CCE-DES-FM-17

**ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS – Formas de colaboración**

Las asociaciones público privadas – APP– son formas de colaboración entre el sector público y el privado para la ejecución de proyectos estatales, a través de las cuales se retienen y transfieren riesgos entre las partes. Se trata de modalidades de negocio en las cuales la disponibilidad y el nivel de la infraestructura o servicio resultan determinantes. Así lo consideró la Corte Constitucional, expresando lo siguiente:

Las APP se caracterizan por: (i) tener una larga duración; (ii) definir sus objetos alrededor de proyectos, lo que conlleva la previsión de actividades como el diseño, construcción y mantenimiento de la infraestructura pública sobre la que verse el contrato y/o los servicios asociados; (iii) contar con financiación privada o público-privada; (iv) establecer como forma de remuneración el otorgamiento del derecho a la explotación de la infraestructura o servicio, aunque en algunos casos es posible pactar el desembolso de recursos públicos; (v) condicionar la remuneración a niveles de calidad; (vi) trasladar parte importante de los riesgos al contratista –por ejemplo, los asociados al diseño, niveles de demanda, deterioro y mantenimiento de la infraestructura- según su capacidad y experiencia; y (vii) distribuir las tareas entre las partes de acuerdo con su experiencia y ventaja competitiva.

**ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS – Concepto – Ley 1508 de 2012**

La Ley 1508 de 2012, «Por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones», en el artículo 1, definió las asociaciones público privadas –APP– de la siguiente manera:

Las Asociaciones Público Privadas son un instrumento de vinculación de capital privado, que se materializan en un contrato entre una entidad estatal y una persona natural o jurídica de derecho privado, para la provisión de bienes públicos y de sus servicios relacionados, que involucra la retención y transferencia de riesgos entre las partes y mecanismos de pago, relacionados con la disponibilidad y el nivel de servicio de la infraestructura y/o servicio.

**TIPOS DE APP – De iniciativa pública – De iniciativa privada**

La Ley 1508 de 2012 regula dos tipos de proyecto de asociación público privada: i) los de iniciativa pública y ii) los de iniciativa privada. En relación con los primeros, es la entidad estatal la que estructura el proyecto y realiza la invitación a participar en el proceso de selección. En los segundos, son los particulares quienes elaboran la propuesta, previa estructuración del proyecto, por su cuenta y riesgo. Los proyectos de asociación pública privada de iniciativa pública o privada, a su vez, se clasifican en dos modalidades: a) los que requieren el desembolso de recursos públicos y b) los que no necesitan dicho desembolso.

**PRINCIPIO DE PUBLICIDAD – Concepto – Fundamento axiológico – Fundamento constitucional**

Uno de los postulados más importantes de un Estado social y democrático de derecho es el principio de *publicidad*, pues este permite que las actuaciones de las autoridades gocen de visibilidad. En tal sentido, la filosofía política ha indicado que la democracia «[…] es idealmente el gobierno de un poder visible, es decir, el gobierno cuyos actos se realizan ante el público y bajo la supervisión de la opinión pública». El secreto generalizado en el ejercicio del poder político constituye, por el contrario, una negación de la democracia, porque dificulta la supervisión de las autoridades por parte de la sociedad civil y establece una barrera para la participación ciudadana. Inspirada en esta concepción axiológica, la Constitución Política de 1991 consagra en varios artículos la publicidad como un principio rector del Estado colombiano. Entre los más destacados, puede mencionarse el 209, que afirma que la publicidad es uno de los principios que fundamentan el ejercicio de la función administrativa y el 74, que consagra la garantía de acceso a los documentos públicos que no gocen de reserva –y esta, además, es excepcional, pues solo procede si existe causal constitucional o legal expresa–. En tal perspectiva, la Corte Constitucional ha señalado que el principio de publicidad es la garantía que tienen las personas de conocer las actuaciones judiciales y administrativas. […].

**SECOP – Documentos del proceso – Deber de publicación – Ejemplos**

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; 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; xxiii) la liquidación unilateral; y xxiv) en general cualquier otro documento producido o expedido con ocasión del *Proceso de Contratación*, sin importar quién sea su autor –la Administración o el contratista–, 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. del Decreto 1082 de 2015.

**SECOP – Minuta de contrato – APP – Unidades funcionales – Publicidad**

[…], el Decreto 1082 de 2015 reitera la obligación contemplada en el artículo 19 de la Ley 1508 de 2012, pues establece que la minuta del contrato hace parte de la información que la entidad estatal debe publicar en el SECOP, tratándose de proyectos de APP de iniciativa privada que no requieren desembolso de recursos públicos. Por tanto, al ser las *unidades funcionales* –según se explicó– parte del clausulado del contrato, estas también deben publicarse en la oportunidad exigida en las normas citadas con anterioridad, pues aquellas disposiciones no excluyen de la información de la minuta del contrato lo relativo a las unidades funcionales o a la forma de retribución con fundamento en estas. De hecho, es apenas lógico que si la entidad estatal debe publicar en el SECOP la minuta del contrato y sus anexos para ver si un tercero manifiesta interés –en los términos establecidos en los artículos 19 y 20 de la Ley 1508 de 2012 y en sus normas reglamentarias–, tenga que incluir en la minuta del contrato la información correspondiente a la metodología de retribución que se ha acordado por unidades funcionales, para que los interesados puedan conocerla, analizarla y disponer de elementos de juicio para tomar la decisión de participar. Por lo demás, la exigencia de publicar en el SECOP la información indicada anteriormente guarda consonancia con lo expresado por esta Agencia en el Concepto CU-367 del 23 de julio de 2020, en el cual se indicó que dentro de los documentos expedidos *con ocasión del proceso de contratación* que deben publicarse en el SECOP se encuentra el *contrato*.

