CCE-DES-FM-17

**SECOP** **– Publicidad – Entidades de régimen especial – Reiteración – Concepto unificado – CU-003 de 2020**

La obligatoriedad de publicar las actuaciones contractuales de las entidades no depende de su régimen de contratación, sino de la ejecución de recursos públicos, pues así lo determinó, provisionalmente, el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, en el auto del 14 de agosto de 2017, radicación número: 11001-03-26-000-2017-00031-00 [58.820], proferido por el Magistrado Jaime Orlando Santofimio. Ese deber no atiende a las condiciones fácticas que tengan las entidades excluidas del régimen de contratación estatal, sino ─se reitera─ al hecho de que la contratación implique la ejecución de recursos públicos. Así también lo indicó la Agencia Nacional de Contratación Pública en Concepto unificado CU-003 de 2020, que se reitera en esta oportunidad.

**SECOP – Publicidad – Sociedades de economía mixta**

En el concepto del 16 de agosto de 2019, la Agencia Nacional de Contratación Pública se pronunció en relación con la obligación que tienen las sociedades de economía mixta de publicar su actividad contractual en el SECOP II, en estos términos:

«[…] el deber de publicar la información contractual recae tanto en las entidades sometidas al Estatuto General de la Contratación Pública como en las entidades que tienen un régimen especial de contratación, como es el caso de las sociedades de economía mixta, siempre y cuando el contrato ejecute o tenga como fuente de financiación dineros públicos, sin importar su proporción».

Al respecto, en el concepto C-088 de 2020 se concluyó que una sociedad de economía mixta, «[a]l ser una entidad pública que hace parte de la rama ejecutiva–según lo dispone el artículo 38, numeral 2º, literal f) de la Ley 489 de 1998–, ingresa dentro de la categoría de sujeto obligado prevista en el artículo 9 de la Ley 1712 de 2014 y en consecuencia debe publicar la información relativa a su contratación en el SECOP, pues […] este es un deber de las entidades estatales que contratan con recursos públicos, independientemente del régimen jurídico aplicable a dicha actividad contractual».

**SECOP – Publicidad – Entidades descentralizadas – Nivel territorial**

La misma obligación les asiste a las entidades descentralizadas del nivel territorial, según lo que se dijo en el concepto C-151 de 2020. Allí la Agencia Nacional de Contratación Pública concluyó que el factor que determina el deber de publicar en el SECOP es la ejecución de recursos públicos.

**SECOP – Publicidad – Entidades descentralizadas por servicios**

Las entidades descentralizadas por servicios, por otro lado, también se encuentran llamadas a publicar su actividad contractual en el SECOP. Así lo concluyó Colombia Compra Eficiente en el concepto C-264 de 2020, en donde dijo que: «[e]l Instituto Social de Vivienda y Hábitat de Medellín, sin consideración al régimen sustantivo de contratación que le resulta aplicable, esto es, Estatuto General de Contratación de la Administración Pública o regímenes exceptuados, inclusive independiente de la tipología de los contratos y el régimen aplicable a los mismos, está en la obligación de publicar todos los documentos proferidos con ocasión de sus procesos de contratación» «cursivas propias».

**SECOP – Publicidad – Secop II – Obligatoriedad – Alcance**

[…], del hecho que todas las entidades públicas, sin importar su naturaleza jurídica o régimen de contratación, deban publicar los procesos contractuales en los que ejecutan recursos públicos, no se deriva que siempre tengan que hacerlo en el SECOP II, ya que al uso obligatorio de esta plataforma solo están vinculadas las entidades referidas en el Anexo 1 de la Circular Externa 1 de 2019, como se explicó en el numeral 2.1. supra. En efecto, en el concepto C-151 de 2020 se concluyó lo siguiente:

«Respecto a la publicación del SECOP I o en el SECOP II, la Subdirección de Gestión Contractual concluye que, a la fecha, las entidades descentralizadas del nivel municipal no están obligadas a publicar sus procesos de contratación en el SECOP II, conforme a la salvedad que sobre el particular establece el Anexo 1 de la Circular Externa No. 1 de 2019. Sin embargo, esta exclusión no las releva de continuar publicando sus procesos de contratación en la plataforma de SECOP I.»

**SECOP – Entidades excluidas – Deber de publicidad**

[…], se debe resaltar que en algunos eventos excepcionales esta entidad ha reconocido que las entidades no se encuentran obligadas o publicar en el SECOP II el proceso contractual, bien porque están excluidas expresamente de hacerlo, como es el caso de las entidades descentralizadas del nivel municipal, cuya situación fue analizada en el concepto C-115 de 2020, concluyendo que «el Anexo 1 de la Circular No. 1 de 2019 las excluyó del deber de publicar en el SECOP II, pues, al indicar las entidades de este nivel con obligación de publicar en esa plataforma, textualmente señaló que «sólo incluye el sector central». O también porque el proceso contractual está excluido de dicho deber.

**SECOP – Publicidad – Documentos publicables**

[…], el Decreto 103 de 2015 señala que los documentos que deberán publicar las entidades estatales, entre estas las empresas industriales y comerciales del Estado, son: i) las autorizaciones, requerimientos, aprobaciones o informes del supervisor o del interventor, que prueben la ejecución del contrato, ii) en relación con los procedimientos, lineamientos y políticas en materia de adquisición se deberán publicar los documentos previstos en el manual de contratación de la entidad y, finalmente, iii) el plan anual de adquisiciones.

Frente al segundo grupo de documentos, debido a que estas entidades están sometidas al derecho privado, y por lo tanto no celebran sus procesos de contratación con las modalidades de contratación previstas en la Ley 80 de 1993; cada una definirá en su manual de contratación el procedimiento para la contratación de sus bienes y servicios.

**SECOP – Publicidad – Oportunidad – 3 días**

El artículo 2.2.1.1.1.7.1. del Decreto 1082 de 2015 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».

Por su parte, el artículo 2.2.1.1.1.3.1. del Decreto 1082 de 2015 dice que los «Documentos del Proceso 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».

