurídica prevista en el artículo 84 de la Ley 2069 de 2020, según la cual esta «deroga […] todas las disposiciones que le sean contrarias». Entonces, además del decaimiento del artículo 2.2.1.2.4.2.2. del Decreto 1082 de 2015, debe entenderse que esta norma está derogada.

Por último, no es válido aducir que los apartados normativos del artículo 2.2.1.2.4.2.2. original del Decreto 1082 de 2015 –antes de la modificación realizada por el Decreto 1860 de 2021– que, en su texto, no sean contrarios a la nueva regulación contenida en el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020 pueden seguirse aplicando. Esta afirmación no es admisible, porque el artículo 34, reiteradamente, señala que el gobierno nacional debe definir las condiciones para la aplicación de las reglas expedidas, que permitan llevar a cabo las convocatorias limitadas a Mipymes, lo cual demuestra la voluntad legislativa de establecer la necesidad de una nueva reglamentación de la materia. En tal sentido, las entidades estatales, los patrimonios autónomos constituidos por estas y los particulares que ejecuten recursos públicos, no pueden adoptar convocatorias limitadas a Mipymes, pues al tenor del artículo 34 de la Ley 2069 de 2020, la eficacia de esta norma quedó condicionada a la expedición del decreto reglamentario que fije las condiciones de su operatividad.

A este respecto, es necesario precisar que en desarrollo de la Ley 2069 de 2020 el gobierno nacional expidió el Decreto 1860 del 24 de diciembre de 2021 mediante el cual se reglamentan los artículos 30, 31, 32, 34 y 35 de la Ley 2069 de 2020, en lo relativo al sistema de compras públicas. Concretamente, frente a las convocatorias limitadas a Mipymes del artículo 34, el Decreto definió las condiciones y los montos para la adopción de convocatorias limitadas a Mipyme, las limitaciones territoriales y la acreditación de los requisitos para participar en convocatorias limitadas. Por ello, mediante el artículo 5 se modificaron los artículos 2.2.1.2.4.2.2., 2.2.1.2.4.2.3. y 2.2.1.2.4.2.4. de la Subsección 2 de la Sección 4 del Capítulo 2 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015.

Conforme el artículo 8 del Decreto 1860 de 2021, las disposiciones contenidas en dicho decreto se aplicarán a los procedimientos de selección cuya invitación, aviso de convocatoria o documento equivalente se publique a los tres (3) meses contados a partir de su expedición. Por tanto, las convocatorias limitadas a Mipyme establecida en este Decreto deberá ser aplicada a los procedimientos de selección cuya invitación, aviso de convocatoria o documento equivalente se publique con posterioridad al 24 de marzo de 2022.

Así las cosas, actualmente las entidades estatales, los patrimonios autónomos constituidos por estas y los particulares que ejecuten recursos públicos, no pueden adoptar convocatorias limitadas a Mipymes puesto que el artículo 5 de la Ley 1860 de 2021 que modificó el artículo 2.2.1.2.4.2.2 del Decreto 1082 de 2015 entrará en vigencia para los procedimientos de selección cuya invitación, aviso de convocatoria o documento equivalente se publique a partir del 24 de marzo de 2022. Para estos nuevos procesos que se inicien en el futuro, la limitación de las convocatorias se realizará en los términos establecidos en el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020 y el Decreto 1860 del 24 de diciembre de 2021, que modificó el Decreto 1082 de 2015.

**2.5. Principio de anualidad en la contratación estatal: generalidad y excepciones**

Las entidades estatales deben sujetarse a los principios que rigen el sistema presupuestal, entre los cuales se encuentra el de anualidad del gasto público. Este principio encuentra fundamento constitucional en el artículo 346 superior que contiene el régimen general del presupuesto de rentas y la ley de apropiaciones[[47]](#footnote-48), que deberá presentarse al Congreso dentro de los primeros diez días de cada legislatura, elaborarse y aprobarse dentro de un marco de sostenibilidad fiscal y corresponder al Plan Nacional de Desarrollo[[48]](#footnote-49). De conformidad con la misma norma constitucional, el presupuesto tiene vigencia anual y, por tanto, tienen como finalidad fijar los gastos y las rentas nacionales del Estado para la respectiva vigencia fiscal anual.

En armonía con lo anterior, el Estatuto Orgánico del Presupuesto consagra este principio en el artículo 14 consistente en que «Después del 31 de diciembre no podrán asumirse compromisos con cargo a las apropiaciones del año fiscal que se cierra en esa fecha y los saldos de apropiación no afectados por compromisos caducarán sin excepción». Es decir, los gastos previstos en el presupuesto anual se deben ejecutar dentro de una vigencia fiscal comprendida entre el 1 de enero y el 31 de diciembre[[49]](#footnote-50). En el mismo sentido, el artículo 89 *ibidem* consolida al principio de anualidad como regla general en la ejecución del gasto al establecer que «las apropiaciones presupuestales incluidas en el Presupuesto General de la Nación son autorizaciones máximas de gasto que el Congreso aprueba para ser ejecutadas o comprometidas durante la vigencia fiscal respectiva, por lo que después del 31 de diciembre de cada año estas autorizaciones expiran y, en consecuencia, no podrán comprometerse, adicionarse, transferirse, ni contracreditarse».

A su turno, el artículo 8 de la Ley 819 de 2003 consagra el principio de anualidad al disponer que «la preparación y elaboración del Presupuesto General de la Nación y el de las entidades territoriales, deberá sujetarse a los correspondientes Marcos Fiscales de Mediano Plazo de manera que las apropiaciones presupuestales aprobadas por el Congreso de la República, las Asambleas y los Concejos, puedan ejecutarse en su totalidad durante la vigencia fiscal correspondiente».

En este contexto, la anualidad del gasto es uno de los principios rectores de la actividad contractual pública, conforme al cual las entidades deben planear sus contrataciones de manera que sus compromisos contractuales sean atendidos durante la respectiva vigencia fiscal comprendida entre el 1 de enero y el 31 de diciembre. En este sentido, la regla general es que las entidades estatales solo pueden adquirir compromisos presupuestales que no excedan en su ejecución la vigencia fiscal en la que se suscribe el respectivo contrato.

No obstante, conforme lo ha señalado el Consejo de Estado, el principio de anualidad no es absoluto en «la medida en que la actividad presupuestal está íntimamente ligada con el principio de planeación, la cual normalmente es efectuada para periodos que superan el año calendario. Esta realidad impone la configuración de mecanismos presupuestales que permitan compatibilizar tales principios»[[50]](#footnote-51).

Dentro de los mecanismos presupuestales que constituyen excepciones al principio de anualidad se identifican: i) las vigencias futuras, ii) las cuentas por pagar y iii) las reservas presupuestales. Las *primeras*, de conformidad con el artículo 23 del Estatuto Orgánico del Presupuesto[[51]](#footnote-52)*,* serefieren a la autorización que deben solicitar las entidades para asumir obligaciones que afectarán los presupuestos siguientes a los de la vigencia fiscal en la que inició la ejecución, es decir, correspondientes a las obligaciones cuya ejecución inició con presupuesto de una vigencia fiscal, pero que deberá continuarse con presupuestos de las siguientes vigencias. Sobre esta figura el Consejo de Estado precisó que «son un instrumento de planificación presupuestal y financiero que permite autorizar la asunción de obligaciones que afecten los presupuestos de vigencias posteriores, y tienen como fin garantizar la existencia de apropiaciones suficientes en los años siguientes para asumir compromisos y obligaciones con cargo a ellas, así como también disponer de los recursos financieros, y de esa manera garantizar el avance y conclusión de proyectos plurianuales»[[52]](#footnote-53).

Las *segundas,* esto es, las *cuentas por pagar* consisten en obligaciones cumplidas en la vigencia actual, correspondientes a los anticipos pactados en los contratos y a la entrega de bienes y servicios, de las cuales solo se encuentra pendiente el pago de acuerdo con los compromisos presupuestales adquiridos por la entidad[[53]](#footnote-54). Y las *terceras,* las *reservas presupuestales* suponen que «Al cierre de la vigencia fiscal cada órgano constituirá las reservas presupuestales con los compromisos que al 31 de diciembre no se hayan cumplido, siempre y cuando estén legalmente contraídos y desarrollen el objeto de la apropiación. Las reservas presupuestales sólo podrán utilizarse para cancelar los compromisos que les dieron origen»[[54]](#footnote-55). En virtud de lo anterior, las entidades estatales pueden solicitar reservas presupuestales cuando habiendo adquirido compromisos en una vigencia fiscal, a 31 de diciembre no se han cumplido en su totalidad, y, por tanto, debe continuarse con la respectiva ejecución en la siguiente vigencia. Las reservas presupuestales deben constituirse a más tardar el 20 de enero de cada año en los términos indicados por el Decreto 1068 de 2015[[55]](#footnote-56). Sobre estas dos figuras presupuestales la Corte Constitucional ha señalado los siguiente:

**Las reservas de** **apropiación** corresponden a compromisos y obligaciones contraídos antes del 31 de diciembre con cargo a apropiaciones de la vigencia, por los organismos y entidades que forman parte del Presupuesto General de la Nación, y cuyo pago está pendiente a esa fecha.

**Las reservas de caja** corresponden exclusivamente a las obligaciones de los distintos organismos y entidades que forman parte del Presupuesto General de la Nación, exigibles a 31 de diciembre, y suponen dos requisitos: que la causa del gasto se haya realizado, es decir, que el servicio se haya prestado, que el bien o la obra se haya recibido, etc.; y que la obligación respectiva esté incluida en el Acuerdo Mensual de Gastos. En síntesis: la reserva de caja corresponde a una cuenta por pagar[[56]](#footnote-57).

Sin embargo, es necesario tener en cuenta que las entidades no pueden solicitar reservas presupuestales en cualquier situación, ya que al ser un mecanismo excepcional su uso se encuentra restringido por lo que deberán estar debidamente justificadas. Esto significa que su constitución no puede obedecer a una indebida planeación contractual, pues como se anotó, tanto el régimen presupuestal como el contractual público se desarrolla sobre la base del principio de planeación. En este sentido, las reservas presupuestales no pueden ser empleadas como una herramienta ordinaria de ejecución presupuestal puesto que están concebidas como «un instrumento de uso esporádico y justificado únicamente en situaciones atípicas que impiden la ejecución de los compromisos en las fechas inicialmente previstas para ello, dentro de la misma vigencia a aquella en que el compromiso se celebró»[[57]](#footnote-58).

Respecto de la distinción entre las reservas presupuestales y las vigencias futuras debe señalarse que contrario a estas últimas, «la reserva presupuestal supone la existencia de un compromiso presupuestal legalmente adquirido, en otras palabras, de la existencia de un acto o contrato expedido y perfeccionado por las autoridades públicas». En cambio, en las vigencias futuras se realiza una autorización que afecta presupuestos futuros que «se formaliza antes de que se aprueben las vigencias en las que se van a ejecutar y la vida jurídica de tales autorizaciones se prolonga a lo largo de varias vigencias»[[58]](#footnote-59).

Ahora bien, en relación con los «pagos de pasivos exigibles – vigencias expiradas», del cual se hace alusión en la consulta, es preciso señalar que el artículo 49 de la Ley 2159 de 2021 «Por la cual se decreta el presupuesto de rentas y recursos de capital y ley de apropiaciones para la vigencia fiscal del 1° de enero al 31 de diciembre de 2022» hace mención a esta figura de la siguiente manera:

Sin perjuicio de la responsabilidad fiscal y disciplinaria a que haya lugar, cuando en vigencias anteriores no se haya realizado el pago de obligaciones adquiridas con las formalidades previstas en el Estatuto Orgánico del Presupuesto y demás normas que regulan la materia, y sobre los mismos no se haya constituido la reserva presupuestal o la cuenta por pagar correspondiente, se podrá hacer el pago bajo el concepto de *"Pago de Pasivos Exigibles - Vigencias Expiradas".*

También procederá la operación prevista en el inciso anterior, cuando el pago no se hubiere realizado pese a haberse constituido oportunamente la reserva presupuestal o la cuenta por pagar en los términos del artículo 89 del Estatuto Orgánico del Presupuesto.