Además, las reservas a la información pública –y, en el caso de la consulta, a la información que debe publicarse en el SECOP– son de interpretación restrictiva y solo pueden tener su fuente en la ley. Así se deduce del artículo 74 de la Constitución, según el cual «Todas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos salvo los casos que establezca la ley». También del numeral 8 del artículo 3 de la Ley 1437 de 2011, conforme al cual «En virtud del principio de transparencia, la actividad administrativa es del dominio público, por consiguiente, toda persona puede conocer las actuaciones de la administración, salvo reserva legal». Asimismo, este principio se infiere del artículo 2 de la Ley 1712 de 2014, el cual indica 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, de conformidad con la presente ley». Es por ello que no se puede extender la reserva del modelo financiero en los proyectos de APP de iniciativa pública, prevista en el artículo 11.1 de la Ley 1508 de 2012 y en el artículo 2.2.2.1.8.3. del Decreto 1082 de 2015, a las *unidades funcionales* que deben publicarse como parte de la minuta del contrato, de conformidad con los artículos 19 y 20 de la Ley 1508 de 2012 y de sus normas reglamentarias, pues en esa etapa del procedimiento las unidades funcionales, como se indicó, hacen parte de la minuta del contrato, sobre la cual ni el legislador, ni el reglamento, establecen reserva alguna.

Bogotá D.C., **10/08/2022 15:16:03**



Doctora

**Jenny Camacho Neuto**

Jefa de Oficina de Contratación

Gobernación del Magdalena

Santa Marta, Magdalena

**Concepto C ‒ 500 de 2022**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS – Formas de colaboración / ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS – Concepto – Ley 1508 de 2012 / TIPOS DE APP – De iniciativa pública – De iniciativa privada / PRINCIPIO DE PUBLICIDAD – Concepto – Fundamento axiológico – Fundamento constitucional / SECOP – Documentos del proceso – Deber de publicación – Ejemplos / SECOP – Minuta de contrato – APP – Unidades funcionales – Publicidad |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta # P20220617006094  |

Estimada Doctora Camacho:

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 17 de junio del 2022.

1. **Problema planteado**

Usted realiza la siguiente consulta:

«Teniendo en cuenta que las unidades funcionales establecidas en un proyecto determinan el derecho a retribuciones, y la retribución es un elemento esencial del modelo financiero […]

»¿Si el proyecto presentado de Asociación público privada de iniciativa privada contempla unidades funcionales, estas y su forma de retribución deben estar contenidas en los estudios y en la minuta del contrato que se publican con la manifestación de interés, de acuerdo a lo señalado en los artículos 2.2.2.2.2.1.5.11 y 2.2.2.1.5.12 del Decreto 1082 de 2015?»

1. **Consideraciones**

Para abordar los interrogantes planteados, se analizarán los siguientes temas: i) concepto y características de las asociaciones público privadas –APP– y ii) tipos de APP: de iniciativa pública y de iniciativa privada, iii) fundamento axiológico de la publicidad de la información oficial de la contratación estatal en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública –SECOP–, iv) documentos que, por regla general, deben publicarse en el SECOP y v) Deber de publicar en el SECOP la información relativa a las unidades funcionales en los proyectos de APP de iniciativa privada.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente analizó el régimen de las asociaciones público privadas –APP– en el concepto con radicado 2201913000009321 del 17 de diciembre de 2019, así como en los conceptos C-507 del 13 de agosto de 2020, C-663 del 30 de noviembre de 2020, C-706 del 2 de diciembre de 2020, C-386 del 3 de agosto de 2021, C-457 del 3 de septiembre de 2021, C-549 del 5 de noviembre de 2021 y C-129 del 22 de marzo de 2022. En lo pertinente, tales conceptos se reiteran en esta ocasión y se complementan con algunas consideraciones relativas a la consulta bajo examen. Se ratificarán, igualmente, las ideas expuestas en el concepto CU-367 del 23 de julio de 2020, sobre los documentos que, por regla general, deben publicarse en el SECOP, analizando en particular la información relativa a las unidades funcionales en los proyectos de APP.

**2.1. Concepto y características de las asociaciones público privadas –APP–**

Las asociaciones público privadas – APP– son formas de colaboración entre el sector público y el privado para la ejecución de proyectos estatales, a través de las cuales se retienen y transfieren riesgos entre las partes. Se trata de modalidades de negocio en las cuales la disponibilidad y el nivel de la infraestructura o servicio resultan determinantes. Así lo consideró la Corte Constitucional, expresando lo siguiente:

Las APP se caracterizan por: (i) tener una larga duración; (ii) definir sus objetos alrededor de proyectos, lo que conlleva la previsión de actividades como el diseño, construcción y mantenimiento de la infraestructura pública sobre la que verse el contrato y/o los servicios asociados; (iii) contar con financiación privada o público-privada; (iv) establecer como forma de remuneración el otorgamiento del derecho a la explotación de la infraestructura o servicio, aunque en algunos casos es posible pactar el desembolso de recursos públicos; (v) condicionar la remuneración a niveles de calidad; (vi) trasladar parte importante de los riesgos al contratista –por ejemplo, los asociados al diseño, niveles de demanda, deterioro y mantenimiento de la infraestructura- según su capacidad y experiencia; y (vii) distribuir las tareas entre las partes de acuerdo con su experiencia y ventaja competitiva[[1]](#footnote-2).

La Ley 1508 de 2012, «Por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones», en el artículo 1, definió las asociaciones público privadas de la siguiente manera:

Las Asociaciones Público Privadas son un instrumento de vinculación de capital privado, que se materializan en un contrato entre una entidad estatal y una persona natural o jurídica de derecho privado, para la provisión de bienes públicos y de sus servicios relacionados, que involucra la retención y transferencia de riesgos entre las partes y mecanismos de pago, relacionados con la disponibilidad y el nivel de servicio de la infraestructura y/o servicio.

Con fundamento en dicha noción, puede decirse que la colaboración público-privada[[2]](#footnote-3) es un mecanismo a través del cual el sector privado participa en la gestión pública, representada en la ejecución de actividades de infraestructura o de otros servicios, vinculando capital, conocimientos y experiencia, donde opera un claro fenómeno de transferencia de riesgos, así como la retención en los mecanismos de pago ligados a que pueda disponerse de una infraestructura o servicio con la calidad ofrecida.