A su vez, el artículo 2.2.1.2.1.4.3. del mismo Decreto establece excepciones a la publicidad de los estudios y documentos previos, indicando: «Los estudios y documentos previos elaborados para los siguientes Procesos de Contratación no son públicos: a) la contratación de empréstitos; b) los contratos interadministrativos que celebre el Ministerio de Hacienda y Crédito Público con el Banco de la República, y c) los contratos a los que se refiere el 2.2.1.2.1.4.6 del presente decreto». Como puede observarse, el gobierno nacional estableció algunas excepciones a la publicidad de los documentos del proceso en el SECOP durante los tres (3) días siguientes a su expedición en la modalidad de contratación directa; lo que permite concluir que aquellos casos que no estén exceptuados en forma explícita de dicho deber ingresan dentro de la regla general. Con fundamento en esta idea, cabe precisar que en la contratación directa los documentos del proceso también deben ser publicados en la oportunidad indicada, teniendo en cuenta la causal de que se trate. Verbigracia, para la celebración de contratos de prestación de servicios profesionales, de apoyo a la gestión o para la realización de actividades artísticas que solo pueden encomendarse a determinadas personas naturales no se requiere expedir previamente el acto administrativo de justificación de la contratación directa. Por lo tanto, en este supuesto, por sustracción de materia, no hay que publicar dicho documento en el SECOP. Algo similar sucede en la contratación de urgencia manifiesta, en la cual no se requiere de la elaboración de estudios y documentos previos, de manera que, obviamente, estos no se publican.

**INSTITUCIONES PRESTADORAS DE SERVICIOS DE SALUD – Noción – Sociedades de Economía Mixta – Deber de Publicidad – Secop**

[…] Frente a las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud – IPS, es menester indicar que son entidades oficiales, mixtas, privadas, comunitarias y solidarias, según lo señalado en el literal i) del artículo 156 de la Ley 100 de 1993

Para el caso de las IPS «públicas» su origen se puede presentar en los niveles Nacional, Departamental o Municipal, ya sea por norma con fuerza de ley, ordenanza o a través de acuerdo respectivamente.

Para el caso de las IPS, se reitera la posición de esta subdirección frente a la publicación en el SECOP cuando se realicen contrataciones con recursos públicos independientemente del régimen jurídico a aplicar de la misma.

**CONTRATOS DE EMPRÉSTITO – Definición – Entidades Estatales – Contratación Directa**

[…] los contratos de empréstito cuyo propósito es proveer a las entidades contratantes de recursos en moneda nacional o extranjera con plazo para su pago constituyen una verdadera fuente de financiamiento para la entidades, ahora bien, la Ley dispuso que estos contratos se realizan de forma directa, pues de acuerdo con su naturaleza, le es difícil al estado establecer las condiciones generales para realizar este tipo de contratación, aún sin quedar desprovisto de su deber de selección objetiva.

El artículo 7 del Decreto 2681 de 1993, delimita la posibilidad de realizar estos contratos de empréstito a «entidades estatales», lo que lleva a la conclusión que su administración estará a cargo de la entidad contratante, cuya naturaleza será la de entidad estatal o bajo las figuras jurídicas en las que el estado cuenta con participación en su capital.

Bogotá D.C., **02/07/2020 Hora 19:51:45s**

**N° Radicado: 2202013000005734**

Señor

**David Tinoco Rosales**

Barranquilla, Atlántico

**Concepto C─370 de 2020**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**   | SECOP – Publicidad – Entidades de régimen especial – Reiteración de Concepto unificado CU-003 de 2020 / SECOP – Publicidad – sociedades de economía mixta / SECOP – Publicidad – Entidades descentralizadas del nivel territorial / SECOP – Publicidad – Entidades descentralizadas por servicios / SECOP – Publicidad – No es obligatorio hacerla en el SECOP II / SECOP – Entidades excluidas – Deber de publicar / SECOP – Publicidad – Documentos que se deben publicar / SECOP – Publicidad – Oportunidad – 3 días / INSTITUCIONES PRESTADORAS DE SERVICIOS DE SALUD – Noción ­– Sociedades de Economía Mixta – Deber de Publicar en el SECOP / CONTRATOS DE EMPRÉSTITO – Definición – Entidades Estatales – Contratación Directa |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta # 4202013000004015 |

Estimado señor Tinoco Rosales,

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 28 de abril del año 2020. Su consulta fue remitida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, mediante radicado de entrada No. 4202013000004015, el 21 de mayo de 2020.

1. **Problemas planteados**

El peticionario formula una consulta encaminada a determinar si una Empresa Prestadora de Salud, constituida como sociedad de economía mixta, se encuentra obligada a publicar en la plataforma del SECOP los créditos obtenidos a través de contratos de empréstito.

**2. Consideraciones**

Para desarrollar los problemas planteados se explicará, inicialmente el SECOP como plataforma que las entidades deben utilizar para publicar la actividad contractual, para, luego, determinar qué entidades están obligadas a su uso, así como los documentos contractuales que se deben publicar y, por último, precisar el momento de su publicación.

**2.1. Publicidad de los contratos en el Sistema Electrónico de Contratación Pública –SECOP–**

La Agencia Nacional de Contratación Pública estudió el alcance del principio de publicidad en la consulta del 9 de agosto de 2019 −radicado No. 4201913000005397− y reiteró su posición en las consultas del 25 de septiembre de 2019, del 4 de octubre de 2019, y del 13 y 18 de noviembre de 2019 −radicados Nos. 4201912000006611, 4201913000006847 4201912000007828 y 4201912000007762−. Finalmente, en el Concepto CU−003 de 2020 unificó la tesis que venía construyendo en relación con el uso del SECOP, la cual se reiteró posteriormente, entre otros, en los conceptos C-061, C-072, C-092, C-095, C-110, C-115, C-116, C-149, C-151, C-170, C-171, C-197, C-206 y C-264. Las ideas expuestas en tales documentos se reiteran en el presente numeral.

Según lo ha expresado la Corte Constitucional, el principio de publicidad es la garantía que tienen las personas de conocer las actuaciones judiciales y administrativas y, con base en ese conocimiento, exigir que se surtan 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[[1]](#footnote-1).

El mencionado principio 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.

Ahora bien, en relación con la contratación estatal, el literal c) del artículo 3 de la Ley 1150 de 2007 establece que la herramienta para tales fines es el Sistema Electrónico para la Contratación Pública «SECOP», que, según dicha norma, «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»[[2]](#footnote-2).

De otra parte, la Ley 1712 de 2014, por medio de la cual se crea la Ley de Transparencia y del 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»[[3]](#footnote-3). 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[[4]](#footnote-4), deben publicar la información relativa a su contratación. Esta obligación fue desarrollada por el Decreto Único Reglamentario 1081 de 2015[[5]](#footnote-5), 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.