El mecanismo previsto en el primer inciso de este artículo también procederá cuando se trate del cumplimiento de una obligación originada en la ley, exigible en vigencias anteriores, aun sin que medie certificado de disponibilidad presupuestal ni registro presupuestal.

Cuando se cumpla alguna de las anteriores condiciones, se podrá atender el gasto de "Pago Pasivos Exigibles - Vigencias Expiradas", a través del rubro presupuestal correspondiente de acuerdo con el detalle del anexo del decreto de liquidación. Al momento de hacerse el registro presupuestal deberá dejarse consignada la expresión "Pago Pasivos Exigibles - Vigencias Expiradas". Copia del acto administrativo que ordena su pago deberá ser remitido a la Contrataría General de la República. […] (Cursiva fuera de texto).

En este sentido, el pago de «pasivos – vigencias expiradas» procederán cuando se cumplan los parámetros antes expuestos para las entidades que se rigen por dicha Ley. En los demás casos, se deberán atender las normas presupuestales particulares que lo regulen, atendiendo a la naturaleza de la entidad pública.

Por su parte, con base en el artículo 8 de la Ley 819 de 2003 se permite que en los eventos en que se encuentre en trámite una licitación, concurso de méritos o cualquier otro proceso de selección del contratista con todos los requerimientos legales, incluida la disponibilidad presupuestal, y su perfeccionamiento se efectúe en la vigencia fiscal siguiente, se atenderá con el presupuesto de esta última vigencia, previo el cumplimiento de los ajustes presupuestales correspondientes. De este modo, según este artículo las entidades deberán realizar los ajustes presupuestales respectivos en los casos en que el contrato, producto de un proceso de contratación realizado en la vigencia anterior, se perfeccione en la vigencia siguiente. En estos casos, deberán atender a las normas presupuestales correspondientes.

**2.6. Contrato de fiducia mercantil, fiducia pública y encargo fiduciario**

En la consulta se indaga sobre la diferencia entre la fiducia y el encargo fiduciario en el ámbito presupuestal y en el ámbito de responsabilidad contractual. Al respecto, debe precisarse que, como se manifestó en la parte inicial de este concepto, esta entidad solo tiene competencia para responder solicitudes sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. En consecuencia, en aras de satisfacer en la mayor medida de lo posible el derecho fundamental de petición y de esclarecer las palpables inquietudes del peticionario, se decantará esta pregunta en el preciso ámbito de las normas en materia de compras y contratación pública, en la cual resulta pertinente revisar la diferencia entre el contrato de fiducia mercantil, la fiducia pública y el encargo fiduciario.

Esta Subdirección, en Concepto C-637 del 28 de octubre de 2020, indicó que el Código de Comercio define el contrato de *fiducia mercantil* en su artículo 1226, estableciendo como elementos característicos del negocio jurídico: i) la existencia de al menos dos sujetos: fiduciante y fiduciario y ii) la transferencia de los bienes fideicomitidos, con el siguiente tenor:

La fiducia mercantil es un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario.

Una persona puede ser al mismo tiempo fiduciante y beneficiario.

Solo los establecimientos de crédito y las sociedades fiduciarias, especialmente autorizados por la Superintendencia Bancaria, podrán tener la calidad de fiduciarios.

Por su parte, el numeral 5º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, contempla el contrato de *encargo fiduciario* y *fiducia pública*, así:

Los encargos fiduciarios que celebren las entidades estatales con las sociedades fiduciarias autorizadas por la Superintendencia Bancaria, tendrán por objeto la administración o el manejo de los recursos vinculados a los contratos que tales entidades celebren. Lo anterior sin perjuicio de lo previsto en el numeral 20 del artículo [25](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0080_1993.html#25) de esta ley.

Los encargos fiduciarios y los contratos de fiducia pública sólo podrán celebrarse por las entidades estatales con estricta sujeción a lo dispuesto en el presente estatuto, únicamente para objetos y con plazos precisamente determinados. En ningún caso las entidades públicas fideicomitentes podrán delegar en las sociedades fiduciarias la adjudicación de los contratos que se celebren en desarrollo del encargo o de la fiducia pública, ni pactar su remuneración con cargo a los rendimientos del fideicomiso, salvo que éstos se encuentren presupuestados.

Los encargos fiduciarios y los contratos de fiducia mercantil que a la fecha de promulgación de esta ley hayan sido suscritos por las entidades estatales, continuarán vigentes en los términos convenidos con las sociedades fiduciarias.

La selección de las sociedades fiduciarias a contratar, sea pública o privada, se hará con rigurosa observancia del procedimiento de licitación o concurso previsto en esta ley. No obstante, los excedentes de tesorería de las entidades estatales, se podrán invertir directamente en fondos comunes ordinarios administrados por sociedades fiduciarias, sin necesidad de acudir a un proceso de licitación pública.

Los actos y contratos que se realicen en desarrollo de un contrato de fiducia pública o encargo fiduciario cumplirán estrictamente con las normas previstas en este estatuto, así como con las disposiciones fiscales, presupuestales, de interventoría y de control a las cuales esté sujeta la entidad estatal fideicomitente.

Sin perjuicio de la inspección y vigilancia que sobre las sociedades fiduciarias corresponde ejercer a la Superintendencia Bancaria y del control posterior que deben realizar la Contraloría General de la República y las Contralorías Departamentales, Distritales y Municipales sobre la administración de los recursos públicos por tales sociedades, las entidades estatales ejercerán un control sobre la actuación de la sociedad fiduciaria en desarrollo de los encargos fiduciarios o contratos de fiducia, de acuerdo con la Constitución Política y las normas vigentes sobre la materia.

La fiducia que se autoriza para el sector público en esta ley, nunca implicará transferencia de dominio sobre bienes o recursos estatales, ni constituirá patrimonio autónomo del propio de la respectiva entidad oficial, sin perjuicio de las responsabilidades propias del ordenador del gasto.

A la fiducia pública le serán aplicables las normas del Código de Comercio sobre fiducia mercantil, en cuanto sean compatibles con lo dispuesto en esta ley.

So pena de nulidad no podrán celebrarse contratos de fiducia o subcontratos en contravención del artículo [355](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991_pr011.html#355) de la Constitución Política. Si tal evento se diese, la entidad fideicomitente deberá repetir contra la persona, natural o jurídica, adjudicataria del respectivo contrato.

[…]

Dadas estas características particulares, el contrato de *fiducia mercantil* es diferente del contrato de *fiducia pública*, regulado en el numeral 5º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, pues este último «nunca implicará transferencia de dominio sobre bienes o recursos estatales, ni constituirá patrimonio autónomo del propio de la respectiva entidad oficial». Así lo consideró la Corte Constitucional, en la sentencia C-086 de 1995, al señalar que la Ley 80 de 1993 creó un contrato nuevo y autónomo al del Código de Comercio[[59]](#footnote-60).

Al respecto, es necesario subrayar que debido al no traspaso de la propiedad, ni la constitución de un patrimonio autónomo que caracteriza a este contrato, la Corte Constitucional señala que es más parecido a un encargo fiduciario que a una fiducia. No obstante, según el Consejo de Estado estas dos figuras se distinguen pues, además que la fiducia es un contrato nuevo y autónomo, el inciso primero del numeral 5 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 limita el objeto del encargo fiduciario a la administración o el manejo de los recursos vinculados a los contratos que tales entidades celebren, sin perjuicio de lo previsto en el numeral 20 del artículo [25](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0080_1993.html#25) de esta ley. Así lo consideró el Consejo de Estado señaló al señalar lo siguiente:

Una interpretación armónica de las normas de la ley 80 sobre el tema, conduce a establecer dos modalidades de negocio fiduciario que pueden contratar las entidades estatales, a saber: Los *encargos fiduciarios*, figura en la cual no hay transferencia de la propiedad de los bienes fideicomitidos. La ley 80 de 1993 la autoriza solamente para administrar o manejar los recursos vinculados a contratos que las entidades estatales celebren (art. 32-5º inc. 3º), lo cual se encuentra en consonancia con la disposición según la cual los pagos correspondientes a los contratos celebrados por las entidades para la prestación de los servicios de salud, se pueden hacer mediante encargos fiduciarios (art. 24-1º letra l ) y con aquella que establece que los fondos destinados a la cancelación de obligaciones derivadas de contratos estatales pueden ser entregados en administración fiduciaria (art. 25-20).

La *fiducia pública*, la cual constituye una nueva figura jurídica, creada por la ley 80 de 1993, y que si bien porta el nombre de fiducia se diferencia en varios elementos esenciales de la tradicional fiducia mercantil[[60]](#footnote-61). (Cursiva fuera del original)

De esta manera, las entidades estatales pueden suscribir tanto contratos de fiducia pública como encargos fiduciarios, teniendo en cuenta que estos últimos se limitan a la administración o el manejo de los recursos vinculados a los contratos que tales entidades celebren, así como a los pagos correspondientes a los contratos celebrados por las entidades para la prestación de los servicios de salud y para los fondos destinados a la cancelación de obligaciones derivadas de contratos estatales, los cuales pueden ser entregados en administración fiduciaria.

Ahora bien, de la jurisprudencia constitucional anteriormente señalada se entiende que las entidades estatales pueden suscribir contratos de fiducia mercantil. Sin embargo, el Consejo de Estado consideró que la Ley 80 de 1993 tiene como objetivo restringir los negocios fiduciarios que pueden celebrar los entes públicos, y por ello, a pesar de que el contrato de fiducia pública es diferente al de fiducia mercantil, la constitución de patrimonios autónomos por parte de entidades estatales solamente debe darse en virtud de una autorización legal[[61]](#footnote-62).

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente comparte esta posición, y por tanto considera que la constitución de patrimonios autónomos, por parte de entidades estatales solo puede darse en virtud de una disposición legal expresa. En efecto, en respuesta a la consulta con radicado No. 4201912000004359 y con radicado de salida No. 2201913000005645 del 8 de agosto de 2019, esta Agencia manifestó que: «Es posible que una entidad estatal celebre un contrato de fiducia mercantil y con él se constituya un patrimonio autónomo, siempre que una norma especial lo autorice. Esta fiducia mercantil es diferente a la fiducia pública definida en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y se rige por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en los aspectos particularmente regulados en la Ley 80 de 1993».

Por ello, debe destacarse que en caso de que no exista norma que autorice la fiducia mercantil, se está ante un negocio fiduciario que debe respetar lo establecido por el numeral 5 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que entre sus reglas dispone: «La fiducia que se autoriza para el sector público en esta ley, nunca implicará transferencia de dominio sobre bienes o recursos estatales, ni constituirá patrimonio autónomo del propio de la respectiva entidad oficial, sin perjuicio de las responsabilidades propias del ordenador del gasto» y «Los actos y contratos que se realicen en desarrollo de un contrato de fiducia pública o encargo fiduciario cumplirán estrictamente con las normas previstas en este estatuto, así como con las disposiciones fiscales, presupuestales, de interventoría y de control a las cuales esté sujeta la entidad estatal fideicomitente».

Debe señalarse que la contratación derivada de negocios fiduciarios se rige por el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, como lo establece el artículo 32: «Los actos y contratos que se realicen en desarrollo de un contrato de fiducia pública o encargo fiduciario cumplirán estrictamente con las normas previstas en este estatuto, así como con las disposiciones fiscales, presupuestales, de interventoría y de control a las cuales esté sujeta la entidad estatal fideicomitente», razón por la cual la contratación derivada del contrato fiduciario se regirá por la Ley 80 de 1993, salvo que alguna ley especial permita que el patrimonio autónomo actúe de forma diferente.

De conformidad con lo expuesto, se entiende que las entidades estatales pueden entregar el manejo de recursos con el fin de hacer pagos o desembolsos derivados de un contrato estatal, ya sea por fiducia pública o encargo fiduciario. Sin embargo, el inciso 7, del numeral 5, del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, prohíbe que se constituya patrimonio autónomo en virtud de estos negocios fiduciarios. En estos casos, la entidad estatal mantiene la propiedad de los recursos y por ello conserva el control sobre ellos. Solo en supuestos excepcionales, en los que exista autorización legal expresa, ciertas entidades estatales podrán transferir la propiedad de recursos públicos a un patrimonio autónomo. Incluso esta transferencia de propiedad debe tener una finalidad específica y la entidad mantiene la obligación de vigilar que se cumplan los fines estatales que motivaron la contratación. En consecuencia, la entidad estatal debe conservar el control de los recursos entregados al patrimonio autónomo.