Por lo anterior, la doctrina nacional ha expresado que «las APP no constituyen un instrumento absolutamente novedoso en el derecho colombiano, pues los contratos con los que se pretende instrumentarlas –ya sea el caso de una concesión u otro tipo contractual– son figuras que ya existían en nuestra legislación»[[3]](#footnote-4). Es por ello que, refiriéndose a la Ley 1508 de 2012, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha afirmado:

Según los antecedentes legislativos, la citada normatividad tiene por objeto promover nuevos esquemas de participación privada y optimizar los mecanismos existentes para la provisión de servicios de infraestructura productiva y social en diferentes sectores, tales como (i) infraestructura, mantenimiento de equipos y desarrollo de capacidades estratégicas en el sector de defensa; (ii) distritos de riego y adecuación de tierras; (iii) infraestructura social en educación, salud y atención integral a la primera infancia; (iv) infraestructura física de entidades públicas; (v) rehabilitación y mantenimiento vial y (vi) desarrollo de infraestructura logística, entre otros[[4]](#footnote-5).

A continuación, se estudia, brevemente, la diferencia entre las APP de iniciativa pública y las de iniciativa privada. Esto por cuanto dicha distinción tiene efectos jurídicos para el tema que se somete a la opinión consultiva de esta Agencia.

**2.2. Tipos de APP: de iniciativa pública y de iniciativa privada**

La Ley 1508 de 2012 regula dos tipos de proyecto de asociación público privada: i) los de iniciativa pública y ii) los de iniciativa privada. En relación con los primeros, es la entidad estatal la que estructura el proyecto y realiza la invitación a participar en el proceso de selección. En los segundos, son los particulares quienes elaboran la propuesta, previa estructuración del proyecto, por su cuenta y riesgo. Los proyectos de asociación pública privada de iniciativa *pública* o *privada*, a su vez, se clasifican en dos modalidades: a) los que requieren el desembolso de recursos públicos y b) los que no necesitan dicho desembolso.

Teniendo en cuenta que la consulta se formula en el marco de APP de *iniciativa privada*, es importante explicar que, luego de estructurar el proyecto, cumpliendo con las exigencias del artículo 14 de la Ley 1508 de 2012[[5]](#footnote-6), el particular le debe presentar a la entidad estatal una propuesta después de la fase de *prefactibilidad*. Si esta es aceptada por la entidad, el originador privado continúa con la fase de *factibilidad*, al cabo de la cual le allega la propuesta a la entidad pública, quien puede aceptarla o rechazarla[[6]](#footnote-7). Así se deduce del artículo 16 de la dicha Ley, según el cual, luego de la presentación de la iniciativa en fase de factibilidad, la entidad cuenta en principio con seis (6) meses, prorrogables hasta la mitad de dicho término, para estudiar la viabilidad de la iniciativa.

Después de esto puede decidir aceptarla o rechazarla. En el primer caso, la entidad estatal y el originador pueden llegar a un acuerdo sobre el precio y las condiciones del proyecto. En el segundo, es decir, si se rechaza la iniciativa, el originador conserva la propiedad de los estudios, pero estos pueden ser adquiridos por la entidad estatal. Sin embargo, la presentación de la iniciativa no genera un derecho para el particular, ni una obligación para la entidad estatal[[7]](#footnote-8). Como se advierte, si el proyecto de iniciativa privada es aceptado, la entidad llega a un acuerdo con el originador sobre la viabilidad del proyecto y el valor de los estudios efectuados por el particular en la estructuración del proyecto.

Una vez precisada esta distinción entre los proyectos de APP de iniciativa pública y los de iniciativa privada, a continuación, se analiza el alcance del deber de publicar la información oficial de la contratación estatal en el SECOP. Estas consideraciones son necesarias, para plantear el marco normativo que regula dicha obligación y determinar más adelante su vigencia en los procedimientos de contratación de APP, y en especial, para aclarar si las entidades estatales deben publicar la información sobre las unidades funcionales de estos proyectos.

**2.3. Fundamento axiológico de la publicidad de la información oficial de la contratación estatal en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública –SECOP–**

Uno de los postulados más importantes de un Estado social y democrático de derecho es el principio de *publicidad*, pues este permite que las actuaciones de las autoridades gocen de visibilidad. En tal sentido, la filosofía política ha indicado que la democracia «[…] es idealmente el gobierno de un poder visible, es decir, el gobierno cuyos actos se realizan ante el público y bajo la supervisión de la opinión pública»[[8]](#footnote-9). El secreto generalizado en el ejercicio del poder político constituye, por el contrario, una negación de la democracia, porque dificulta la supervisión de las autoridades por parte de la sociedad civil y establece una barrera para la participación ciudadana. Inspirada en esta concepción axiológica, la Constitución Política de 1991 consagra en varios artículos la publicidad como un principio rector del Estado colombiano. Entre los más destacados, puede mencionarse el 209, que afirma que la publicidad es uno de los principios que fundamentan el ejercicio de la función administrativa y el 74, que consagra la garantía de acceso a los documentos públicos que no gocen de reserva –y esta, además, es excepcional, pues solo procede si existe causal constitucional o legal expresa–. En tal perspectiva, la Corte Constitucional ha señalado que el principio de publicidad es la garantía que tienen las personas de conocer las actuaciones judiciales y administrativas. De este modo, indica:

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[[9]](#footnote-10).

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 dichas actuaciones. Es por eso que, en la contratación estatal, el literal c) del artículo 3 de la Ley 1150 de 2007 establece el Sistema Electrónico para la Contratación Pública –SECOP– como un mecanismo que «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»[[10]](#footnote-11).

De otra parte, la Ley 1712 de 2014 –ley estatutaria que regula la transparencia y el derecho de acceso a la información y a los documentos públicos–, 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»[[11]](#footnote-12). 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 legales. La ley estatutaria citada establece, en el literal e) del artículo 9, que los sujetos obligados, que son todas las entidades públicas[[12]](#footnote-13), deben publicar la información relativa a su contratación. Esta obligación fue desarrollada por el Decreto Único Reglamentario 1081 de 2015[[13]](#footnote-14), 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 para la 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 derecho de acceso a la información pública o de interés público permite a toda persona, sin necesidad de acreditar calidad, interés o condición particular, conocer la existencia de información pública, acceder a la misma y difundirla o publicarla, según su interés[[14]](#footnote-15).

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[[15]](#footnote-16), 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)[[16]](#footnote-17).

De acuerdo con esto, las entidades deben cumplir con el principio de publicidad respecto de su actividad contractual como garantía para los administrados, para 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, donde 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, comoquiera que tales documentos dan cuenta de las decisiones de la Administración pública en beneficio del interés general y que por tanto incumben a la ciudadanía.