Ahora bien, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente tiene como función administrar el SECOP[[6]](#footnote-6), por lo cual desarrolló la primera versión de la plataforma, denominada SECOP I, que funciona como medio de publicidad y no transaccional, lo que significa que, en la práctica, el procedimiento contractual ocurre fuera de la plataforma y del mismo la entidad lleva un expediente físico, cuyos documentos se convierten en electrónicos para ser cargados, por quien tenga la función dentro de la entidad, de acuerdo con su organización interna y en cumplimiento de un deber legal.

El SECOP II es la segunda versión de la plataforma y su principal característica es que es transaccional, esto es, permite gestionar en línea todos los procedimientos de contratación, con cuentas y usuarios asociados a éstas, para las entidades y los proveedores, así como también el acceso para consulta por parte de 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, por su parte, pueden hacer comentarios a los documentos del procedimiento, presentar ofertas y, en general, seguir el procedimiento de selección en línea.

Es necesario aclarar que, dado que el procedimiento contractual se desarrolla en línea y dentro de la plataforma, paulatinamente se va conformando un expediente electrónico, lo cual denota una diferencia con el SECOP I, donde el procedimiento es físico, esto es, con documentos escritos que se publican para cumplir las obligaciones de las entidades antes señaladas. Al existir esa diferencia entre las dos versiones del SECOP, no es posible realizar en SECOP II actuaciones por escrito que son propias del SECOP I, sino que los documentos y actuaciones son electrónicas como se ejemplificará a continuación.

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 2020, 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». Son las entidades públicas relacionadas en dicho anexo las obligadas al uso de la plataforma que se estudia.

Este plazo fue prorrogado por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, mediante la Circular Externa No. 2 de 2019, a través de la cual se amplió «la entrada en vigor de la obligatoriedad del SECOP ll. En consecuencia, las alcaldías capitales de departamento (Administración central) y los departamentos (Administración central) gestionarán todos sus procesos de contratación, exclusivamente en el SECOP ll, a partir del 1 de abril de 2020». Con todo, de acuerdo con lo que se dispuso en la Circular Externa No. 3 de 2020, existen dos grupos de entidades que podrán seguir gestionando sus procesos contractuales por medio de la plataforma SECOP I: por un lado, la Gobernación del Chocó, la Gobernación del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, la Alcaldía de Quibdó, la Gobernación del Cauca y la Alcaldía de Popayán y, por el otro, la Gobernación de Guainía, la Alcaldía de Inírida, la Gobernación del Amazonas, la Alcaldía de Leticia, la Gobernación del Vichada, la Alcaldía de Puerto Carreño, la Gobernación del Guaviare, la Alcaldía de San José del Guaviare, la Gobernación de Vaupés y la Alcaldía de Mitú.

Los primeros, porque no alcanzaron a ser capacitados en el uso de la plataforma SECOP II, habida cuenta que los programas de formación a cargo de esta entidad se suspendieron por la emergencia en salud pública ocasionada por el Coronavirus - COVID 19. Los segundos, debido a que «las velocidades de carga son insuficientes para operar la plataforma en [sus] territorios», esto es, por problemas de capacidad técnica de las redes.

**2.2. Entidades estatales de régimen especial obligadas a publicar en el SECOP**

La Agencia Nacional de Contratación Pública, durante el último año, ha venido elaborando una línea conceptual en relación con las entidades obligadas a publicar sus procesos contractuales en el SECOP, pese a estar excluidas del Régimen General de Contratación de la Administración Pública. Por una parte, se pronunció de forma genérica sobre este tipo de entidades. Por el otro, hizo referencia a unas entidades en particular. Lo primero, en los conceptos del 19 de julio y del 16 y el 25 de septiembre de 2019 −radicados Nos. 2201913000005135, 2201913000006872 y 2201913000007091−, unificados en el concepto CU-003 de 2020, reiterado, recientemente, mediante los conceptos C-061, C-072, C-087, C-095, C-147, 197 y C-206, entre otros. Lo segundo, en los conceptos del 16 y el 21 de agosto, del 9 de septiembre, del 1 de noviembre y del 20 de diciembre de 2019 −radicados Nos. 2201913000005977, 2201913000006068, 2201913000006681, 2201913000008197 y 2201913000009469−, así como en los conceptos C-088, C-116, C-151, C-181 y C-264, entre otros. Las tesis propuestas se exponen y reiteran en este numeral.

1. En el concepto del 19 de julio de 2019, la Subdirección de Gestión Contractual consideró que la normativa vigente, señalada en el numeral 2.1. *supra*, «establece que el SECOP contará con la información oficial de la contratación realizada con dineros públicos por la Entidades Estatales, independientemente del régimen jurídico aplicable, la naturaleza jurídica, o la pertenencia a una u otra rama del poder público». Igualmente, aseguró que «las entidades de régimen especial están obligadas a publicar en el SECOP la información resultante de su actividad contractual en todas sus fases, *siempre que ejecuten recursos públicos*» «cursivas propias». Este criterio fue reiterado en los conceptos del 16 y el 25 de septiembre de 2019. En aquel se afirmó que, «independientemente de la naturaleza o el régimen jurídico aplicable a la entidad, *cuando ésta ejecute recursos de origen público* tienen la obligación publicar su actividad contractual en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública» «cursivas propias».

A través del concepto unificado 003 de 2020, esta Subdirección consideró que el debate sobre la obligatoriedad o no de publicar en el SECOP, para las entidades con régimen especial de contratación, ya fue definido, al menos de manera preliminar, por el Consejo de Estado. En efecto, la Sección Tercera, Subsección C, en el Auto del 14 de agosto de 2017, Consejero Ponente Jaime Orlando Santofimio Gamboa, expresó que la obligación prevista en la Circular Externa No. 1 se ajusta a la normativa superior:

[…] resulta razonable concluir, en esta oportunidad, que en virtud del deber de información prescrito en el literal c) del artículo 3 o de la Ley 1150 de 2007 los sujetos obligados bajo tal norma [todos los que realizan contratación con dineros públicos] deben suministrar información sobre su contratación en términos veraces, auténticos y completos en el sistema electrónico SECOP, lo que incluye, entonces, todo acto que sea expresión de ejercicio o despliegue de actividad contractual.