El concepto de la Contraloría General de la República, con radicado 2006EE62754 del 6 de diciembre de 2006, reiterado en concepto OJ-CGR 084 de 2017[[62]](#footnote-63), dicha entidad consideró que la transferencia de recursos no implica dominio pleno de ellos por parte del fiduciario[[63]](#footnote-64), sino que tiene un carácter instrumental. Por ello el administrador del patrimonio autónomo no tiene facultad de disponer libremente de los recursos públicos[[64]](#footnote-65).

En síntesis, el contrato de fiducia mercantil es diferente del contrato de fiducia pública, regulado en el numeral 5º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, pues este último nunca implicará transferencia de dominio sobre bienes o recursos estatales, ni constituirá patrimonio autónomo del propio de la respectiva entidad estatal. En este contexto, la constitución de patrimonios autónomos por parte de entidades estatales solamente puede darse en virtud de una autorización legal. Respecto de la fiducia pública y el encargo fiduciario, el Consejo de Estado ha precisado que el primero constituye un contrato nuevo y autónomo y el segundo se autoriza solamente para administrar o manejar los recursos vinculados a contratos que las entidades estatales celebren lo cual se encuentra en consonancia con la disposición según la cual los pagos correspondientes a los contratos celebrados por las entidades para la prestación de los servicios de salud, se pueden hacer mediante encargos fiduciarios y con aquella que establece que los fondos destinados a la cancelación de obligaciones derivadas de contratos estatales pueden ser entregados en administración fiduciaria[[65]](#footnote-66).

**3. Respuesta**

«1.De acuerdo con el Art. 2.2.1.1.2.2.1 del decreto 1082/2015 en concordancia con el Art. 30 numeral 5 de la ley 80/1993, la entidad estatal puede expedir adendas para modificar el cronograma una vez vencido el término para la presentación de ofertas (esto es el momento del cierre) **y antes de la adjudicación del contrato** (esto es el acto administrativo unilateral expedido por el ordenador del gasto, mediante el cual selecciona al mejor oferente según criterios establecidos en el pliego de condiciones definitivo, según Art. 9 Ley 1150/2007). Por tanto: **A. ¿La Entidad Pública, dentro de la Audiencia de Apertura de Sobre Económico y Adjudicación, puede expedir y publicar Adenda, para efectos de modificar, corregir o aclarar en el cronograma del proceso, la fecha definitiva para la expedición o publicación del acto administrativo de adjudicación o declaratoria de desierto del proceso contractual? De ser afirmativa la respuesta, dicha Adenda ¿gozaría de plena eficacia jurídica por ser emitida oportunamente, es decir, antes de la adjudicación del contrato?**»

En el caso de las licitaciones públicas para seleccionar contratistas de obra pública, en la audiencia efectiva de adjudicación, por disposición del inciso final del parágrafo 3º del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, adicionado por el artículo 1 de la Ley 1882 de 2018, se deben llevar a cabo tres actuaciones adicionales a la adjudicación del contrato: *primero*, la entidad debe permitir a los proponentes que realicen observaciones en relación con el informe final de evaluación. *Segundo*, se abre el sobre número dos (2), que contienen la oferta económica y se evalúan las propuestas mediante el método establecido en el pliego de condiciones. Y, *tercero*, a los proponentes habilitados se les corre traslado de la evaluación de las ofertas económicas, solo para la revisión «del aspecto económico», luego de lo cual la entidad debe proceder a establecer el orden de elegibilidad y, finalmente, a adjudicar el contrato estatal. Así las cosas, aunque son tres actuaciones adicionales a la adjudicación, se surten en la misma oportunidad y etapa, esto es, en la *audiencia efectiva de adjudicación*.

En este contexto, teniendo en cuenta que el artículo 2.2.1.1.2.2.1 de Decreto 1082 de 2015 dispone que la entidad estatal puede expedir adendas para modificar el cronograma una vez vencido el término para la presentación de las ofertas y antes de la adjudicación del contrato, en las licitaciones públicas para seleccionar contratistas de obra pública, la entidad podrá expedir adendas para modificar el cronograma antes del inicio de la etapa de la *audiencia efectiva de adjudicación,* en la cual se adjudica el contrato, para modificar los plazos de las siguientes etapas. Por consiguiente, a juicio de esta Agencia no es viable que durante el desarrollo de esta audiencia se realicen modificaciones al cronograma en relación con la adjudicación del contrato, pues esta actuación no es una oportunidad independiente o una etapa siguiente de la *audiencia efectiva de adjudicación* sino que hace parte de ella*.* Por demás, debe precisarse que en lo que respecta a la publicación del acto de adjudicación la entidad cuenta con un plazo de 3 días para realizarlo conforme el artículo 2.2.1.1.1.7.1 del Decreto 1082 de 2015.

Finalmente, es importante señalar que según lo dispone el numeral 1 del artículo 2.2.1.2.1.1.2. del Decreto 1082 de 2015, en la audiencia de adjudicación la entidad tiene la potestad de suspender la audiencia cuando considere necesario verificar lo propuesto por alguno de los oferentes. Con el fin entender las reglas de la audiencia de adjudicación del artículo 2.2.1.2.1.1.2. Decreto 1082 de 2015 y las adicionadas por el artículo 1 de la Ley 1882 de 2018, tratándose de licitación pública para celebrar un contrato de obra, esta Agencia considera que es factible realizar una interpretación armónica y sistemática de las dos normas en el entendido de que la suspensión de la audiencia de adjudicación procede aun a instancias del momento posterior a la apertura del segundo sobre que contiene la oferta económica, cuando dicha suspensión tenga origen en observaciones de los proponentes habilitados que fueron formuladas con ocasión del traslado previsto en la ley para la revisión del aspecto económico de la evaluación, previo a establecer el orden de elegibilidad.

«2.Teniendo en cuenta que el Art. de la Iey 1474 de 2011 establece al plan anual de adquisiciones (PAA) como parte del plan de acción, por lo tanto, la entidad estatal puede elaborarlo, aprobarlo y aplicar lo planeado, independiente del plazo que posee para publicar en el SECOP, que vence el 31 de enero, **A. ¿una Entidad Estatal celebrar contratos en el mes de enero sin haber publicado en el SECOP el PAA? B. ¿es viable jurídicamente para la Entidad estatal, realizar estudios previos, celebrar y ejecutar contratos durante el mes de enero con anterioridad al vencimiento del plazo para la publicación del Plan Anual de Adquisiciones en el SECOP? C. ¿La publicación del Plan Anual de Adquisiciones (PAA) en el SECOP, es requisito para su existencia o eficacia, o solo es requerido para su oponibilidad? D. ¿CuáI es la consecuencia de celebrar contratos sin publicar el Plan Anual de Adquisiciones (PAA) en el SECOP a más tardar el 31 de enero? E. ¿Qué alternativa poseen las entidades que no poseen conectividad de internet, para publicar su Plan Anual de Adquisiciones (PAA) antes del 31 de enero? F. ¿Es posible publicar el Plan Anual de Adquisiciones (PAA) con posterioridad al 31 de enero, cuando exista justa causa para no haberlo efectuado dentro del término?**»

Conforme al artículo 74 de la Ley 1474 de 2011, las entidades elaboran el plan anual de adquisiciones *para el año siguiente*. En esta medida, considerando que el artículo 2.2.1.1.1.4.1 del Decreto 1082 de 2015 dispone que este documento «[…] debe contener la lista de bienes, obras y servicios que pretenden adquirir *durante el año*» (Énfasis fuera de texto), la celebración de contratos supone que estas necesidades deben estar previamente determinadas en el plan anual, el cual deberá publicarse para que la entidad inicie con la gestión contractual durante la vigencia fiscal.

Reiterando las consideraciones del Concepto Unificado CU-348 del 30 de julio de 2020 de esta Agencia, la lógica de un instrumento de planeación como el plan anual de adquisiciones es, de un lado, permitir a la entidad estimar los bienes, obras y servicios a adquirir, y del otro permitir a los potenciales oferentes conocer las contrataciones que se realizarán. Planear, por definición, implica preparar o trazar actuaciones para el futuro, es decir, no es posible planear hacia el pasado. Por lo mismo, carece de sentido que el instrumento de planeación en materia de compras y contratación se elabore y publique con posterioridad a la celebración de algunos contratos, pues si se publicara el 31 de enero, es decir, en el término máximo previsto por la ley, los contratos celebrados durante el primer mes de año no entrarían en el plan de adquisiciones y no sería posible incluirlos de manera posterior. Esto significa que la celebración de contratos sin la publicación previa del plan anual de adquisiciones que incluya estas necesidades implica el desconocimiento de las normas mencionadas en el párrafo precedente.

En ese orden de ideas, el plan anual de adquisiciones debe elaborarse y publicarse antes de la celebración de cualquier contrato estatal, pues solo esta interpretación de la norma permite que se materialicen verdaderamente las finalidades de este instrumento de planeación en el ordenamiento colombiano, permitiendo a los potenciales oferentes conocer las contrataciones que se realizarán. Las entidades del Estado tienen la posibilidad de publicar el plan anual de adquisiciones hasta el 31 de enero del año en curso. Pese a ello, dicha publicación debe anteceder la celebración del primer contrato del año. En este sentido, tanto la elaboración como la publicación del plan anual de adquisiciones son obligaciones legales que deben cumplir las entidades estatales en los términos señalados y la norma no contempla excepciones para dicho plazo.

En consecuencia, el incumplimiento de este deber legal podría acarrear para el servidor público responsable de tal publicación las sanciones en sede disciplinaria o de responsabilidad fiscal, cuando las autoridades competentes en dichas materias consideren que hay lugar a ello. En todo caso, atendiendo a las circunstancias concretas, será la entidad la responsable de tomar las medidas necesarias y asumir acciones o consecuencias que correspondan y realizar las justificaciones respectivas a las autoridades competentes.

«3**.** Acorde con la normativa del sistema del Sistema de Compra Publica y en especial lo contemplado en el Art. 34 la Iey 2069 de 2020 que modifica el Art. 12 de la Iey 1150 de 2007, de cara a lo expresado en el Art. 2.2.1.2.4.2.2 del Decreto 1082 de 2015 **A. ¿En la actualidad, es posible limitar a MIPYMES los procesos de selección susceptibles de ello? B. Existe actualmente una derogatoria tacita del Art. 2?2.1.2.4.2.2 del Decreto 1082 de 2015 respecto a lo contemplado en el Art. 34 la Iey 2069 de 2020 que modifica el Art. 12 de la Iey 1150 de 2007?**»

De las consideraciones efectuadas en este concepto, puede concluirse que, además de la pérdida de fuerza ejecutoria del artículo 2.2.1.2.4.2.2 original del Decreto 1082 de 2015, por la desaparición de su fundamento de derecho, se advierte una manifiesta oposición entre dicho enunciado normativo y el nuevo contenido del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020. Ante esta contradicción, debe aplicarse la consecuencia jurídica prevista en el artículo 84 de la Ley 2069 de 2020, según la cual esta «deroga […] todas las disposiciones que le sean contrarias». Por ello, puede afirmarse que, además del decaimiento del artículo 2.2.1.2.4.2.2. del Decreto 1082 de 2015, debe entenderse derogado.

Además, no es válido aducir que los apartados normativos del artículo 2.2.1.2.4.2.2. original del Decreto 1082 de 2015 que, en su texto, no sean contrarios a la nueva regulación contenida en el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020 pueden seguirse aplicando. Esta afirmación no es admisible, porque el artículo 34, reiteradamente, señala que el gobierno nacional debe definir las condiciones para la aplicación de las reglas expedidas, que permitan llevar a cabo las convocatorias limitadas a Mipymes, lo cual demuestra la voluntad legislativa de establecer la necesidad de una nueva reglamentación de la materia. En tal sentido, las entidades estatales, los patrimonios autónomos constituidos por estas y los particulares que ejecuten recursos públicos, actualmente no pueden adoptar convocatorias limitadas a Mipymes, pues al tenor del artículo 34 de la Ley 2069 de 2020, la eficacia de esta norma quedó condicionada a la expedición del decreto reglamentario que fije las condiciones de su operatividad.