 En conclusión, el artículo 3 de la Ley 1150 de 2007 desarrolla los principios de publicidad y transparencia de las actuaciones contractuales, del cual 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 de las decisiones de la Administración Pública.

**2.4. Documentos que, por regla general, deben publicarse en el SECOP**

La Agencia Nacional de Contratación Pública ― Colombia Compra Eficiente, en el concepto CU-367 de 2020 unificó su criterio sobre los documentos que deben publicar en el SECOP las entidades regidas por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. La tesis desarrollada en dicha oportunidad se expone y complementa a continuación[[17]](#footnote-18):

El procedimiento de contratación de las entidades es reglado, es decir, no es discrecional y se deben consultar las normas que lo rigen para determinar la forma que la ley prevé para adelantarlo. Por consiguiente, las principales normas son: la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007 ̶ Estatuto General de Contratación de la Administración Pública ̶ y el Decreto 1082 de 2015, que es reglamentario y concreta cada modalidad de selección, señalando las reglas o pasos a seguir para celebrar el contrato estatal[[18]](#footnote-19). Por consiguiente, para que los documentos de la actividad contractual se conozcan la entidad debe publicarlos, sin importar la modalidad de selección.

El artículo 3 de la Ley 1150 de 2007 señala que los actos relacionados con los procedimientos de contratación de las entidades estatales pueden ser electrónicos, al igual que su publicidad, por lo que el Gobierno nacional debe definir los medios para desarrolla dicha publicidad, y tiene la obligación de desarrollar el SECOP[[19]](#footnote-20). Este sistema debe contar con la información oficial de los procedimientos contractuales de las entidades, de lo cual será la única fuente, que al ser de interés público ameritan su conocimiento por parte de la ciudadanía, más aún cuando involucran la inversión de recursos públicos y el correlativo derecho de la ciudadanía de conocer cómo se invierten y controlar que el objetivo sea la satisfacción de sus necesidades.

La norma citada genera un cambio en la contratación pública, ámbito en el que las actuaciones de las entidades se realizaban por escrito y en papel, y ahora se crea un mecanismo eficiente que reduce costos, para que se cumpla el principio de publicidad, como un deber de las autoridades públicas en el ejercicio de las funciones administrativas que la ley les otorga.

La Corte Constitucional, en la sentencia C-711 del 12 de septiembre de 2011, con ponencia del Magistrado Mauricio González Cuervo, hizo énfasis en la transición de la actividad contractual impresa que se publicaba en el Diario Único de Contratación, a una contratación pública electrónica desarrollada mediante el SECOP:

En cuanto a que la supresión de la publicación en el Diario Único de Contratación fuese necesaria, y en consecuencia ajena al ámbito de las facultades extraordinarias conferidas, se concluye que, si bien la publicación de los contratos estatales puede tenerse como requisito esencial para la ejecución y control público de los contratos oficiales, no así su inclusión en una forma específica de divulgación, como el DUC. Por el contrario, al disponerse que sea publicado en un medio electrónico, al cargo y cuidado de la Agencia Nacional de Contratación Pública —Colombia Compra Eficiente—, se asegura la regularidad de este tipo de trámite, en manos de una entidad responsable de realizarlo; y, simultáneamente, se cumple la finalidad de la publicación, que no otra distinta de brindarle al público la posibilidad de acceso fácil, oportuno, idóneo y eficaz a los términos de la contratación estatal.

Para la Corte, la publicación de los contratos estatales en el SECOP cumple cabalmente con las exigencias constitucionales de publicidad administrativa. En efecto, permite la presentación de la totalidad del contenido aludido, en un medio al que puede tener acceso al público en general, facilitando a los ciudadanos el conocimiento de las actuaciones de la administración y de los particulares en los procesos de contratación estatal y facilitando su participación en las decisiones que les afectan. Y, de conteras, suple algunas de las limitaciones de las que adolecía el Diario Único de Contratación, en términos de cobertura geográfica, de cantidad de ejemplares y de posibilidad de acceso por parte de la ciudadanía.

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».

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 el artículo 2.2.1.1.1.3.1.

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.

En todo caso, de conformidad con la segunda parte del inciso primero del artículo 2.2.1.1.1.7.1 *Ibídem*, el deber de publicar las actuaciones realizadas en el marco del proceso de contratación, en lo referente a las ofertas presentadas, solo se predica de la propuesta del adjudicatario, así que no es necesario publicar las demás. Del deber de publicidad, de conformidad con la tercera parte del inciso primero de la referida norma, también se encuentran exentos los documentos de las operaciones que se realicen en bolsa de productos.

 El inciso segundo del artículo 2.2.1.1.1.7.1 *ejusdem,* hace explícito el deber de las entidades estatales de publicar el aviso de convocatoria con el objeto de que los interesados formulen observaciones al proyecto de pliego de condiciones o soliciten aclaraciones en los términos del artículo 2.2.1.1.2.1.4, deber que hace extensivo a la invitación a participar en procesos de mínima cuantía. No obstante, de conformidad con el inciso final del artículo 2.2.1.1.2.1.2 del Decreto 1082 de 2015, la expedición y publicación en el SECOP del aviso de convocatoria no es necesaria en las modalidades de selección de contratación directa y mínima cuantía.

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[[20]](#footnote-21), deber que aplica a 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 ganadoras y los documentos expedidos en el marco de operaciones de bolsa de productos.

No obstante, 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, en principio, fue reglamentada por el Decreto 103 de 2015, hoy compilado en el Decreto 1081 de 2015. Este último señala, en el artículo 2.1.1.2.1.7, que las entidades deberán publicar en el SECOP la información de su gestión contractual[[21]](#footnote-22). 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[[22]](#footnote-23). 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[[23]](#footnote-24).

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[[24]](#footnote-25).

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 amplía, 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 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.

Ahora, 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. 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, como los de *máxima publicidad para un titular universal[[25]](#footnote-26), transparencia, facilitación y divulgación proactiva de la información[[26]](#footnote-27),*  porque 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, que facilita el acceso a la misma desde cualquier dispositivo con acceso a internet, garantizando mayor transparencia, al obligarse a las entidades estatales a publicar sus actuaciones de manera proactiva y rutinaria, lo que 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, 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; 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; xxiii) la liquidación unilateral; y xxiv) en general cualquier otro documento producido o expedido con ocasión del *Proceso de Contratación*, sin importar quién sea su autor –la Administración o el contratista–, 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. del Decreto 1082 de 2015.