11.5. ─Y es que, si se quiere en términos más detallados el literal c) del artículo 3o de la Ley en comento responde claramente las siguientes inquietudes: ¿Quiénes están obligados? los que realizan contratación con dineros públicos; ¿en razón de qué están obligados? En razón al manejo de tales recursos públicos y no por razón diferente; ¿Cuál es el límite o la extensión de ese deber? Única y exclusivamente comprende la información relativa a lo que sea objeto de contratación con recursos públicos, se excluyen de allí la que se realice con otras fuentes. ¿Dónde se debe surtir ese deber de información? Por conducto del sistema electrónico SECOP.

[…]

Así, lo que resulta también razonable afirmar es que el aludido deber de informar ya se encontraba bien dispuesto y definido desde el precepto legal de 2007, pues del texto del inciso de marras se sabe qué, quién y cómo se debe satisfacer ese deber y no surgió, como parece anotarlo la Fundación, con la expedición de la Circular Externa contra la cual se promueve este juicio contencioso de legalidad. Y, agrega este Despacho, este deber vino a ser reiterado [no creado] en la Ley 1712 de 2014[[7]](#footnote-7).

Adicionalmente, el deber de hacer pública la información contractual oficial no se determina por la naturaleza de la entidad ejecutora −pública o privada−, ni del régimen sustantivo contractual que aplique, sea de la Ley 80 de 1993 o de los regímenes exceptuados. En particular, sobre el deber de publicidad de estos, el Consejo de Estado sostuvo:

Por consiguiente, otra conclusión natural de lo que se viene de decir es que la exigibilidad prevista en el literal c) del artículo 3° de la Ley 1150 de 2007 y aquella reflejada en la Circular Externa sobre deber de informar no alteran ni trastocan el régimen jurídico contractual, por la potísima razón que lo único que impone o carga a cuenta de los sujetos obligados es hacer público, publicitar, reportar, informar ciertos asuntos específicos: la completa actividad contractual que hayan ejecutado con cargo a tales recursos públicos, de donde se desprende que no se estructura ese deber informativo en relación a los negocios que celebren con cargo a recursos de otra índole.

Nótese, entonces, que el Consejo de Estado asumió como criterio para determinar la obligatoriedad de publicar en el SECOP que la contratación se haga con recursos públicos, conclusión que la extrajo del literal c) del artículo 3 de la Ley 1150 de 2007. Así pues, a partir de la anterior decisión, la obligación de publicar en el SECOP, por parte de las entidades con régimen especial, adquirió un elemento normativo adicional a las Leyes 1150 de 2007, 1712 de 2014 y la Circular Externa Única: un pronunciamiento del Consejo de Estado.

Posteriormente, en los conceptos C-061, C-072, C-087, C-095, C-147, 197 y C-206 de 2020, la Agencia Nacional de Contratación Pública reiteró tales consideraciones. Concluyó, además, que «dentro de las razones que consideró el máximo tribunal de lo contencioso administrativo no tuvo en cuenta razones de orden fáctico como las planteadas en la solicitud, relativas a las responsabilidades de las entidades o su posible afectación en la competitividad para aquellas que operan en diferentes mercados. La razón relevante es que si la entidad contrata con dineros públicos debe publicar su proceso de contratación en el SECOP».

1. En el concepto del 16 de agosto de 2019, la Agencia Nacional de Contratación Pública se pronunció en relación con la obligación que tienen las sociedades de economía mixta de publicar su actividad contractual en el SECOP II, en estos términos:

[…] el deber de publicar la información contractual recae tanto en las entidades sometidas al Estatuto General de la Contratación Pública como en las entidades que tienen un régimen especial de contratación, como es el caso de las sociedades de economía mixta, siempre y cuando el contrato ejecute o tenga como fuente de financiación dineros públicos, sin importar su proporción.

Al respecto, en el concepto C-088 de 2020 se concluyó que una sociedad de economía mixta, «[a]l ser una entidad pública que hace parte de la rama ejecutiva–según lo dispone el artículo 38, numeral 2º, literal f) de la Ley 489 de 1998–, ingresa dentro de la categoría de sujeto obligado prevista en el artículo 9 de la Ley 1712 de 2014 y en consecuencia debe publicar la información relativa a su contratación en el SECOP, pues […] este es un deber de las entidades estatales que contratan con *recursos públicos*, independientemente del régimen jurídico aplicable a dicha actividad contractual» «cursivas propias».

Ahora bien, frente a las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud – IPS, es preciso decir que pueden ser entidades oficiales, mixtas, privadas, comunitarias y solidarias, según lo señalado en el literal i) del artículo 156 de la Ley 100 de 1993[[8]](#footnote-8), frente a su naturaleza jurídica la Corte Constitucional señaló:

Son entidades organizadas para la prestación de los servicios de salud, que tienen como principios básicos la calidad y la eficiencia, cuentan con autonomía administrativa, técnica y financiera, y deben propender por la libre concurrencia de sus acciones. El legislador ha considerado que se trata de entidades que prestan servicios en el área de la salud, compiten en este mercado, deben respetar las reglas que impiden el monopolio y garantizan la libertad de competencia en la prestación de sus servicios, con lo cual queda demostrado que jurídicamente son valoradas como empresas creadas, entre varios fines, con el propósito de obtener lucro económico, salvo claro está aquellas entidades sin ánimo de lucro […][[9]](#footnote-9)

Conforme al artículo 2, numeral 1º literal a) de la Ley 80 de 1993, son entidades estatales las sociedades de economía mixta en las que el estado tenga participación superior al cincuenta 50%. Para el caso de las IPS «públicas» su origen se puede dar en los niveles Nacional, Departamental o Municipal, ya sea por norma con fuerza de ley, ordenanza o a través de acuerdo respectivamente. En este sentido, es oportuno precisar que a la fecha las entidades descentralizadas de las Gobernaciones y Alcaldías no se encuentran obligadas a realizar la publicación de sus procesos en SECOP II de acuerdo con el Anexo 1 de la circular externa No. 1 de 2019.

Dicho esto, se reitera la posición de esta subdirección frente a la publicación en el SECOP cuando se realicen contrataciones con recursos públicos independientemente del régimen jurídico de la entidad contratante.

En similares términos, por medio del concepto del 9 de septiembre de 2019, se consideró, en relación con las entidades sin ánimo de lucro, reguladas por el Decreto 92 de 2017, que «el proceso de contratación con entidades sin ánimo de lucro se debe realizar por el módulo dispuesto el SECOP II, pues, como se explicó, es obligatorio el registro de las entidades sin ánimo de lucro en el SECOP, y la única plataforma que lo permite es el SECOP II». En términos generales, esta tesis se reiteró en el concepto C-176 de 2020.