A este respecto, es necesario precisar que en desarrollo de la Ley 2069 de 2020 se expidió el Decreto 1860 del 24 de diciembre de 2021 mediante el cual se reglamentan los artículos 30, 31, 32, 34 y 35 de la Ley 2069 de 2020, en lo relativo al sistema de compras públicas, cuyo artículo 5 modificó los artículos 2.2.1.2.4.2.2., 2.2.1.2.4.2.3. y 2.2.1.2.4.2.4. del Decreto 1082 de 2015 determinó las condiciones y los montos para la adopción de convocatorias limitadas a Mipyme, las limitaciones territoriales y la acreditación de los requisitos para participar en convocatorias limitadas. Sin embargo, conforme al artículo 8 las disposiciones contenidas en dicho decreto se aplicarán a los procedimientos de selección cuya invitación, aviso de convocatoria o documento equivalente se publique a los tres (3) meses contados a partir de su expedición. Por tanto, las convocatorias limitadas a Mipyme establecida en este Decreto deberá ser aplicada a los procedimientos de selección cuya invitación, aviso de convocatoria o documento equivalente se publique con posterioridad al 24 de marzo de 2022.

Así las cosas, actualmente las entidades estatales, los patrimonios autónomos constituidos por estas y los particulares que ejecuten recursos públicos, no pueden adoptar convocatorias limitadas a Mipymes, puesto que el artículo 5 del Decreto 1860 de 2021, que modificó el artículo 2.2.1.2.4.2.2 del Decreto 1082 de 2015, entrará en vigencia para los procedimientos de selección cuya invitación, aviso de convocatoria o documento equivalente se publique a partir del 24 de marzo de 2022.

«4. El Art. 2.2.1.1.1.7.1. del Decreto 1082-20 15 que establece: “La Entidad Estatal está obligada a publicar en el SECOP los **Documentos del Proceso** y **los actos administrativos del Proceso de Contratación**, dentro de los tres (3) días siguientes a **su expedición**. La oferta que debe ser publicada es la del adjudicatario del Proceso de Contratación. Los documentos de las operaciones que se realicen en bolsa de productos no tienen que ser publicados en el SECOP”.

De acuerdo con las definiciones del Art. 2.2.1.1.1.1 del Decreto 1082-2015 los **documentos del proceso** que la entidad debe publicar son taxativos, tal como se proceden a enunciar: **(a)** los estudios y documentos previos; **(b)** el aviso de convocatoria; **(c)** los pliegos de condiciones o la invitación**; (d)** las Adendas; **(e)** la oferta; **(f)** el informe de evaluación; **(g)** el contrato; y cualquier otro documento **expedido por la Entidad Estatal durante el Proceso de Contratación.**

**A. ¿eI termino de tres (3) días para publicación en el Secop, bajo el principio de legalidad, solo es aplicable a los documentos del proceso contenidos en el Art. 2.2.1.1.1.3.1 del Decreto 1082-2015 y cualquier otro documento expedido por la entidad estatal que, en síntesis, son los actos administrativos del Proceso de Contratación?**

**B. ¿se debe entender que cualquier acto unilateral de la entidad que en el proceso de contratación sea expedido es susceptible de ser publicado, dentro de los tres (3) días que expresa la norma en el Art. 2.2.1.1.1.7.1. del Decreto 1082-2015?**

**E**. Bajo el principio de legalidad, los documentos **NO expedidos** por la entidad estatal de forma unilateral, o sea aquellos celebrados de forma bilateral y que no están incluidos en el Art. 2.2.1.1.1.3.1 del Decreto 1082-2015, ¿**Ies es aplicable el término imperativo de los tres (3) días, contenido en Art. 2.2.1.1.1.7.1. del Decreto 1082-2015?**

**F.** Teniendo en cuenta que los documentos originados bajo el acuerdo de voluntades y dado que no derivan de una expedición (propia del acto administrativo, como pronunciar un auto o decreto) sino de una celebración o perfeccionamiento, poseen naturaleza bilateral, un ejemplo son las actas de inicio, que al no estar previstas en la Iey, si pertenecen a la voluntad de las partes para su perfeccionamiento y por ende, al no estar incluidas en el Art. 2.2.1.1.1.3.1 del Decreto 1082-20 15, **¿no deberían estar sujetos a la aplicación del término taxativo del Art. 2.2.1.1.1.7.1. del Decreto 1082-2015, bajo el principio de legalidad?**

**G.** Acorde con el Art. 11 literal (g) de la ley 1712-2014, **¿los documentos del proceso de contratación de naturaleza bilateral deben ser publicados en un término oportuno en garantía del derecho del acceso a la información contenido? De ser así, ¿cuál sería el término oportuno? ¿dependerá este de las condiciones particulares de cada entidad estatal y su acceso a sistemas tecnológicos y de conectividad a internet, teniendo en cuenta que existen lugares aislados y de difícil acceso a plataformas virtuales en el territorio nacional?**

**J. ¿Cuáles son las diferencias entre un acto administrativo, un acto administrativo contractual y documentos de naturaleza bilateral?**»

Las anteriores preguntas, por su unidad temática, se responden en conjunto. El deber de publicar la actividad contractual de las entidades estatales no solo está regulado en el artículo 3 de la Ley 1150 de 2007 y en el artículo 2.2.1.1.1.7.1. del Decreto 1082 de 2015, sino también en la Ley 1712 de 2014, y en el Decreto 1081 de 2015, normas que no solo refuerzan y complementan al régimen de contratación estatal en cuanto a la publicidad, sino que lo amplían, para incluir la publicación de los «procedimientos» y la información relativa a la «gestión contractual», sin el condicionamiento de tratarse exclusivamente de los *Documentos del Proceso* expedidos exclusivamente por la «entidad estatal».

Al establecerse la obligación de publicar los «procedimientos» y la «información de la gestión contractual» en el SECOP, se incorporó una visión omnicomprensiva de la actividad contractual que debe publicarse, comoquiera que la noción de procedimiento debe asimilarse a la de *Proceso de Contratación,* lo que implica que la publicación que corresponde a las entidades estatales, como sujetos obligados en el marco de la Ley 1712 de 2014, se extienda a todo el desarrollo del procedimiento, desde la etapa de planeación hasta el vencimiento de las garantías, incluyendo cada actuación que se produzca en ese lapso. Esto quiere decir que las entidades estatales, además de los documentos y actos administrativos ­­–de trámite o definitivos– que expiden durante los procedimientos de contratación*,* deben publicar los documentos que los impulsan y materializan, incluso los que no produce la entidad, pero que hacen parte del procedimiento, como las observaciones formuladas por la ciudadanía al proyecto de pliego de condiciones, o por los proponentes al informe de evaluación, aclaraciones a las ofertas realizadas por los oferentes, y cualquier otra actuación que a pesar de no tener origen en la entidad estatal, ni caber en estricto sentido en lo que se entiende con la expresión *Documento del Proceso,* hace parte de su desarrollo, y que por disposición de la Ley de transparencia y acceso a la información pública, debe publicar la entidad de manera proactiva.

De esta manera, las disposiciones del EGCAP y la normativa de la transparencia y el acceso a la información pública, deben ser interpretadas de manera complementaria. Esto significa que a pesar de que los documentos objeto de publicación según el Decreto 1082 de 2015, se encuentren recogidos dentro de los que deben ser publicados conforme a la Ley 1712 de 2014 y el Decreto 1081 de 2015, deberán respetarse los aspectos expresamente regulados en cada norma, como, por ejemplo, el término de publicación de los tres (3) días siguientes a su expedición y la excepción de publicación de los documentos de las operaciones que se celebren en bolsa de productos, conforme al artículo 2.2.1.1.1.7.1. y 2.2.1.2.1.2.14. del Decreto 1082 de 2015.

Así las cosas, todos los actos administrativos o documentos que se produzcan con ocasión del proceso contractual deben publicarse dentro de los tres (3) días siguientes a su expedición, con independencia que sean expedidos unilateralmente por la entidad contratante o que sean documentos suscritos por las partes. En este contexto, debe tenerse en cuenta que el acto administrativo es una manifestación unilateral de la administración tendiente a producir efectos jurídicos.

De este modo, los actos administrativos contractuales son aquellos que expide la administración en desarrollo de la actividad contractual; y los documentos que se originan durante la ejecución del contrato suscritos por el contratante y contratista no son actos administrativos, pues no son manifestaciones unilaterales de voluntad, dado su carácter bilateral, al ser producidos por las partes, de manera que hacen parte de los documentos del contrato. Sin embargo, para efectos de la publicidad de los documentos en el SECOP esta distinción es indiferente, en la medida que, como se indicó, deben publicarse en el SECOP todos los documentos expedidos por la entidad durante las etapas precontractual, de ejecución y postcontractual, así como cualquier documento producido o expedido con ocasión del Proceso de Contratación, aunque se trate de actos bilaterales, como el contrato o sus modificaciones. Por ello, tanto el acta de inicio, en caso de que las partes acuerden la suscripción de este documento para dar inicio formal a la ejecución del contrato, al igual que la liquidación bilateral son documentos del contrato que, aunque no tengan el carácter de acto administrativo en la medida en que no son una manifestación unilateral de la administración, sino un acuerdo de voluntades, deben ser publicados en el SECOP de acuerdo con el marco normativo expuesto.

Por último, debe tenerse en cuenta que el término de tres (3) días para publicar, en la práctica, no opera en todas las actuaciones generadas de manera electrónica dentro de los procedimientos gestionados a través del SECOP II, comoquiera que algunos documentos son creados o expedidos mediante la propia plataforma, razón por la que una vez estos se aprueban quedan inmediatamente publicados, sin que transcurra el referido término.

**C.** A la Iuz del sistema de compra pública y del ordenamiento jurídico colombiano **¿eI acta de inicio es un acto administrativo?**

De conformidad con el artículo 40 de la Ley 80 de 1993, en los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración. En este contexto, las entidades podrán acordar en sus contratos que el plazo de ejecución pactado empiece a correr previa suscripción de un acta de inicio. Por lo general, en la práctica, este documento es firmado por las partes contratantes, de un lado el contratista y, del otro, el supervisor y/o interventor por parte de la entidad, según sea el caso. De este modo, atendiendo la consulta planteada, el acta de inicio no se trata de un acto administrativo sino de un documento que suscriben las partes durante la fase de ejecución del contrato, en atención a las estipulaciones contractuales, para que se dé inicio formal a la ejecución del contrato.

**D.** A la luz del sistema de compra pública y del ordenamiento jurídico colombiano **¿eI acta de liquidación bilateral es un acto administrativo?**

La liquidación bilateral es un negocio jurídico, en el que las partes del contrato estatal, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, regulan la finalización de su relación y disponen de los intereses que emanan de ella. Asimismo, tiene efectos transaccionales, puesto que las declaraciones y expresiones incorporadas en la correspondiente acta son reconocidas y protegidas por el ordenamiento jurídico, siempre y cuando no sean contrarias a la Constitución Política, la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres, y los principios y finalidades del Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública y de la buena administración. En tal sentido, para efectos de la consulta, vale aclarar que la liquidación bilateral no es un acto administrativo, en la medida en que no es una manifestación unilateral de la administración, sino un acuerdo de voluntades de las partes contratantes.

«**H. ¿Cuándo es procedente la aplicación analógica de la Iey153 de 1887, respecto de las normas del sistema de compra pública?**»

La parte primera de Ley 153 de 1887 establece reglas generales sobre validez y aplicación de las leyes que resultan aplicables a todas las leyes independientemente de la materia que regulen. Por lo tanto, respecto de las normas de contratación pública resultará aplicable la Ley 153 de 1887 atendiendo al asunto en concreto y de acuerdo con las circunstancias particulares de cada caso.