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[[27]](#footnote-28), así como por el principio de máxima publicidad establecido en el artículo 2 de la Ley 1712 de 2014[[28]](#footnote-29), 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 podrán solicitarlas cualquier persona, dentro de lo que cabe la vigilancia de la contratación pública, cuestión que podría interesar a cualquier ciudadano[[29]](#footnote-30). Esta posibilidad solo se encuentra limitada respecto de la documentación que tenga la calidad de reservada[[30]](#footnote-31), que deberá someterse al tratamiento establecido en el artículo 36 del CPACA, en lo relativo a la formación de cuadernos separados[[31]](#footnote-32).

**2.5. Deber de publicar en el SECOP la información relativa a las unidades funcionales en los proyectos de APP de iniciativa privada que no requieren desembolso de recursos públicos**

Como se expresó previamente, la normativa del Sistema de Compras y Contratación Pública y las disposiciones sobre transparencia establecen, como principio, la publicidad de la información oficial relativa a la actividad contractual del Estado. Esto significa que, salvo norma expresa en contrario –que consagre la reserva de ciertos documentos o datos–, las entidades públicas están obligadas a publicar en el SECOP su información contractual.

Ahora, en la consulta se formula la pregunta acerca de si, respecto de los proyectos de APP *de iniciativa privada*, la información sobre las *unidades funcionales y su forma de retribución* debe publicarse o no en el SECOP como parte de los estudios y la minuta del contrato, en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 2.2.2.1.5.11. y 2.2.2.1.5.12. del Decreto 1082 de 2015. Para esta Agencia la respuesta es afirmativa. Lo anterior teniendo en cuenta los siguientes argumentos:

Las *unidades funcionales* hacen parte de la metodología con fundamento en la cual se puede pactar el recaudo, el desembolso de recursos o la forma de retribución en los contratos de APP, de conformidad con lo establecido en el artículo 5 de la Ley 1508 de 2012[[32]](#footnote-33). El artículo 2.2.2.1.2.2. del Decreto 1082 de 2015 ratifica lo dispuesto en la citada norma legal, al reglamentar la forma de retribución en proyectos de APP con base en unidades funcionales[[33]](#footnote-34).

Para mayor claridad conceptual, el artículo 2.2.2.1.1.2. del Decreto 1082 de 2015 define la *unidad funcional de infraestructura* como el «Conjunto de estructuras de ingeniería e instalaciones indispensables para la prestación de servicios con independencia funcional, la cual le permitirá funcionar y operar de forma individual cumpliendo estándares de calidad y niveles de servicio para tal unidad, relacionados con la satisfacción de la necesidad que sustenta la ejecución del Proyecto de Asociación Público Privada».

De las anteriores disposiciones se puede concluir que las unidades funcionales hacen parte de la información contenida en el *contrato*. En efecto, el parágrafo 2 del artículo 5 de la Ley 1508 de 2012 señala que «En los contratos para ejecutar proyectos de asociación público-privada podrá pactarse el derecho a retribución por unidades funcionales […]». De igual manera, el parágrafo 3 de la norma *ibidem* establece que «en los contratos para ejecutar proyectos de asociación público-privada podrá pactarse el derecho a retribución por etapas, entendiéndose por etapa, cada una de las fases sucesivas en el tiempo, definidas en el contrato, en las que se desarrollan o mejoran unidades funcionales específicas […]».

Pues bien, teniendo en cuenta que en la consulta se plantea la inquietud de si la información sobre las unidades funcionales y su forma de retribución debe publicarse en el SECOP, tratándose de proyectos de APP de iniciativa privada, y además se citan los artículos 2.2.2.1.5.11. y 2.2.2.1.5.12. del Decreto 1082 de 2015, se puede colegir que la pregunta se circunscribe a los *proyectos de APP de iniciativa privada que no requieren el desembolso de recursos públicos*. Lo anterior por cuanto estas normas reglamentan los artículos 19 y 20 de la Ley 1508 de 2012, que regulan, respectivamente, el procedimiento que debe adelantar la entidad estatal cuando ha llegado a un acuerdo con el originador de una APP de iniciativa privada bajo la condición de no requerir recursos públicos.

En lo que atañe a la consulta, los incisos 1 y 2 del referido artículo 19 indican:

Logrado el acuerdo entre la entidad estatal competente y el originador del proyecto, manteniendo el originador la condición de no requerir recursos del Presupuesto General de la Nación, de las entidades territoriales o de otros fondos públicos para la ejecución del proyecto, la entidad competente publicará el acuerdo, los estudios y *la minuta del contrato y sus anexos* por un término no inferior a un (1) mes ni superior a seis (6) meses, en los términos que establezca el reglamento, dependiendo de la complejidad del proyecto, en la página web del Sistema Electrónico para la Contratación Pública “SECOP”.

En esta publicación la entidad estatal competente señalará las condiciones que deben cumplir eventuales interesados en participar en la ejecución del proyecto y anunciará su intención de adjudicar un contrato al proponente originador, en las condiciones acordadas, si no existieren otros interesados en la ejecución del proyecto. [Énfasis fuera del texto original]

Según se advierte, la norma establece que dentro de la información que se debe publicar en el SECOP se encuentra *la minuta del contrato y sus anexos*. Así lo reitera el artículo 2.2.2.1.5.11. del Decreto 1082 de 2015, modificado por el artículo 12 del Decreto 438 de 2021, al ordenar lo siguiente:

En caso de ser aprobada por parte de la entidad estatal competente una iniciativa privada que no requiere desembolsos de recursos públicos a las que se refiere el artículo 19 de la Ley 1508 de 2012, dicha entidad estatal publicará en la página web del Sistema Electrónico para la Contratación Pública (SECOP) el acuerdo de la iniciativa privada, los estudios y *la minuta del contrato* y sus anexos por el término de cuatro (4) meses, el cual podrá prorrogarse a solicitud de los interesados, si la entidad estatal competente lo estima conveniente hasta por dos (2) meses más. [énfasis fuera del texto original].