 En relación con las instituciones educativas, en los conceptos del 21 de agosto y el 1 de noviembre de 2019, esta Agencia resaltó que «es deber de todas las entidades del Estado en virtud del principio de publicidad, del derecho fundamental de acceso a la información, el literal c) del artículo 3 de la Ley 1150 de 2007, la Ley 1712 de 2014 y el Decreto 1081 de 2015, publicar la información de su actividad contractual *cuando ejecuten recursos públicos* independientemente su régimen de contratación desde el año 2007, obligación que fue reiterada por la Circular Externa No. 1 de 2013 y la Ley 1712 de 2014» «cursivas propias». Tal conclusión, relacionada con el deber de publicidad que recae sobre las instituciones educativas de naturaleza pública, fue reiterada en el concepto C-181 de 2020.

 En ese mismo sentido, en el concepto del 20 de diciembre de 2019, manifestó que las empresas prestadoras de servicios públicos, sin distingo que sean oficiales, mixtas o privadas, deben publicar en el SECOP su actividad contractual, siempre que el contrato se ejecute o tenga como fuente de financiación dineros públicos, sin importar su proporción. En relación con la contratación que hacen estas empresas con recursos no públicos, se dijo:

[…] cuando la contratación implica la ejecución de recursos internacionales o de banca multilateral, no será necesaria la publicación del proceso contractual en el SECOP, porque los recursos no son públicos.

En los mismos términos se profirió el concepto C-116 de 2020, en el que se reiteró que «[l]a obligatoriedad de publicar las actuaciones contractuales de las entidades no depende de su régimen de contratación, *sino de la ejecución de recursos públicos*» «cursivas propias».

 La misma obligación les asiste a las entidades descentralizadas del nivel territorial, según lo que se dijo en el concepto C-151 de 2020. Allí la Agencia Nacional de Contratación Pública concluyó que el factor que determina el deber de publicar en el SECOP es la ejecución de recursos públicos. Sin embargo, con fundamento en las consideraciones expuestas en ese momento, puede decirse que del hecho de que todas las entidades públicas, sin importar su naturaleza jurídica o régimen de contratación, deban publicar los procesos contractuales en los que ejecutan recursos públicos, no se deriva que siempre tengan que hacerlo en el SECOP II, ya que al uso obligatorio de esta plataforma solo están vinculadas las entidades referidas en el Anexo 1 de la Circular Externa 1 de 2019, como se explicó en el numeral 2.1. *supra*. En efecto, en el concepto C-151 de 2020 se concluyó lo siguiente:

Respecto a la publicación del SECOP I o en el SECOP II, la Subdirección de Gestión Contractual concluye que, a la fecha, las entidades descentralizadas del nivel municipal no están obligadas a publicar sus procesos de contratación en el SECOP II, conforme a la salvedad que sobre el particular establece el Anexo 1 de la Circular Externa No. 1 de 2019. Sin embargo, esta exclusión no las releva de continuar publicando sus procesos de contratación en la plataforma de SECOP I.

Las entidades descentralizadas por servicios, por otro lado, también se encuentran llamadas a publicar su actividad contractual en el SECOP. Así lo concluyó Colombia Compra Eficiente en el concepto C-264 de 2020, en donde dijo que: «[e]l Instituto Social de Vivienda y Hábitat de Medellín, sin consideración al régimen sustantivo de contratación que le resulta aplicable, esto es, Estatuto General de Contratación de la Administración Pública o regímenes exceptuados, inclusive *independiente de la tipología de los contratos y el régimen aplicable a los mismos*, está en la obligación de publicar todos los documentos proferidos con ocasión de sus procesos de contratación» «cursivas propias».

Por su parte, para los contratos de empréstito, cuyo propósito es proveer a las entidades contratantes de recursos en moneda nacional o extranjera con plazo para su pago[[10]](#footnote-10), la Ley dispuso que estos se realizan de forma directa, pues de acuerdo con su naturaleza, le es difícil al Estado establecer las condiciones generales para realizar este tipo de contratación, esto, sin quedar desprovisto de su deber de selección objetiva. Así las cosas nos encontramos frente a una tipología contractual cuyo origen se da confluencia de la voluntad por parte del Estado y quienes proveen los recursos, en este caso, sus acreedores y de contenido oneroso.

Al respecto, es preciso decir que de acuerdo con el artículo 2 de la Ley 80 de 1993, entre otras, se denominan entidades estatales, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%); asimismo, estableció en su artículo 32 que son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a las que se refiere el estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, frente al respecto el Consejo de Estado señaló:

Al respecto, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que la naturaleza del contrato no depende de su régimen jurídico, puesto que, según las normas legales vigentes, por cuya virtud se acogió un criterio eminentemente subjetivo u orgánico, deben considerarse contratos estatales aquellos que celebren las entidades que participan de esa misma naturaleza. (…) en el marco del ordenamiento jurídico vigente, la determinación de la naturaleza jurídica del contrato depende de la que, a su vez, tenga la entidad que lo celebra; así, si ésta es estatal, el contrato también lo es, sin importar el régimen legal que se le deba aplicar.[[11]](#footnote-11)

Dentro de las características de los contratos de empréstito, se puede establecer que se realiza a través de contratación directa, sin necesidad de acudir al procedimiento de licitación o concurso de méritos, lo anterior de acuerdo a su especialidad. Sin embargo, la entidad contratacante al suscribir este tipo de contratos deberá aplicar los principios de economía, transparencia y selección objetiva[[12]](#footnote-12), consagrados en la ley 80 de 1993.

Frente a la selección objetiva que deben aplicar las entidades estatales al suscribir contratos de empréstito se puede establecer los siguientes elementos que la conformar, de la lectura de los artículo 31 y 32 del Decreto 2681 de 1993:

1. Previa suscripción del contrato de empréstito se deben evaluar diferentes formas de financiamiento.
2. Se deberán evaluar las alternativas disponibles en el mercado, para la cual se solicitarán al menos dos cotizaciones.
3. Se deberá tener en cuenta por parte de la entidad contratante el ofrecimiento más favorable.

Continuando con el desarrollo del citado Decreto, los contratos de empréstito se encuentran una clasificación de acuerdo a dos componentes: el primero obedece a si el empréstito es interno o externo y el segundo a la naturaleza de la entidad contratante. Se tiene entonces que las operaciones de crédito público internas, son las que se celebren exclusivamente entre residentes del territorio colombiano para ser pagaderas en moneda legal colombiana y las operaciones de crédito público las demás.