**I.** El Art. 2.2.1.1.1.7.1. del Decreto 1082-2015 es claro e imperativo, sin embargo, **¿habría lugar a una aplicación analógica de la Ley 153 de 1887 de hacer extensivo este término de tres (3) días, a documentos que nacen de una celebración (bilaterales) que no se hallan dentro de los siete (7) documentos del proceso enunciados explícitamente (lit. a - g) del Art. 2.2.1.1.1.3.1 del Decreto 1082-2015 o a aquellos de la ejecución contractual que se rigen bajo normas diferentes al Art. 2.2.1.1.1.7.1. del Decreto 1082-2015?**

Como se expuso las consideraciones de este concepto, el artículo 2.2.1.1.1.7.1. del Decreto 1082 de 2015 contiene un listado enunciativo y no taxativo, porque además de los documentos enlistados, el artículo 2.2.1.1.1.3.1 Ibídem recoge en la noción de Documentos del Proceso «cualquier otro documento expedido por la Entidad Estatal durante el Proceso de Contratación». En este sentido, para identificar los documentos que deben publicarse, es necesario realizar una interpretación sistemática de las disposiciones del Decreto 1082 del 2015, Ley 1712 de 2014 y el Decreto 1081 de 2015. De esta manera, la interpretación sistemática de estas normas, de acuerdo con el principio de publicidad, indica que las entidades estatales tienen la obligación de publicar todos los documentos que expidan con ocasión del Proceso de Contratación y la información relativa a la gestión contractual. Así, desde la fase de planeación hasta «el vencimiento de las garantías de calidad, estabilidad y mantenimiento, o las condiciones de disposición final o recuperación ambiental de las obras o bienes o el vencimiento del plazo, lo que ocurra más tarde», lo que significa que todos los documentos expedidos por la entidad durante las etapas precontractual, de ejecución y postcontractual, aunque se trate de actos bilaterales, como el contrato o una modificación del mismo, deberán ser publicados en SECOP dentro de los tres (3) días siguientes a su expedición, para cumplir el deber de publicidad regulado por el artículo 2.2.1.1.1.7.1. del Decreto 1082 de 2015.

«**K. Según Ley 80-1993, el acto final del proceso de contratación es la adjudicación o declaratoria de desierto, dentro de la fase precontractual que se rige en su mayoría por actos unilaterales?**»

El acto final del procedimiento de selección dependerá de cada modalidad de selección, de acuerdo con las normas que los rigen. En el caso de la licitación pública, el acto final corresponde al acto de adjudicación, que es «la actuación terminal de la fase del procedimiento de selección, e implica la manifestación definitiva de la voluntad de la Administración de realizar la contratación con uno o varios oferentes determinados»[[66]](#footnote-67); o en su defecto, la declaratoria de desierta, en los casos en los cuales se fundamente esta decisión.

«**L.** Según el Art. 141 entre otros de Ley 1437-2011 y lo contemplado en la ley 80-1993, **¿la etapa de ejecución va desde la celebración del contrato hasta la terminación de este, (fase contractual) regida por actos bilaterales y en donde se encuentran algunos de los actos administrativos contractuales?**»

De conformidad con las nomas de la Ley 80 de 1993 y lo señalado por la jurisprudencia del Consejo de Estado, la etapa contractual se compone de «a) legalización y perfeccionamiento del contrato, verificación de los requisitos de ejecución del mismo, b) ejecución propiamente dicha y c) terminación». En este contexto, en la etapa contractual se encuentran los documentos de ejecución del contrato como el acta de inicio, los otrosíes, las garantías, actas parciales, los actos administrativos expedidos con ocasión de la ejecución del contrato, como los correspondientes a los procesos por incumplimiento contractual que se lleven a cabo conforme al artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, los informes de supervisión y/o interventoría, entre otros.

«**M.** Según el sistema de compra publica, **¿se entiende por fase poscontractual aquella regida desde la liquidación en adelante hasta el rompimiento total del vínculo y cierre del expediente?**»

En relación con la «etapa postcontractual», es preciso resaltar que esta no se encuentra definida en el EGCAP y su desarrollo ha sido eminentemente jurisprudencial y doctrinario. A este respecto, el Consejo de Estado señala que la etapa postcontractual «se compone de la liquidación del contrato y comprende el balance financiero y contable del mismo en donde se hace el corte final de cuentas teniendo como punto de partida su objeto, valor y demás condiciones de este». En estos términos, liquidar supone un ajuste expreso y claro sobre las cuentas y el estado de cumplimiento de un contrato, de tal manera que conste el balance tanto técnico como económico de las obligaciones que estuvieron a cargo de las partes. En cuanto a lo primero, la liquidación debe incluir un análisis detallado de las condiciones de calidad y oportunidad en la entrega de los bienes, obras o servicios, y en cuanto a lo segundo dará cuenta del comportamiento financiero del negocio: recursos recibidos, pagos efectuados, estado del crédito o de la deuda de cada parte, entre otros detalles mínimos y necesarios para finiquitar una relación jurídica contractual.

Por su parte, de acuerdo con el artículo 2.2.1.1.2.4.3. del Decreto 1082 de 2015, el cierre del expediente del proceso de contratación es un acto de trámite propio de los contratos estatales en los que se hayan pactado garantías de calidad, estabilidad o mantenimiento, o cuando la entidad establezca condiciones de disposición final o recuperación ambiental de las obras o bienes contratados. De este modo, el cierre del expediente no es obligatorio en todos los contratos estatales, por lo que no puede considerarse como un acto generalizado que finalice el proceso de contratación.

«**5.** Acorde con lo contemplado en el Estatuto Orgánico del presupuesto y demás normas concordantes con el estatuto de contratación estatal:

**A. ¿Cuáles son los límites y excepciones en la aplicación del principio de anualidad?**

**B. ¿Puede una entidad pública celebrar contratos en el mes de diciembre, comprometiendo el recurso económico dentro de la vigencia fiscal actual, pero, extendiendo su ejecución más allá del día 31 de dicho mes? De ser afirmativa la respuesta, ¿necesitaría de alguna autorización especial de algún órgano o entidad estatal?**

**C. Acorde con la necesidad de la Entidad Estatal, un contrato de prestación de servicios, cualquiera sea su tipo, puede celebrarse en el mes de diciembre y extenderse su ejecución al año siguiente, con recursos de la vigencia fiscal anterior?**

**D. La Entidad Estatal, puede prorrogar un contrato cuya ejecución haya (SIC) hasta al 31 de diciembre, para continuar en la vigencia anual siguiente? ¿De ser afirmativa la respuesta, necesitaría de alguna autorización especial de algún órgano o entidad estatal?**

**E. La Entidad Estatal, puede adicionar un contrato en el mes de diciembre de la vigencia fiscal actual, para que sea ejecutado durante ese mes y el mes de enero de la vigencia siguiente? ¿De ser afirmativa la respuesta, necesitaría de alguna autorización especial de algún órgano o entidad estatal?**

**F. ¿Qué diferencia hay entre reserva presupuestal, reserva presupuestal de negocio jurídico no perfeccionado del inciso 2 del artículo 8 de la Iey 819/2003, reserva de tramite negocial, reserva de apropiación, reserva de caja, pasivos exigibles por vigencias expiradas, y vigencias futuras?**»

Las anteriores preguntas, por su unidad temática, se responden en conjunto, dentro del ámbito de competencias de la Agencia. La anualidad del gasto es uno de los principios rectores de la actividad contractual pública, conforme al cual las entidades deben planear sus contrataciones de manera que sus compromisos contractuales sean atendidos durante la respectiva vigencia fiscal comprendida entre el 1 de enero y el 31 de diciembre. En este sentido, la regla general es que las entidades estatales solo pueden adquirir compromisos presupuestales que no excedan en su ejecución la vigencia fiscal en la que se suscribe el respectivo contrato.

Dentro los mecanismos presupuestales que constituyen excepciones al principio de anualidad se identifican i) las vigencias futuras, ii) las cuentas por pagar y iii) las reservas presupuestales. Las *primeras*, de conformidad con el artículo 23 del Estatuto Orgánico del Presupuesto*,* serefieren a la autorización que deben solicitar las entidades para asumir obligaciones que afectarán los presupuestos siguientes a los de la vigencia fiscal en la que inició la ejecución. Las *segundas,* esto es, las cuentas por pagar consisten en obligaciones cumplidas en la vigencia actual, correspondientes a los anticipos pactados en los contratos y a la entrega de bienes y servicios, de las cuales solo se encuentra pendiente el pago de acuerdo con los compromisos presupuestales adquiridos por la entidad. Y las *terceras,* las reservas presupuestales suponen que «Al cierre de la vigencia fiscal cada órgano constituirá las reservas presupuestales con los compromisos que al 31 de diciembre no se hayan cumplido, siempre y cuando estén legalmente contraídos y desarrollen el objeto de la apropiación. Las reservas presupuestales sólo podrán utilizarse para cancelar los compromisos que les dieron origen»[[67]](#footnote-68).

El pago de «pasivos – vigencias expiradas» procederán cuando se cumplan los parámetros expuestos en el artículo 49 de la Ley 2159 de 2021 «Por la cual se decreta el presupuesto de rentas y recursos de capital y ley de apropiaciones para la vigencia fiscal del 1° de enero al 31 de diciembre de 2022». Por su parte, con base en el artículo 8 de la Ley 819 de 2003 las entidades deberán realizar los ajustes presupuestales respectivos en los casos en que el contrato, producto de un proceso de contratación realizado en la vigencia anterior, se perfeccione en la vigencia siguiente. En estos casos, deberán atender a las normas presupuestales correspondientes.

Finalmente, es preciso reiterar que de conformidad con los artículos 3 numeral 5, y 11 numeral 8 del Decreto 4170 de 2011, a la Agencia, y en particular a esta Subdirección, se le atribuyó la competencia de «absolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general». En tal sentido, atendiendo al principio de legalidad, la competencia debe ejercerse con estricta sujeción a la norma que la atribuye, por lo que no le compete a esta entidad asesorar a las entidades o contratistas sobre la forma en que deben celebrar y ejecutar sus contratos ni pronunciarse sobre casos particulares o realizar asesorías enfocadas a resolver situaciones particulares. De este modo, corresponde a cada entidad en el marco de sus competencias, determinar en cada caso en concreto la procedencia de alguna de las excepciones al principio de anualidad y las autoridades que lo autoriza con sujeción estricta a las normas presupuestales que rigen la materia, las cuales se explicaron en las consideraciones de este concepto.

«**G. ¿Qué diferencia existe entre fiducia y encargo fiduciario en el ámbito presupuestal y en el ámbito la responsabilidad contractual estatal?**»

Como se manifestó en la parte inicial de este concepto, esta entidad solo tiene competencia para responder solicitudes sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. En consecuencia, en aras de satisfacer en la mayor medida de lo posible el derecho fundamental de petición y de esclarecer las palpables inquietudes del peticionario, se decantará esta pregunta en el preciso ámbito de las normas en materia de compras y contratación pública, en la cual resulta pertinente revisar la diferencia entre el contrato de fiducia mercantil, la fiducia pública y el encargo fiduciario.

El contrato de fiducia mercantil es diferente del contrato de fiducia pública, regulado en el numeral 5º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, pues este último nunca implicará transferencia de dominio sobre bienes o recursos estatales, ni constituirá patrimonio autónomo del propio de la respectiva entidad oficial. En este contexto, la constitución de patrimonios autónomos por parte de entidades estatales solamente puede darse en virtud de una autorización legal, como se explicó, con apoyo en el Consejo de Estado. Respecto de la fiducia pública y el encargo fiduciario, el Consejo de Estado ha precisado que el primero constituye un contrato nuevo y autónomo y el segundo se autoriza solamente para administrar o manejar los recursos vinculados a contratos que las entidades estatales celebren, lo cual se encuentra en consonancia con la disposición según la cual los pagos correspondientes a los contratos celebrados por las entidades para la prestación de los servicios de salud, se pueden hacer mediante encargos fiduciarios y con aquella que establece que los fondos destinados a la cancelación de obligaciones derivadas de contratos estatales pueden ser entregados en administración fiduciaria, como se explicó en el numeral 2.6 de este concepto.