Adicionalmente, el artículo 2.2.2.1.12.7. del mismo cuerpo normativo establece:

En caso de ser aprobada por la entidad estatal una iniciativa privada que no requiera desembolso de recursos públicos a las que se refiere el artículo 19 de la Ley 1508 de 2012, dicha entidad publicará en la página web del Sistema Electrónico para la Contratación Pública (SECOP) el acuerdo de la iniciativa privada, los estudios *y la minuta del contrato y sus anexos* por un término de seis (6) meses. [Énfasis fuera del texto original].

Como puede apreciarse, el Decreto 1082 de 2015 reitera la obligación contemplada en el artículo 19 de la Ley 1508 de 2012, pues establece que la minuta del contrato hace parte de la información que la entidad estatal debe publicar en el SECOP, tratándose de proyectos de APP de iniciativa privada que no requieren desembolso de recursos públicos. Por tanto, al ser las *unidades funcionales* –según se explicó– parte del clausulado del contrato, estas también deben publicarse en la oportunidad exigida en las normas citadas con anterioridad, pues aquellas disposiciones no excluyen de la información de la minuta del contrato lo relativo a las unidades funcionales o a la forma de retribución con fundamento en estas. De hecho, es apenas lógico que si la entidad estatal debe publicar en el SECOP la minuta del contrato y sus anexos para ver si un tercero manifiesta interés –en los términos establecidos en los artículos 19 y 20 de la Ley 1508 de 2012 y en sus normas reglamentarias–, tenga que incluir en la minuta del contrato la información correspondiente a la metodología de retribución que se ha acordado por unidades funcionales, para que los interesados puedan conocerla, analizarla y disponer de elementos de juicio para tomar la decisión de participar.

**3. Respuesta**

«Teniendo en cuenta que las unidades funcionales establecidas en un proyecto determinan el derecho a retribuciones, y la retribución es un elemento esencial del modelo financiero […]

»¿Si el proyecto presentado de Asociación público privada de iniciativa privada contempla unidades funcionales, estas y su forma de retribución deben estar contenidas en los estudios y en la minuta del contrato que se publican con la manifestación de interés, de acuerdo a lo señalado en los artículos 2.2.2.2.2.1.5.11 y 2.2.2.1.5.12 del Decreto 1082 de 2015?»

De conformidad con las disposiciones normativas analizadas en las consideraciones de este concepto y, especialmente, en virtud de lo dispuesto en los artículos 5 y 9 de la Ley 1508 de 2012, y en el artículo 2.2.2.1.5.11. del Decreto 1082 de 2015, se puede concluir que la minuta del contrato hace parte de la información que la entidad estatal debe publicar en el SECOP, tratándose de proyectos de APP de iniciativa privada que no requieren desembolso de recursos públicos. Por tanto, al ser las *unidades funcionales* –según se explicó– parte del clausulado del contrato, estas también deben publicarse en la oportunidad exigida en las normas citadas con anterioridad, pues aquellas disposiciones no excluyen de la información de la minuta del contrato lo relativo a las unidades funcionales o a la forma de retribución con fundamento en estas. De hecho, es apenas lógico que si la entidad estatal debe publicar en el SECOP la minuta del contrato y sus anexos para ver si un tercero manifiesta interés –en los términos establecidos en los artículos 19 y 20 de la Ley 1508 de 2012 y en sus normas reglamentarias–, tenga que incluir en la minuta del contrato la información correspondiente a la metodología de retribución que se ha acordado por unidades funcionales, para que los interesados puedan conocerla, analizarla y disponer de elementos de juicio para tomar la decisión de participar.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Cristian Andrés Díaz DíezContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Alejandro Sarmiento CantilloGestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Juan David Marín LópezSubdirector de Gestión Contractual (E) ANCP – CCE |

1. Sentencia C-595 de 2014. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. [↑](#footnote-ref-2)
2. La doctrina ha señalado que «[…] durante la década de los ochenta y de los noventa, las más variadas instituciones anglosajonas empiezan a proponer toda una serie de definiciones de la citada colaboración público privada (o en términos anglosajones *public private partnerships –*PPP–, en adelante), para hacer referencia a una amplia gama de operaciones, técnicas y metodologías aglutinadas bajo un enfoque o idea común: incentivar el interés particular en la ejecución de cometidos públicos asumiendo los riesgos inherentes a dicha ejecución, de modo que cada sector aporta sus recursos y conocimientos con el fin de acometer la construcción de una infraestructura o la gestión de un servicio público de la manera más eficiente posible» (HERNANDO RYDINGS, María. La colaboración público privada. Fórmulas contractuales. Madrid: Civitas. pp. 37-38). [↑](#footnote-ref-3)
3. BENAVIDES, José Luis. Presentación. En: BENAVIDES, José Luis (compilador). Estudio sobre el régimen jurídico de las asociaciones público-privadas. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014, p. 13. [↑](#footnote-ref-4)
4. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 8 de mayo de 2018. Número único: 11001-03-06-000-2018-00095-00. Radicación interna: 2382 [↑](#footnote-ref-5)
5. Este artículo regula la estructuración de proyectos por particulares, de la siguiente manera: «Los particulares podrán estructurar proyectos de infraestructura pública o para la prestación de sus servicios asociados, por su propia cuenta y riesgo, asumiendo la totalidad de los costos de la estructuración, y presentarlos de forma confidencial y bajo reserva a consideración de las entidades estatales competentes.

»El proceso de estructuración del proyecto por agentes privados estará dividido en dos (2) etapas, una de prefactibilidad y otra de factibilidad.

»En la etapa de prefactibilidad el originador de la propuesta deberá señalar claramente la descripción completa del proyecto incluyendo el diseño mínimo en etapa de prefactibilidad, construcción, operación, mantenimiento, organización y explotación del mismo, alcance del proyecto, estudios de demanda en etapa de prefactibilidad, especificaciones del proyecto, su costo estimado y la fuente de financiación.

»Para la etapa de factibilidad, la iniciativa para la realización del proyecto deberá comprender: el modelo financiero detallado y formulado que fundamente el valor del proyecto, descripción detallada de las fases y duración del proyecto, justificación del plazo del contrato, análisis de riesgos asociados al proyecto, estudios de impacto ambiental, económico y social, y estudios de factibilidad técnica, económica, ambiental, predial, financiera y jurídica del proyecto.