Su clasificación también se realiza conforme a su temporalidad, siendo los contratos de empréstito a largo plazo aquellos cuyo plazo es superior a un año y se buscan financiar inversiones a largo plazo, y los contratos de empréstito a corto plazo cuyo objetivo es financiar gastos a corto plazo y son inferiores a un año.

El articulo 7 del Decreto 2681 de 1993, delimita la posibilidad de realizar estos contratos de empréstito a «entidades estatales», lo que lleva a la conclusión que su administración estará a cargo de la entidad contratante, cuya naturaleza será la de entidad estatal o bajo las figuras jurídicas en las que el Estado cuenta con participación en su capital.

Entonces, una vez se realice el desembolso de los recursos en virtud del contrato de empréstito, estos harán tránsito a conformar el presupuesto de la entidad, por lo que se consideran dineros públicos, en este entendido esta modalidad de contratación también se encuentra cobijado por las disposiciones de publicación en el SECOP para las entidades sometidas a régimen especial.

 En suma, a la luz de los criterios desarrollados por la Agencia Nacional de Contratación Pública, pude concluirse que el deber de publicar en el SECOP se arraiga en una idea general, esto es, que se debe publicar toda actividad contractual en la que se ejecuten recursos públicos, sin distingo de la naturaleza jurídica de la entidad contratante, de su régimen contractual, incluso, sin importar la tipología del contrato a celebrar. Igualmente, puede decirse que este deber debe hacerse efectivo en el SECOP I o en el SECOP II, dependiendo de cada caso.

Para saber si la publicación debe hacerse en el SECOP II habrá que consultar, por un lado, el Anexo 1 de la Circular Externa 1 de 2019, así como las circulares externas 2 y 3 y, por el otro, establecer si no existe una disposición normativa que establezca el deber de publicar en el SECOP II, como es el caso de la contratación regida por el Decreto 92 de 2017 o la contratación relacionada con los contratos fiduciarios y la «contratación derivada» de estos. En estos eventos, la publicación de la actividad contractual debe llevarse a cabo, incluso, en aquellos casos en los que con la ejecución del contrato no se compromete en forma alguna, recursos públicos.

**2.3. Documentos que deben publicar las entidades de régimen especial en el SECOP**

Determinada la obligación que tienen las entidades sujetas a un régimen especial de publicar su actividad contractual en el SECOP, a continuación, se identificarán los documentos que deben publicar, no sin antes explicar la posición que la Agencia Nacional de Contratación Pública − Colombia Compra Eficiente ha adoptado desde el 2016 hasta la actualidad. Al respecto, es posible desagregar los pronunciamientos de esta entidad en dos etapas, marcadas temporalmente por el concepto CU-003 de 2020. En efecto, antes del referido concepto se observa una etapa en la que la entidad se pronunció sobre unos documentos en particular y el deber que le asistía a las entidades de publicarlo en el SECOP, algunas veces sin entrar a distinguir entre el régimen de contratación aplicable a la entidad obligada a publicar. Luego del referido concepto, lo que se observa es que la entidad se ha encargado de reiterar la tesis unificada, dándole alcance en unos eventos en concreto. Tal evolución pasa a evidenciarse a continuación y los criterios señalados se reiterarán.

1. En la consulta del 15 de febrero de 2016 − radicado No. 41612000877−, se señaló que las empresas industriales y comerciales del Estado, las empresas de servicios públicos domiciliarios y las sociedades de economía mixta, todas sometidas a un régimen especial de contratación, debían publicar en el SECOP todos los documentos del proceso que define el Decreto 1082 de 2015, así como lo relativo a la ejecución del contrato. Lo anterior se fundamentó en el literal c) del artículo 3 de la Ley 1150 de 2007[[13]](#footnote-13).

En este sentido, la Agencia Nacional de Contratación Pública, en virtud del literal c) del artículo 3 de la Ley 1150 de 2007, reconoció la obligatoriedad, por parte de las entidades de régimen especial, de publicar su actividad contractual en el SECOP. Ahora, con fundamento en el artículo 2.2.1.1.1.3.1 del Decreto 1082 de 2015, normativa que aplica a las entidades que se rigen por la Ley 80 de 1993, se enunciaron los documentos del proceso que se debían publicar.

Posteriormente, en el año 2018, cambió el fundamento normativo que define los documentos que las entidades de régimen especial debían publicar en el SECOP. En el concepto con radicado No. 4201814000008329 del 8 de octubre de 2018 se dijo que en virtud del artículo 11 de la Ley 1712 de 2014, los destinatarios de las normas contenidas en la ley de transparencia deben publicar los procedimientos, lineamientos, políticas en materia de adquisiciones y compras, así como todos los datos de adjudicación y ejecución de contratos, incluidos concursos y licitaciones. Por lo tanto, los documentos que se deben publicar serán los previstos en el manual de contratación de cada entidad de régimen especial para la adquisición de un bien o servicio, y no los que define el artículo 2.2.1.1.1.3.1 del Decreto 1082 de 2015[[14]](#footnote-14).

Conforme a lo anterior, en un primer momento la Agencia Nacional de Contratación Pública definió los documentos del proceso que las entidades de régimen especial debían publicar en el SECOP, con fundamento en el artículo 2.2.1.1.1.3.1 del Decreto 1082 de 2015; en un segundo momento se identificaron los documentos en virtud del literal g), del artículo 11 de la Ley 1712 de 2014 y lo previsto en el Decreto 103 de 2015. Esta posición es la que se acogerá y desarrollará en esta consulta.

En efecto, la Ley 1712 de 2014 o Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública, señala en el literal g), 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. Lo anterior implica que se deberá publicar cada procedimiento para la adquisición de un producto o servicio, incluidos los datos de adjudicación y ejecución del contrato.

Luego, el Decreto reglamentario 103 de 2015, «Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 1712 de 2014 y se dictan otras disposiciones», en el artículo 8, señala, de forma enunciativa, que se debe publicar la información relativa a la ejecución del contrato, como las aprobaciones, autorizaciones, requerimientos o informes del supervisor o interventor, que aprueben la ejecución del contrato[[15]](#footnote-15). Por su parte, el artículo 9 señala 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, que se expidió de acuerdo con los lineamientos de la Agencia Nacional de Contratación Pública, el cual debe publicarse en el sitio web del sujeto obligado[[16]](#footnote-16). Finalmente, el artículo 10 establece la obligación que tienen las entidades de publicar en el SECOP el Plan Anual de Adquisiciones[[17]](#footnote-17).