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

Atentamente,

Texto

Descripción generada automáticamente

|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Tatiana Baquero Iguarán  Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Sebastián Ramírez Grisales  Gestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado Navarro  Subdirector 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-2)
2. Corte Constitucional. Sentencia C- 341 del 4 de junio de 2014. M. P. Mauricio González Cuervo. [↑](#footnote-ref-3)
3. Ley 1150 de 2007: «Artículo 3. De conformidad con lo dispuesto en la Ley 527 de 1999, la sustanciación de las actuaciones, la expedición de los actos administrativos, los documentos, contratos y en general los actos derivados de la actividad precontractual y contractual, podrán tener lugar por medios electrónicos. Para el trámite, notificación y publicación de tales actos, podrán utilizarse soportes, medios y aplicaciones electrónicas. Los mecanismos e instrumentos por medio de los cuales las entidades cumplirán con las obligaciones de publicidad del proceso contractual serán señalados por el Gobierno Nacional.

   » Lo anterior, sin perjuicio de las publicaciones previstas en el numeral 3 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993.

   »Con el fin de materializar los objetivos a que se refiere el inciso anterior, el Gobierno Nacional desarrollará el Sistema Electrónico para la Contratación Pública, Secop, el cual:

   […]

   »c) Contará con la información oficial de la contratación realizada con dineros públicos, para lo cual establecerá los patrones a que haya lugar y se encargará de su difusión a través de canales electrónico». [↑](#footnote-ref-4)
4. Ley 1712 de 2014: «Artículo 2. Toda información en posesión, bajo control o custodia de un sujeto obligado es pública y no podrá ser reservada o limitada sino por disposición constitucional o legal, de conformidad con la presente ley». [↑](#footnote-ref-5)
5. Ley 1712 de 2014: «Artículo 5. Ámbito de aplicación. Las disposiciones de esta ley serán aplicables a las siguientes personas en calidad de sujetos obligados:

   »a) Toda entidad pública, incluyendo las pertenecientes a todas las Ramas del Poder Público, en todos los niveles de la estructura estatal, central o descentralizada por servicios o territorialmente, en los órdenes nacional, departamental, municipal y distrital». Obsérvese que este artículo no efectúa distinción alguna sobre el régimen jurídico aplicable a los sujetos obligados. [↑](#footnote-ref-6)
6. «Artículo 2.1.1.2.1.7. Publicación de la información contractual. De conformidad con el literal (c) del artículo 3° de la Ley 1150 de 2007, el sistema de información del Estado en el cual los sujetos obligados que contratan con cargo a recursos públicos deben cumplir la obligación de publicar la información de su gestión contractual es el Sistema Electrónico para la Contratación Pública [SECOP]

   […].

   »Los sujetos obligados que contratan con recursos públicos y recursos privados, deben publicar la información de su gestión contractual con cargo a recursos públicos en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública [SECOP]». [↑](#footnote-ref-7)
7. Decreto 1082 de 2015: «Artículo 2.2.1.1.1.7.1. Publicidad en el SECOP. La Entidad Estatal está obligada a publicar en el SECOP los Documentos del Proceso y los actos administrativos del Proceso de Contratación, dentro de los tres (3) días siguientes a su expedición. La oferta que debe ser publicada es la del adjudicatario del Proceso de Contratación. Los documentos de las operaciones que se realicen en bolsa de productos no tienen que ser publicados en el SECOP.

   »La Entidad Estatal está obligada a publicar oportunamente el aviso de convocatoria o la invitación en los Procesos de Contratación de mínima cuantía y el proyecto de pliegos de condiciones en el SECOP para que los interesados en el Proceso de Contratación puedan presentar observaciones o solicitar aclaraciones en el término previsto para el efecto en el artículo 2.2.1.1.2.1.4 del presente decreto». [↑](#footnote-ref-8)
8. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 14 de diciembre de 2007. Exp. 24.715. C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

   [↑](#footnote-ref-9)
9. Si bien el artículo 2.2.1.1.1.7.1. del Decreto 1082 de 2015 no dice que el término para publicar sea de días hábiles, la Ley 4 de 1913, por un lado, en el artículo 59, establece que los plazos a los que se haga mención en la ley terminan a la medianoche, y que por día se entiende el espacio de veinticuatro horas; mientras que el artículo 62 establece que de los plazos de días señalados en la ley se entienden suprimidos los feriados, y que cuando se aluda a meses se computarán conforme al calendario, extendiéndose hasta el día hábil siguiente si el mes termina en un día feriado o vacante, lo que significa que lo días referidos en la ley deben entenderse como hábiles. Respecto a la noción de día hábil, son relevantes las consideraciones expuestas por esta Subdirección en el concepto C-160 del 3 de abril de 2020 –radicado No. 2202013000002420–, donde se expuso que «[…] los días hábiles se determinan según la entidad, ya que “cada entidad pública establece la jornada laboral, a través de su reglamento interno, dando certeza sobre los días que atienden al público, e indirectamente definiendo qué día es hábil en determinada institución”, por lo que días hábiles son aquellos de la semana durante los cuales las entidades públicas ejercen sus funciones al público, los cuales son, por regla general, todos los días de la semana, con excepción de los sábados, domingos y feriados previstos en la generalidad de entidades como días de descanso». [↑](#footnote-ref-10)
10. Decreto 1081 de 2015: «Artículo 2.1.1.2.1.7. Publicación de la información contractual. De conformidad con el literal (c) del artículo 3° de la Ley 1150 de 2007, el sistema de información del Estado en el cual los sujetos obligados que contratan con cargo a recursos públicos deben cumplir la obligación de publicar la información de su gestión contractual es el Sistema Electrónico para la Contratación Pública (SECOP).

    »Los sujetos obligados que contratan con cargo a recursos públicos deben publicar la información de su gestión contractual en el plazo previsto en el artículo 19 del Decreto 1510 de 2013, o el que lo modifique, sustituya o adicione.

    »Los sujetos obligados que contratan con recursos públicos y recursos privados, deben publicar la información de su gestión contractual con cargo a recursos públicos en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública (SECOP)». [↑](#footnote-ref-11)
11. Decreto 1081 de 2015: «Artículo 2.1.1.2.1.9. Publicación de procedimientos, lineamientos y políticas en materia de adquisición y compras. Para los sujetos obligados que contratan con cargo a recursos públicos, los procedimientos, lineamientos y políticas en materia de adquisición y compras de los que trata el literal g) del artículo 11 de la Ley 1712 de 2014 son los previstos en el manual de contratación expedido conforme a las directrices señaladas por la Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente–, el cual debe estar publicado en el sitio web oficial del sujeto obligado». [↑](#footnote-ref-12)
12. Decreto 1081 de 2015: «Artículo 2.1.1.2.1.10. Publicación del Plan Anual de Adquisiciones. Los sujetos obligados que contratan con cargo a recursos públicos deben publicar en su página web y en el SECOP el Plan Anual de Adquisiciones, de acuerdo con lo previsto en el artículo 74 de la Ley 1474 de 2011, el literal e) del artículo 9° de la Ley 1712 de 2014 y el Decreto 1510 de 2013, o el que lo modifique, sustituya o adicione.

    »Los sujetos obligados que no contratan con cargo a recursos públicos no están obligados a publicar su Plan Anual de Adquisiciones.

    »Los sujetos obligados que contratan con cargo a recursos públicos y recursos privados, deben publicar en su página web y en el SECOP el Plan Anual de Adquisiciones para los recursos de carácter público que ejecutarán en el año.

    »Se entenderá como definición de Plan Anual de Adquisiciones respecto a todos los sujetos obligados que contratan con recursos públicos, la prevista en el artículo 3° del Decreto 1510 de 2013, o el que lo modifique, sustituya o adicione». [↑](#footnote-ref-13)
13. Decreto 1081 de 2015: «Artículo 2.1.1.2.1.8. Publicación de la ejecución de contratos. Para efectos del cumplimiento de la obligación contenida en el literal g) del artículo 11 de la Ley 1712 de 2014, relativa a la información sobre la ejecución de contratos, el sujeto obligado debe publicar las aprobaciones, autorizaciones, requerimientos o informes del supervisor o del interventor, que prueben la ejecución del contrato». [↑](#footnote-ref-14)
14. Ley 1712 de 2014 «Artículo 2°. Principio de máxima publicidad para titular universal. Toda información en posesión, bajo control o custodia de un sujeto obligado es pública y no podrá ser reservada o limitada sino por disposición constitucional o legal, de conformidad con la presente ley». [↑](#footnote-ref-15)
15. Ley 1712 de 2014 «Artículo 3°. Otros principios de la transparencia y acceso a la información pública. En la interpretación del derecho de acceso a la información se deberá adoptar un criterio de razonabilidad y proporcionalidad, así como aplicar los siguientes principios:

      »Principio de transparencia. Principio conforme al cual toda la información en poder de los sujetos obligados definidos en esta ley se presume pública, en consecuencia de lo cual dichos sujetos están en el deber de proporcionar y facilitar el acceso a la misma en los términos más amplios posibles y a través de los medios y procedimientos que al efecto establezca la ley, excluyendo solo aquello que esté sujeto a las excepciones constitucionales y legales y bajo el cumplimiento de los requisitos establecidos en esta ley.

    […]

    »Principio de facilitación. En virtud de este principio los sujetos obligados deberán facilitar el ejercicio del derecho de acceso a la información pública, excluyendo exigencias o requisitos que puedan obstruirlo o impedirlo.

    […]

    » Principio de la divulgación proactiva de la información. El derecho de acceso a la información no radica únicamente en la obligación de dar respuesta a las peticiones de la sociedad, sino también en el deber de los sujetos obligados de promover y generar una cultura de transparencia, lo que conlleva la obligación de publicar y divulgar documentos y archivos que plasman la actividad estatal y de interés público, de forma rutinaria y proactiva, actualizada, accesible y comprensible, atendiendo a límites razonables del talento humano y recursos físicos y financieros […]». [↑](#footnote-ref-16)
16. El Consejo de Estado, Sección Cuarta. Sentencia del 22 de enero de 1987. C.P: Hernán Guillermo Aldana Duque [↑](#footnote-ref-17)
17. Ley 80 de 1993 «Artículo 24. Del principio de transparencia. En virtud de este principio:

    […]

    »4o. Las autoridades expedirán a costa de aquellas personas que demuestren interés legítimo, copias de las actuaciones y propuestas recibidas, respetando la reserva de que gocen legalmente las patentes, procedimientos y privilegios».

    [↑](#footnote-ref-18)
18. Ley 1712 de 2014«Artículo 2°. Principio de máxima publicidad para titular universal. Toda información en posesión, bajo control o custodia de un sujeto obligado es pública y no podrá ser reservada o limitada sino por disposición constitucional o legal, de conformidad con la presente ley». [↑](#footnote-ref-19)
19. MATALLANA CAMACHO Ernesto. Manual de Contratación de la Administración Pública. Reforma a la Ley 80 de 1993. Universidad Externado de Colombia, Cuarta edición, 2015, pp. 139.

    [↑](#footnote-ref-20)
20. Ley 1437 de 2011 «Artículo 24. Informaciones y documentos reservados. Solo tendrán carácter reservado las informaciones y documentos expresamente sometidos a reserva por la Constitución Política o la ley, y en especial:

    »1. Los relacionados con la defensa o seguridad nacionales.

    »2. Las instrucciones en materia diplomática o sobre negociaciones reservadas.

    »3. Los que involucren derechos a la privacidad e intimidad de las personas, incluidas en las hojas de vida, la historia laboral y los expedientes pensionales y demás registros de personal que obren en los archivos de las instituciones públicas o privadas, así como la historia clínica.

    »4. Los relativos a las condiciones financieras de las operaciones de crédito público y tesorería que realice la nación, así como a los estudios técnicos de valoración de los activos de la nación. Estos documentos e informaciones estarán sometidos a reserva por un término de seis (6) meses contados a partir de la realización de la respectiva operación.

    »5. Los datos referentes a la información financiera y comercial, en los términos de la Ley Estatutaria 1266 de 2008.