»En la etapa de factibilidad el originador del proyecto deberá anexar los documentos que acrediten su capacidad jurídica, financiera o de potencial financiación, de experiencia en inversión o de estructuración de proyectos o para desarrollar el proyecto, el valor de la estructuración del proyecto y una minuta del contrato a celebrar que incluya entre otros, la propuesta de distribución de riesgos.

»En esta etapa se deberá certificar que la información que entrega es veraz y es toda de la que dispone sobre el proyecto. Esta certificación deberá presentarse mediante una declaración juramentada.

»No podrán presentarse iniciativas en los casos en que correspondan a un proyecto que, al momento de su presentación modifiquen contratos o concesiones existentes o para los cuales se haya adelantado su estructuración por parte de cualquier entidad estatal. Tampoco se aceptarán aquellas iniciativas que demanden garantías del Estado o desembolsos de recursos del Presupuesto General de la Nación, las entidades territoriales o de otros fondos públicos, superiores a los establecidos en la presente ley.

»Cuando existan varios originadores para un mismo proyecto tendrá prioridad para su estudio el primero que radique una oferta ante la entidad estatal competente y que posteriormente sea declarada por esta como viable». [↑](#footnote-ref-6)
6. Es una oferta, porque cumple con los requisitos del artículo 845 del Código de Comercio, dado que es un «proyecto de negocio jurídico que una persona formule a otra». [↑](#footnote-ref-7)
7. El artículo 16 expresa: «Presentada la iniciativa del proyecto en etapa de factibilidad, la entidad estatal competente dispondrá de un plazo máximo de seis (6) meses a partir de la fecha de su radicación, para la evaluación de la propuesta y las consultas a terceros y a autoridades competentes, este estudio lo podrá hacer directamente o a través de terceros. Se podrá prorrogar los términos del estudio hasta por un plazo igual a la mitad del plazo inicial, para profundizar en sus investigaciones o pedir al originador del proyecto que elabore estudios adicionales o complementarios, ajustes o precisiones al proyecto.

»Si realizados los estudios pertinentes la entidad pública competente considera la iniciativa viable y acorde con los intereses y políticas públicas, así lo comunicará al originador informándole las condiciones para la aceptación de su iniciativa incluyendo el monto que acepta como valor de los estudios realizados, con fundamento en costos demostrados en tarifas de mercado para la estructuración del proyecto y las condiciones del contrato. De lo contrario rechazará la iniciativa mediante acto administrativo debidamente motivado. En todo caso la presentación de la iniciativa no genera ningún derecho para el particular, ni obligación para el Estado.

»Si la iniciativa es rechazada, la propiedad sobre los estudios será del originador, pero la entidad pública tendrá la opción de adquirir aquellos insumos o estudios que le interesen o sean útiles para los propósitos de la función pública.

»Comunicada la viabilidad de la iniciativa, el originador del proyecto podrá aceptar las condiciones de la entidad estatal competente o proponer alternativas. En cualquier caso, en un plazo no superior a dos (2) meses contados desde la comunicación de la viabilidad, si no se llega a un acuerdo, se entenderá que el proyecto ha sido negado por la entidad pública». [↑](#footnote-ref-8)
8. BOBBIO, Norberto. Democracia y secreto. México: Fondo de Cultura Económica, 2013. p. 27. [↑](#footnote-ref-9)
9. Corte Constitucional. Sentencia C- 341 del 4 de junio de 2014. M. P. Mauricio González Cuervo. [↑](#footnote-ref-10)
10. 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-11)
11. 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-12)
12. 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». [↑](#footnote-ref-13)
13. «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-14)
14. Corte Constitucional. Sentencia C‒274 de 9 de mayo de 2013. M.P. María Victoria Calle Correa. [↑](#footnote-ref-15)
15. 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-16)
16. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 14 de diciembre de 2007. Exp. 24.715. C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

 [↑](#footnote-ref-17)
17. El siguiente análisis se realiza únicamente respecto de las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Sobre el deber de publicación de la actividad contractual de las entidades excluidas de dicho régimen de contratación, esta Agencia expidió el concepto CU–003 del 15 de enero de 2020 –radicado No. 2202013000000164–. [↑](#footnote-ref-18)
18. Decreto 1082 de 2015: «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.

[...]

»Proceso de Contratación: 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 [...]». [↑](#footnote-ref-19)
19. Ley 1150 de 2007: «Artículo 3. De la contratación pública electrónica. 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:

»a) Dispondrá de las funcionalidades tecnológicas para realizar procesos de contratación electrónicos bajo los métodos de selección señalados en el artículo 2o de la presente ley según lo defina el reglamento;

»b) Servirá de punto único de ingreso de información y de generación de reportes para las entidades estatales y la ciudadanía;

»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 electrónicos y;

»d) Integrará el Registro Unico Empresarial de las Cámaras de Comercio, el Diario Unico de Contratación Estatal y los demás sistemas que involucren la gestión contractual pública. Así mismo, se articulará con el Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal, SICE, creado por la Ley 598 de 2000, sin que este pierda su autonomía para el ejercicio del control fiscal a la contratación pública. [↑](#footnote-ref-20)
20. 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-21)
21. 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-22)
22. 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-23)
23. 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-24)
24. 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-25)
25. 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-26)
26. 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-27)
27. 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-28)
28. 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-29)
29. 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-30)
30. 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-31)
31. 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-32)
32. Esta norma, en lo pertinente, señala: «El derecho al recaudo de recursos por la explotación económica del proyecto, a recibir desembolsos de recursos públicos o a cualquier otra retribución, en proyectos de asociación público-privada, estará condicionado a la disponibilidad de la infraestructura, al cumplimiento de niveles de servicio, y estándares de calidad en las distintas unidades funcionales o etapas del proyecto, y los demás requisitos que determine el reglamento.

»[…]

»PARÁGRAFO 2o. En los contratos para ejecutar proyectos de asociación público-privada podrá pactarse el derecho a retribución por unidades funcionales, previa aprobación del Ministerio u órgano cabeza del sector o quien haga sus veces a nivel territorial, siempre y cuando:

»a) El proyecto se encuentre totalmente estructurado.