De conformidad con lo anterior, el Decreto 103 de 2015 señala que los documentos que deben publicar las entidades estatales a quienes les aplica la Ley 1712 de 2014, entre estas, por ejemplo, las empresas de servicios públicos mixtas, oficiales y privadas con participación pública, son: i) las autorizaciones, requerimientos, aprobaciones o informes del supervisor o del interventor, que prueben la ejecución del contrato, ii) los procedimientos, lineamientos y políticas en materia de adquisición que corresponden a los documentos que los conforman, previstos en el manual de contratación de la entidad, y finalmente, iii) el plan anual de adquisiciones.

Frente al segundo grupo de documentos, debido a que estas entidades están sometidas al derecho privado, y por lo tanto no realizan sus procesos de contratación mediante las modalidades previstas en la Ley 80 de 1993, cada una definirá en su manual el procedimiento para contratar sus bienes y servicios.

En este sentido, la entidad lo hará ya sea por medio de un procedimiento público, mediante el cual se realice una convocatoria y una evaluación para seleccionar la oferta más favorable; o a través de una contratación directa, cuando no es necesario realizar un proceso competitivo. En estos casos, el manual definirá las etapas y los documentos que forman parte del procedimiento que realicen; y todos se publicarán en la plataforma del SECOP para cada procedimiento de contratación que se adelante, incluido el acto de adjudicación, por expresa disposición del literal g) del artículo 11 de la Ley 1712 de 2014.

Por lo tanto, en estos casos aplica la Ley 1712 de 2014 y el Decreto 103 de 2015, no el Decreto 1082 de 2015, porque esta última norma rige a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, y por lo tanto no aplica, por ejemplo, a las empresas de servicios públicos domiciliarios que, por regla general, se rigen por el derecho privado. Por su parte, la Ley 1712 de 2014 y el Decreto reglamentario 103 de 2015 rigen a cualquier 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.

Muestra de tal análisis normativo son los conceptos emitidos el 9 y el 21 de agosto, el 10 de septiembre, el 7 de noviembre y el 4, 5, 9 y 20 de diciembre de 2019 −radicados Nos. 2201913000005749, 2201913000006091, 2201913000006705, 2201913000008317, 2201913000008939, 2201913000008985 y 2201913000009464−, así como el concepto C-110 de 2020, en donde la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente reconoció la obligación que tienen las entidades de publicar el Plan Anual de Adquisiciones, el informe de evaluación, el documento que contiene la cesión de derechos, la invitación pública, contratos de arrendamiento sin erogación presupuestal, informes de supervisión del contrato, contratos celebrados por contratistas para la ejecución del contrato estatal, adendas y los documentos relacionados con la aprobación de garantías, entre otros.

1. Por otro lado, con posterioridad al concepto CU-003 del año 2020, se han proferido otros conceptos reiterando lo dicho a título de unificación, dentro de los que vale la pena resaltar los siguientes: C-061, C-072, C-092, C-095, C-110, C-115, C-116, C-149, C-151, C-170, C-171, C-197, C-206 y C-264. Igualmente, luego del referido concepto de unificación, se estudiaron algunos eventos en particular no considerados en esa ocasión.

 Por ejemplo, en los conceptos C-264 y C-265 de 2020 se analizó lo relacionado con los contratos de fiducia, concluyendo que los mismos «deberán ser publicados por la Entidad Estatal que lo suscriba, de acuerdo con el régimen jurídico aplicable al contrato y según lo visto en párrafos precedentes. Igualmente, [que] la publicación de la contratación derivada de los contratos de fiducia deberá realizarse, o por la Entidad Estatal fideicomitente, con intervención de la fiduciaria para efectos de la firma del contrato, o por la fiduciaria que actúe como vocero de los patrimonios autónomos en calidad de contratante, también teniendo en cuenta el régimen del contrato y lo explicado en el presente documento». Así mismo, frente a los procesos de contratación regidos por el Decreto 92 de 2017, con fundamento en las tesis unificadas en el concepto CU-003 de 2020, en el concepto C-167 de 2020 se concluyó que «[t]ratándose de la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad a la que hace referencia el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política, regulada mediante el Decreto 92 de 2017, todas las entidades públicas deben adelantar la contratación por medio de la plataforma SECOP II».

 En ambos casos, la conclusión a la que se llegó la entidad se fundamentó en disposiciones normativas y reglamentarias que establecían el deber específico de publicar en el SECOP II, dejando de lado el criterio de la ejecución de recursos públicos, criterio que sirvió como derrotero al unificar la tesis de la entidad en el concepto CU-003 de 2020.

Con todo, se debe resaltar que en algunos eventos excepcionales esta entidad ha reconocido que las entidades no se encuentran obligadas o publicar en el SECOP II el proceso contractual, bien porque están excluidas expresamente de hacerlo, como es el caso de las entidades descentralizadas del nivel municipal, cuya situación fue analizada en el concepto C-115 de 2020, concluyendo que «el Anexo 1 de la Circular No. 1 de 2019 las excluyó del deber de publicar en el SECOP II, pues, al indicar las entidades de este nivel con obligación de publicar en esa plataforma, textualmente señaló que «sólo incluye el sector central». O también porque el proceso contractual está excluido de dicho deber.

En esta última hipótesis se encuentran las subvenciones culturales a las que se refiere la Ley 397 de 1997, en relación con las cuales se concluyó que los documentos del proceso contractual únicamente serán publicados si concluyen con un contrato estatal. Al respecto, en el concepto del 19 de noviembre de 2019 −radicado No. 1201913000001331− se dijo que «[l]as convocatorias adelantadas en virtud del artículo 18 de la Ley 397 de 1997 […] no deben publicarse en SECOP». Igualmente, en el concepto C-074 de 2020, esta Subdirección concluyó:

Al respecto se responde que, dado que las convocatorias adelantadas en virtud del artículo 18 de la Ley 397 de 1997 no necesariamente culminan en la celebración de un contrato estatal, por ello, en principio, no deben publicarse en SECOP. Por el contrario, si la convocatoria termina en un contrato estatal, es necesario publicar en el SECOP los documentos del proceso.