    »6. Los protegidos por el secreto comercial o industrial, así como los planes estratégicos de las empresas públicas de servicios públicos.

    »7. Los amparados por el secreto profesional.

    »8. Los datos genéticos humanos.

    »Parágrafo. Para efecto de la solicitud de información de carácter reservado, enunciada en los numerales 3, 5, 6 y 7 solo podrá ser solicitada por el titular de la información, por sus apoderados o por personas autorizadas con facultad expresa para acceder a esa información». [↑](#footnote-ref-21)
21. Resultan relevantes las consideraciones expuestas en el concepto C- 322 del 16 de junio de 2020 –radicado No. 2202013000005088–, sobre la aplicación del artículo 36 del CPACA en torno al manejo de información reservada en cuadernos separados: «tratándose de información sometida a reserva, considera esta Agencia que el tratamiento que corresponde a esta información es el procedente a partir de lo dispuesto en el artículo 36 del CPACA sobre la formación y examen de expedientes, en el que se establece que los documentos sometidos a reserva deberán insertarse en un cuaderno separado del expediente principal, el cual no podrá ser consultado por la ciudadanía o interesados en general. El manejo de estos documentos conforme lo indica esta norma, permite guardar la reserva a la que están sometidos dichos documentos en el marco de procesos de contratación, sin que se vean lesionados los intereses de los titulares de la información o contrariadas las normas del régimen de protección de datos personales». [↑](#footnote-ref-22)
22. Decreto 4170 de 2011: «Artículo 3. Funciones: La Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente– ejercerá las siguientes funciones: [...]

    »8. Desarrollar y administrar el Sistema Electrónico para la Contratación Pública (SECOP) o el que haga sus veces, y gestionar nuevos desarrollos tecnológicos en los asuntos de su competencia, teniendo en cuenta los parámetros fijados por el Consejo Directivo. [...]». [↑](#footnote-ref-23)
23. Agencia Nacional de Contratación Pública **―**Colombia Compra Eficiente Guía para elaborar el plan anual de adquisiciones. Página 3. [↑](#footnote-ref-24)
24. El artículo 74 de la Ley 1474 prescribe: «A partir de la vigencia de la presente ley, todas las entidades del Estado a más tardar el 31 de enero de cada año, deberán publicar en su respectiva página web el Plan de Acción para el año siguiente, en el cual se especificarán los objetivos, las estrategias, los proyectos, las metas, los responsables, los planes generales de compras y la distribución presupuestal de sus proyectos de inversión junto a los indicadores de gestión.

    » A partir del año siguiente, el Plan de Acción deberá estar acompañado del informe de gestión del año inmediatamente anterior.

    » Igualmente publicarán por dicho medio su presupuesto debidamente desagregado, así como las modificaciones a este o a su desagregación.

    » Parágrafo. Las empresas industriales y comerciales del Estado y las Sociedades de Economía Mixta estarán exentas de publicar la información relacionada con sus proyectos de inversión».

    [↑](#footnote-ref-25)
25. «**Artículo 2.2.1.1.1.3.1.**Definiciones. Los términos no definidos en el Título I de la Parte 2 del presente decreto y utilizados frecuentemente deben entenderse de acuerdo con su significado natural y obvio. Para la interpretación del presente Título I, las expresiones aquí utilizadas con mayúscula inicial deben ser entendidas con el significado que a continuación se indica. Los términos definidos son utilizados en singular y en plural de acuerdo como lo requiera el contexto en el cual son utilizados.

    […]

    »Plan Anual de Adquisiciones: Plan general de compras al que se refiere el [artículo 74 de la Ley 1474 de 2011](http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=43292) y el plan de compras al que se refiere la Ley Anual de Presupuesto. Es un instrumento de planeación contractual que las Entidades Estatales deben diligenciar, publicar y actualizar en los términos del presente título». [↑](#footnote-ref-26)
26. **«**Todo sujeto obligado deberá publicar la siguiente información mínima obligatoria de manera proactiva en los sistemas de información del Estado o herramientas que lo sustituyan:

    […]

    »e) Su respectivo plan de compras anual, así como las contrataciones adjudicadas para la correspondiente vigencia en lo relacionado con funcionamiento e inversión, las obras públicas, los bienes adquiridos, arrendados y en caso de los servicios de estudios o investigaciones deberá señalarse el tema específico, de conformidad con el artículo 74 de la Ley 1474 de 2011. En el caso de las personas naturales con contratos de prestación de servicios, deberá publicarse el objeto del contrato, monto de los honorarios y direcciones de correo electrónico, de conformidad con el formato de información de servidores públicos y contratistas […]». [↑](#footnote-ref-27)
27. Ley 1712 de 2014: «Artículo 5. Las disposiciones de esta ley serán aplicables a las siguientes personas en calidad de sujetos obligados:

    »a) Toda entidad pública, incluyendo las pertenecientes a todas las Ramas del Poder Público, en todos los niveles de la estructura estatal, central o descentralizada por servicios o territorialmente, en los órdenes nacional, departamental, municipal y distrital.

    »b) Los órganos, organismos y entidades estatales independientes o autónomos y de control.

    »c) Las personas naturales y jurídicas, públicas o privadas, que presten función pública, que presten servicios públicos respecto de la información directamente relacionada con la prestación del servicio público.

    »d) Cualquier persona natural, jurídica o dependencia de persona jurídica que desempeñe función pública o de autoridad pública, respecto de la información directamente relacionada con el desempeño de su función

    »e) Las empresas públicas creadas por ley, las empresas del Estado y sociedades en que este tenga participación.

    »f) Los partidos o movimientos políticos y los grupos significativos de ciudadanos.

    »g) Las entidades que administren instituciones parafiscales, fondos o recursos de naturaleza u origen público.

    »Las personas naturales o jurídicas que reciban o intermedien fondos o beneficios públicos territoriales y nacionales y no cumplan ninguno de los otros requisitos para ser considerados sujetos obligados, solo deberán cumplir con la presente ley respecto de aquella información que se produzca en relación con fondos públicos que reciban o intermedien.

    »Parágrafo 1o. No serán sujetos obligados aquellas personas naturales o jurídicas de carácter privado que sean usuarios de información pública». [↑](#footnote-ref-28)
28. De conformidad con el Consejo de Estado esta etapa se divide en las siguientes sub-etapas: a) fase interna, mejor conocida como de planeación, que comprende, la denominada maduración del proyecto de contratación a través de varios elementos que dependen de la modalidad proceso de selección. Ellos son, los estudios y documentos previos, las autorizaciones, los permisos, licencias, los planes de adquisición, certificado de disponibilidades presupuestales y la elaboración del proyecto de pliego de condiciones; y b) fase externa o pública, la cual tiene por objeto la selección del oferente, una vez adelantadas las siguientes: i) el aviso de convocatoria, ii) el acto administrativo de apertura o acto administrativo de justificación de la contratación directa35, iii) el pliego de condiciones; y c) la adjudicación. Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 21 de agosto de 2020. Radicación Nro. (1564-12). C.P: Sandra Lisset Ibarra Vélez [↑](#footnote-ref-29)
29. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 24 de julio de 2013. Radicación Nro. 05001-23-31-000-1998-00833-01(25642). C.P: Enrique Gil Botero. [↑](#footnote-ref-30)
30. «Artículo 25. Del principio de economía. En virtud de este principio:

    […]

    »1o. se cumplirán y establecerán los procedimientos y etapas estrictamente necesarios para asegurar la selección objetiva de la propuesta más favorable. Para este propósito, se señalarán términos preclusivos y perentorios para las diferentes etapas de la selección y las autoridades darán impulso oficioso a las actuaciones». [↑](#footnote-ref-31)
31. DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen Jurídico de la Contratación Estatal. Bogotá: Ed.

    Legis, 2016. P. 440. [↑](#footnote-ref-32)
32. El artículo 2.2.1.1.2.2.1. del Decreto 1082 de 2015, dispone lo siguiente: «La Entidad Estatal puede modificar los pliegos de condiciones a través de Adendas expedidas antes del vencimiento del plazo para presentar ofertas.

    »La Entidad Estatal puede expedir Adendas para modificar el Cronograma una vez vencido el término para la presentación de las ofertas y antes de la adjudicación del contrato.

    »La Entidad Estatal debe publicar las Adendas en los días hábiles, entre las 7:00 a. m. y las 7:00 p. m., a más tardar el día hábil anterior al vencimiento del plazo para presentar ofertas a la hora fijada para tal presentación, salvo en la licitación pública pues de conformidad con la ley la publicación debe hacerse con tres (3) días de anticipación».  [↑](#footnote-ref-33)
33. Al respecto, la doctrina explica que: «Las adendas deben hacerse sobre las modificaciones que sean necesarias para eliminar las dudas que se encuentren en el pliego de condiciones, o para corregir o adicionar condiciones necesarias para hacer la selección objetiva, o para aclarar, modificar o adicionar aspectos técnicos del objeto. Nunca pueden utilizarse con fines diversos pues la desviación de poder en ellas, además de generar la nulidad del acto, pueden afectar la validez de todo el procedimiento de selección. Dichas adendas no pueden utilizarse para afectar el principio de igualdad de los proponentes, favoreciendo la posición de cualquiera de ellos» (Cfr. PALACIO HINCAPÉ, Juan Ángel. La contratación de las entidades estatales. Séptima Edición. Medellín: Librería Jurídica Sánchez, 2014. p. 266). [↑](#footnote-ref-34)
34. EXPÓSITO VÉLEZ, Juan Carlos. Forma y contenido del contrato estatal. Primera Edición. Universidad Externado de Colombia, 2013. p. 62. [↑](#footnote-ref-35)
35. El numeral 18 del artículo 25 de Ley 80 de 1993 dispone que «La declaratoria de desierta de la licitación únicamente procederá por motivos o causas que impidan la escogencia objetiva y se declarará en acto administrativo en el que se señalarán en forma expresa y detallada las razones que han conducido a esa decisión». [↑](#footnote-ref-36)
36. Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 21 de agosto de 2020. Radicación Nro. (1564-12). C.P: Sandra Lisset Ibarra Vélez [↑](#footnote-ref-37)
37. Ibidem [↑](#footnote-ref-38)
38. Ley 80 de 1993: «Artículo 60. Los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, serán objeto de liquidación.

    »También en esta etapa las partes acordarán los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar.

    »En el acta de liquidación constarán los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo.

    »Para la liquidación se exigirá al contratista la extensión o ampliación, si es del caso, de la garantía del contrato a la estabilidad de la obra, a la calidad del bien o servicio suministrado, a la provisión de repuestos y accesorios, al pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones, a la responsabilidad civil y, en general, para avalar las obligaciones que deba cumplir con posterioridad a la extinción del contrato.

    »La liquidación a que se refiere el presente artículo no será obligatoria en los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión». [↑](#footnote-ref-39)
39. Así lo ha señalado el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de 20 de octubre de 2014, radicado No. 05001- 23-31-000-1998-00038-01 (27.777), C.P. Enrique Gil Botero. [↑](#footnote-ref-40)
40. Artículos 2 al 29. [↑](#footnote-ref-41)
41. Artículos 30 al 36. [↑](#footnote-ref-42)
42. Artículos 37 al 45. [↑](#footnote-ref-43)
43. Artículos 46 al 73. [↑](#footnote-ref-44)
44. Artículos 74 al 83. [↑](#footnote-ref-45)
45. En efecto, el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020 establece: «Modifíquese el artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, el cual quedará así:

    »"Artículo 12. Promoción del desarrollo en la contratación pública. De conformidad con lo dispuesto en los artículos 13, 333 y 334 de la Constitución Política, el Gobierno Nacional definirá las condiciones y los montos de acuerdo con los compromisos internacionales vigentes, para que, en desarrollo de los Procesos de Contratación, las Entidades Estatales indistintamente de su régimen de contratación, los patrimonios autónomos constituidos por Entidades Estatales y los particulares que ejecuten recursos públicos, adopten en beneficio de las Mipyme, convocatorias limitadas a estas en las que, previo a la Resolución de apertura del proceso respectivo, se haya manifestado el interés de por lo menos dos (2) Mipyme.