»b) El proyecto haya sido estructurado, contemplando unidades funcionales de infraestructura, cuya ejecución podría haberse realizado y contratado en forma independiente y autónoma, y la remuneración estará condicionada a la disponibilidad de la infraestructura y al cumplimiento de niveles de servicio y estándares de calidad previstos para las respectivas unidades funcionales.

»c) Las demás condiciones que defina el Gobierno nacional, entre estas el correspondiente monto mínimo de cada unidad funcional.

»PARÁGRAFO 3o. Complementario a lo previsto en el parágrafo anterior, en los contratos para ejecutar proyectos de asociación público-privada podrá pactarse el derecho a retribución por etapas, entendiéndose por etapa, cada una de las fases sucesivas en el tiempo, definidas en el contrato, en las que se desarrollan o mejoran unidades funcionales específicas, previa aprobación del Ministerio u órgano cabeza del sector o quien haga sus veces a nivel territorial, siempre y cuando:

»a) El proyecto se encuentre totalmente estructurado.

»b) Durante el plazo inicial del contrato se ejecuten todas las etapas previstas.

»c) El proyecto haya sido estructurado en etapas sucesivas en el tiempo, de acuerdo con las necesidades del servicio respecto de las cuales se define un alcance específico en el contrato y sus correspondientes niveles de servicio y estándares de calidad.

»d) La retribución al inversionista privado estará condicionada a la disponibilidad de la infraestructura, al cumplimiento de niveles de servicio estándares de calidad.

»e) Las demás condiciones que defina el Gobierno nacional, entre estas el correspondiente monto mínimo de cada etapa.

»[…]

»PARÁGRAFO 5o. <Parágrafo modificado por el artículo 13 de la Ley 1882 de 2018. El nuevo texto es el siguiente:> En caso de que en el proyecto de asociación público-privada la entidad estatal entregue al inversionista privado una infraestructura existente en condiciones de operación, la entidad estatal podrá pactar el derecho a la retribución por las actividades de operación y mantenimiento de esta infraestructura existente condicionado a su disponibilidad, al cumplimiento de los niveles de servicio y estándares de calidad.

»PARÁGRAFO 6o. <Parágrafo modificado por el artículo 13 de la Ley 1882 de 2018. El nuevo texto es el siguiente:> En proyectos de asociación público-privada, podrán establecerse, unidades funcionales de aeropuertos, de plantas de tratamiento de aguas residuales, de tramos de túneles o, de vías férreas, en virtud de las cuales se predicará únicamente disponibilidad parcial y estándar de calidad para efectos de la retribución. El Gobierno nacional reglamentará la materia». [↑](#footnote-ref-33)
33. La norma dispone: «En los proyectos de Asociación Público Privada el derecho del asociado privado a recibir retribuciones está condicionado a la disponibilidad de la infraestructura, al cumplimiento de Niveles de Servicio y Estándares de Calidad en las distintas unidades funcionales o etapas del proyecto.

»En los contratos para ejecutar estos proyectos podrá pactarse el derecho a retribución por unidades funcionales, previa aprobación del ministerio u órgano cabeza del sector o quien haga sus veces a nivel territorial, siempre y cuando el proyecto se encuentre totalmente estructurado, contemplando unidades funcionales de infraestructura, cuya ejecución podría haberse realizado y contratado en forma independiente y autónoma y la unidad funcional que se va a remunerar esté disponible y cumpla con los niveles de servicio y estándares de calidad previstos para la misma.

»El monto del presupuesto estimado de inversión de cada unidad funcional de infraestructura deberá ser igual o superior a cien mil Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes (100.000 SMLMV).

»PARÁGRAFO 1. El Departamento Nacional de Planeación, previa solicitud del ministerio u órgano cabeza del sector, realizará los estudios pertinentes para determinar el monto mínimo de las unidades funcionales en dicho sector o subsector, según corresponda. Conforme a lo previsto en el artículo 5 de la Ley 1508 de 2012, corresponderá al Gobierno nacional definir el monto mínimo y demás condiciones que se requieran para desarrollar dichas unidades funcionales.

»PARÁGRAFO 2. En los contratos para ejecutar proyectos de Asociación Público Privada de infraestructura educativa podrá pactarse el derecho a retribución por unidades funcionales de infraestructura, siempre que se cumpla con los requisitos previstos en el parágrafo 2 del artículo 5 de la Ley 1508 de 2012 y el presupuesto estimado de inversión de cada unidad funcional sea superior a seis mil Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes (6000 SMLMV).

»En los proyectos que cumplan con los anteriores requisitos podrá ser considerada cada sede o institución educativa como una unidad funcional de infraestructura, siempre y cuando producto de la estructuración del proyecto se evidencie la necesidad y conveniencia de ello y el inversionista privado sea responsable de la operación y mantenimiento de la correspondiente sede o institución educativa."

»(Modificado por el Art. 1 del Decreto 438 de 2021)

»PARÁGRAFO 3. En los proyectos de Asociación Público Privada de vías fluviales o canales de aguas navegables podrá pactarse el derecho a retribución por unidades funcionales de infraestructura que cumplan con los requisitos previstos en el parágrafo 2 del artículo 5 de la Ley 1508 de 2012, y cuyo presupuesto estimado de inversión de cada unidad funcional de infraestructura sea igual o superior a cinco mil trescientos Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes (5.300 SMLMV).

»Los montos de las unidades funcionales en cada proyecto estarán sustentados en un documento que contenga un estudio técnico y financiero, el cual será presentado ante el Ministerio u órgano cabeza del sector, o quien haga sus veces a nivel territorial, con el fin de surtir la aprobación de que trata el artículo 5 de la Ley 1508 de 2012."

»(Parágrafo 3, adicionado por el Art. 1 del Decreto 655 de 2021)

»PARÁGRAFO TRANSITORIO. Las iniciativas privadas que a la fecha de entrada en vigencia de este Decreto no se encuentren radicadas en etapa de factibilidad, podrán ajustarse a lo dispuesto en el parágrafo tercero del presente artículo. Lo anterior, sin perjuicio del cumplimiento de los plazos establecidos en la Ley 1508 de 2012 y el presente Decreto para la presentación y evaluación de la respectiva iniciativa privada.

»(Parágrafo Transitorio, adicionado por el Art. 2 del Decreto 655 de 2021)» [↑](#footnote-ref-34)