    »Asimismo, el reglamento podrá establecer condiciones preferenciales a favor de la oferta de bienes y servicios producidos por las Mipyme respetando los montos y las condiciones contenidas en los compromisos internacionales vigentes, cuando sean aplicables.

    »En todo caso, se deberá garantizar la satisfacción de las condiciones técnicas y económicas requeridas en el Proceso de Contratación.

    »De igual forma, en los pliegos de condiciones dispondrán, de mecanismos que fomenten en la ejecución de los contratos estatales la provisión de bienes y servicios por población en pobreza extrema, desplazados por la violencia, personas en proceso de reintegración o reincorporación y, sujetos de especial protección constitucional en las condiciones que señale el reglamento; siempre que se garanticen las condiciones de calidad y cumplimiento del objeto contractual.

    »Parágrafo Primero. En los Procesos de Contratación que se desarrollen con base en el primer inciso, las entidades podrán realizar las convocatorias limitadas que beneficien a las Mipyme del ámbito municipal o departamental correspondiente al de la ejecución del contrato.

    »Parágrafo Segundo. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 5 y 6 de la Ley 1150 de 2007, para que las Mipymes puedan participar en las convocatorias a las que se refiere este artículo, deberán acreditar como mínimo un año de existencia, para lo cual deberán presentar el certificado expedido por la cámara de comercio o por la autoridad que sea competente para dicha acreditación.

    »Parágrafo Tercero. En la ejecución de los contratos a que se refiere el presente artículo, las entidades y los contratistas, deberán observar lo dispuesto en los artículos 90 a 95 de la Ley 418 de 1997 y las normas que la modifiquen, adicionen o subroguen». [↑](#footnote-ref-46)
46. Corte Constitucional. Sentencia C-502 de 2012. Magistrada Ponente: Adriana María Guillén Arango.

    [↑](#footnote-ref-47)
47. «El instrumento principal de la actividad financiera del gobierno es el presupuesto público, el cual es también la carta de orientación para la ejecución de las finanzas estatales, instrumento de planificación y cumplimiento de planes y programas que refleja la actividad gubernamental y el cumplimiento de la Constitución Política en los ámbitos políticos, económicos, jurídicos y sociales. […] El presupuesto enmarca toda la práctica de política fiscal del Estado. Por medio de éste se llevan a cabo la búsqueda y el cumplimiento de principios y finalidades de la actuación administrativa, y que (sic) en últimas, orienta la satisfacción de necesidades de los individuos que lo conforman y se garantizan los recursos necesarios para el normal funcionamiento del aparato estatal.» PEÑA GONZÁLEZ, Edilberto. Principios e instituciones presupuestales en Colombia, en: Estudios Socio-Jurídicos, Bogotá (Colombia), 9 (1), enero-junio de 2007, p. 248 y 250. [↑](#footnote-ref-48)
48. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 10 del Decreto 111 de 1996 «La Ley Anual sobre el Presupuesto General de la Nación es el instrumento para el cumplimiento de los planes y programas de desarrollo económico y social.»

    A su turno, el artículo 11 del mismo Decreto indica que «El Presupuesto General de la Nación se compone de las siguientes partes:

    a) El Presupuesto de Rentas contendrá la estimación de los ingresos corrientes de la Nación; de las contribuciones para fiscales cuando sean administradas por un órgano que haga parte del Presupuesto, de los fondos especiales, de los recursos de capital y de los ingresos de los establecimientos públicos del orden nacional;

    b) El Presupuesto de Gastos o Ley de Apropiaciones. Incluirá las apropiaciones para la Rama Judicial, la Rama Legislativa, la Fiscalía General de la Nación, la Procuraduría General de la Nación, la Defensoría del Pueblo, la Contraloría General de la República, la Registraduría Nacional del Estado Civil que incluye el Consejo Nacional Electoral, los Ministerios, los Departamentos Administrativos, los Establecimientos Públicos y la Policía Nacional, distinguiendo entre gastos de funcionamiento, servicio de la deuda pública y gastos de inversión, clasificados y detallados en la forma que indiquen los reglamentos;

    c) Disposiciones generales. Corresponde a las normas tendientes a asegurar la correcta ejecución del Presupuesto General de la Nación, las cuales regirán únicamente para el año fiscal para el cual se expidan.» [↑](#footnote-ref-49)
49. Decreto 1068 de 2015 «Artículo 2.8.3.4. *Anualidad.* El año fiscal comienza el 1 de enero y termina el 31 de diciembre de cada año. Después del 31 de diciembre no podrán asumirse compromisos con cargo a las apropiaciones del año fiscal que se cierra en esa fecha y los saldos de apropiación no afectados por compromisos caducarán sin excepción». [↑](#footnote-ref-50)
50. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 1 de febrero de 2018. Radicado Nro. 08001-2331-000-2010-00987-01. C.P. Oswaldo Giraldo López [↑](#footnote-ref-51)
51. «Artículo 23. El Confis podrá autorizar la asunción de obligaciones que afecten presupuestos de vigencias futuras cuando su ejecución se inicie con presupuesto de la vigencia en curso y el objeto del compromiso se lleve a cabo en cada una de ellas siempre y cuando se cumpla que:

    »a) El monto máximo de vigencias futuras, el plazo y las condiciones de las mismas consulte las metas plurianuales del Marco Fiscal de Mediano Plazo de que trata el artículo [1](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0179_1994.html#1)o de esta ley;

    »b) Como mínimo, de las vigencias futuras que se soliciten se deberá contar con apropiación del quince por ciento (15%) en la vigencia fiscal en la que estas sean autorizadas;

    »c) Cuando se trate de proyectos de inversión nacional deberá obtenerse el concepto previo y favorable del Departamento Nacional de Planeación y del Ministerio del ramo.

    La autorización por parte del Confis para comprometer presupuesto con cargo a vigencias futuras no podrá superar el respectivo período de gobierno. Se exceptúan los proyectos de gastos de inversión en aquellos casos en que el Conpes previamente los declare de importancia estratégica.

    Esta disposición también se aplicará a las entidades de que trata el artículo 9o de la presente ley. El Gobierno reglamentará la materia.

    »El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Dirección General del Presupuesto Público Nacional, incluirá en los proyectos de presupuesto las asignaciones necesarias para darle cumplimiento a lo dispuesto en este artículo. […]» [↑](#footnote-ref-52)
52. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 1 de febrero de 2018. Radicado Nro. 08001-2331-000-2010-00987-01. C.P. Oswaldo Giraldo López [↑](#footnote-ref-53)
53. Conforme al Artículo 89 del Estatuto Orgánico del Presupuesto «[…] cada órgano constituirá al 31 de diciembre del año cuentas por pagar con las obligaciones correspondientes a los anticipos pactados en los contratos y a la entrega de bienes y servicios». [↑](#footnote-ref-54)
54. Artículo 89 del Estatuto Orgánico del Presupuesto [↑](#footnote-ref-55)
55. «Artículo 2.8.1.7.3.2. *Constitución de reservas presupuestales y cuentas por pagar.*A más tardar el 20 de enero de cada año, los órganos que conforman el Presupuesto General de la Nación constituirán las reservas presupuestales y cuentas por pagar de la respectiva sección presupuestal correspondientes a la vigencia fiscal anterior, de conformidad con los saldos registrados a 31 de diciembre a través del Sistema Integrado de Información Financiera SIIF Nación. En dicho plazo, solo se podrán efectuar los ajustes a que haya lugar para la constitución de las reserves presupuestales y de las cuentas por pagar, sin que en ningún caso se puedan registrar nuevos compromisos ni obligaciones». [↑](#footnote-ref-56)
56. Corte Constitucional. Sentencia C- 502 de 1993. MP. Jorge Arango Mejía [↑](#footnote-ref-57)
57. Contraloría General de la República. Circular Externa 43 de 2008 [↑](#footnote-ref-58)
58. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 1 de febrero de 2018. Radicado Nro. 08001-2331-000-2010-00987-01. C.P. Oswaldo Giraldo López [↑](#footnote-ref-59)
59. Así lo expresó el alto tribunal: «Para la Corte, las anteriores condiciones del referido contrato, y teniendo de presente la enunciación de los contratos estatales a que se refiere el artículo 32 de la citada ley -donde se incluyen los previstos en el derecho privado y los derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad-, obligan a concluir que el Estatuto General de Contratación Administrativa creó un nuevo tipo de contrato, sin definirlo, denominado "fiducia pública", el cual no se relaciona con el contrato de fiducia mercantil contenido en el Código de Comercio y en las disposiciones propias del sistema financiero. Se trata, pues, de un contrato autónomo e independiente, más parecido a un encargo fiduciario que a una fiducia (por el no traspaso de la propiedad, ni la constitución de un patrimonio autónomo), al que le serán aplicables las normas del Código de Comercio sobre fiducia mercantil, "en cuanto sean compatibles con lo dispuesto en esta ley". Así, por ejemplo, al establecer la Ley 80 que el contrato de fiducia pública no comporta la transferencia de dominio ni la constitución de un patrimonio autónomo, entonces no le serán aplicables las normas correspondientes contenidas en el Código de Comercio, sin que ello signifique que se altera la naturaleza del contrato de fiducia mercantil. En otras palabras, esta Corporación encuentra que, en la actualidad, las entidades estatales podrán celebrar el contrato de fiducia pública en los términos del numeral 5o. del artículo 32, o el contrato de fiducia mercantil de acuerdo con lo dispuesto en el Código de Comercio y en las normas generales de contratación administrativa previstas en la citada Ley 80 de 1993». (Corte Constitucional, Sentencia C-086 de 1995 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa). [↑](#footnote-ref-60)
60. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 4 de marzo de 1998. Radicado Nro. 1.074. CP.: Cesar Hoyos Salazar. [↑](#footnote-ref-61)
61. Ibidem [↑](#footnote-ref-62)
62. En sitio web: <https://relatoria.blob.core.windows.net/$web/files/conceptos-juridicos/CGR-OJ-0084-2017.PDF> [↑](#footnote-ref-63)
63. «[…] el artículo 669 del Código Civil instaura que el dominio o propiedad es un derecho real sobre una cosa corporal, para gozar y disponer de ella contra derecho ajeno. Transferir la propiedad de los recursos del Estado sin que medie la finalidad prescrita por la Constitución para los mismos, indudablemente atenta contra derechos colectivos. Por ello, entre otras cosas, en el contrato de fiducia sobre recursos del Estado no se puede transferir el dominio pleno sobre ese bien que son los recursos públicos. Tampoco será aceptable en el ordenamiento jurídico colombiano que se mantenga izado un acuerdo que pretenda burlar la vigilancia o control sobre recursos del Estado; la simple formalidad sede necesariamente ante la materialidad de los hechos, en este orden ha señalado la Honorable Corte Constitucional, que donde quiera que hayan recursos públicos debe estar siempre presente la vigilancia y el control fiscal». [↑](#footnote-ref-64)
64. «El Estado transfiere para su administración unos recursos públicos, pero es diáfano que la administración es diferente al dominio. El titular del derecho de dominio sobre los recursos sigue siendo el Estado, sin que por el hecho de realizar un contrato de fiducia, que es esencialmente instrumental, pierda tal calidad. El artículo 1244 del Código de Comercio es ilustrativo para esclarecer este punto: “Será ineficaz toda estipulación que disponga que el fiduciario adquirirá definitivamente, por causa del negocio fiduciario, el dominio de los bienes fideicomitidos”.

    »La razón de ser de la fiducia mercantil en este caso, es acudir a un administrador de los recursos públicos, no transferir sobre los mismos el derecho de propiedad o dominio». [↑](#footnote-ref-65)
65. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 4 de marzo de 1998. Radicado Nro. 1.074. CP.: Cesar Hoyos Salazar. [↑](#footnote-ref-66)
66. EXPÓSITO VÉLEZ, Juan Carlos. Forma y contenido del contrato estatal. Primera Edición. Universidad Externado de Colombia, 2013. p. 62. [↑](#footnote-ref-67)
67. Artículo 89 del Estatuto Orgánico del Presupuesto [↑](#footnote-ref-68)