A similares conclusiones podría arribarse en relación con los procesos de enajenación voluntaria regulados en la Ley 9 de 1989, habida cuenta que los mismos, según lo que se dijo en los conceptos del 19 de noviembre de 2019 −radicado No. 2201913000008597− y C-159 de 2020, no hacen parte del «sistema de compra pública»[[18]](#footnote-18), en virtud de la especialidad del procedimiento que regula. Esta situación, a nuestro juicio, excluye estos negocios jurídicos de la obligación de publicidad de que tratan los párrafos precedentes.

En conclusión, se tiene que el Decreto 103 de 2015 señala que los documentos que deben publicar las entidades estatales a quienes les aplica la Ley 1712 de 2014, entre estas, por ejemplo, las empresas de servicios públicos mixtas, oficiales y privadas con participación pública, son: i) las autorizaciones, requerimientos, aprobaciones o informes del supervisor o del interventor, que prueben la ejecución del contrato, ii) los procedimientos, lineamientos y políticas en materia de adquisición que corresponden a los documentos que los conforman, previstos en el manual de contratación de la entidad, y finalmente, iii) el plan anual de adquisiciones. Igualmente, se tiene que, excepcionalmente, a las entidades no les asiste la obligación de publicar tal documentación, bien porque están exceptuadas de hacerlo, o bien porque el proceso contractual atiende a unas particularidades concretas y no siempre termina con la celebración de un contrato estatal, o porque los negocios jurídicos que celebran no hacen parte del «sistema de compra pública».

**2.3. Término para que las entidades de régimen especial publiquen los documentos en el SECOP**

Identificados los documentos que sí deben publicar las entidades de régimen especial y su fundamento normativo, a continuación, se explicará cuándo se deben publicar, no sin antes reiterar la posición que Colombia Compra Eficiente ha tenido en relación con este asunto.

En el año 2017, en la consulta con radicado No. 4201713000005390 se consideró que el plazo para publicar por parte de las entidades de régimen especial es el que se fije en el manual de contratación de la entidad[[19]](#footnote-19). Por su parte, en el año 2018, con la expedición de la Circular Externa Única, se cambió la postura y se indicó que «las entidades que aun utilizan el SECOP I están obligadas a publicar los documentos del proceso dentro de los tres (3) días siguientes a su expedición […][[20]](#footnote-20)». De lo regulado en la Circular Externa Única se infiere que se otorga un tratamiento igualitario a las entidades, independientemente de su régimen de contratación, por lo tanto, aplica el artículo 2.2.1.1.1.7.1. del Decreto 1082 de 2015.

En este sentido, se han tenido dos posturas frente a la oportunidad de publicar los documentos en el SECOP. En un primer momento la entidad tiene autonomía para determinar el plazo en su manual de contratación, debido a que no les aplica el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública; en un segundo momento, a partir de la expedición de la Circular Externa Única, tanto las entidades que se rigen por la Ley 80 como aquellas que tienen un estatuto de régimen especial, deberán publicar sus documentos dentro de los tres (3) días siguientes a su expedición, por expresa disposición del artículo 2.2.1.1.1.7.1. del Decreto 1082 de 2015. Esta última posición es la que se acogerá y se desarrollará en esta consulta.

La Ley 1712 de 2014 y el Decreto reglamentario 103 de 2015, normativas que identifican los documentos que se deben publicar, no señalan el momento para su divulgación, y en ese sentido existe un vacío normativo. En los casos que no exista norma aplicable, la Corte Constitucional, en la sentencia C-083 de 1995, reconoce a la analogía como una fuente de derecho autónoma a la que se pueden acudir para suplir el vacío. De esta forma, reconoce que: «la analogía es la aplicación de la ley a situaciones no contempladas expresamente a ellas, pero que sólo difieren a las que sí lo están en aspectos jurídicamente irrelevantes, es decir, ajenos a aquellos que explican y fundamentan la razón de ser de la norma»[[21]](#footnote-21). En este sentido, el juez razona por analogía, cuando aplica una ley frente una situación no contemplada explícitamente en ella, a partir del estudio de situaciones fácticas que fueron tratadas por el legislador y guardan similitud con el asunto tratado.

El Decreto 1082 de 2015, en el artículo 2.2.1.1.1.7.1, normativa que regula la publicidad en el SECOP, establece que las entidades están obligadas a publicar los documentos del proceso y los actos administrativos del proceso de contratación, dentro de los tres (3) días siguientes a su expedición. Además, indica el deber de las entidades de publicar oportunamente el aviso de convocatoria o la invitación en los procesos de contratación de mínima cuantía y el proyecto de pliego de condiciones en el SECOP para que presenten observaciones o soliciten aclaraciones[[22]](#footnote-22). En este sentido, las entidades sometidas al régimen de contratación de Ley 80 de 1993 publican en el SECOP sus documentos dentro de los 3 días siguientes a su expedición.

Si bien el Decreto 1082 de 2015 en principio no aplica a las entidades estatales exceptuadas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, porque su régimen de contratación es el derecho privado, es posible aplicarle el artículo 2.2.1.1.1.7.1. en virtud de la analogía. Lo anterior, debido a que esta norma guarda similitud con el asunto tratado, ya que regula la publicidad de los documentos del SECOP y, por lo tanto, es viable aplicarles su consecuencia jurídica a las entidades de régimen especial.

A su vez, no es posible que las entidades definan en su manual de contratación el momento en el cual publicarán sus documentos contractuales, porque este es un asunto que debe definir el legislador o el gobierno por medio de un reglamento.

Conforme a lo anterior, las entidades de régimen especial deben publicar sus documentos del proceso de contratación dentro de los tres (3) días siguientes a su expedición; porque a pesar de que en principio el artículo 2.2.1.1.1.7.1 del Decreto 1082 de 2015 no les aplica, sí es posible y necesario en virtud de la analogía.

Es del caso precisar que el deber antes referido es de rango legal. En consecuencia, su cumplimiento es imperativo para las entidades públicas, de lo que se deriva que estas, especialmente las que tienen un régimen de contratación especial, deben adaptar sus prácticas contractuales para cumplir con el deber de publicar sus documentos del proceso de contratación dentro de los tres (3) días siguientes a su expedición formal. No puede ocurrir, pues, que, amparadas en su régimen, algunas entidades pretendan incumplir su deber legal o cumplirlo de tal manera que se ajuste a las particularidades de sus trámites internos, pues es la entidad la que debe ajustar sus prácticas contractuales al ordenamiento jurídico, y no el ordenamiento jurídico el que debe adaptarse o acondicionarse a las prácticas de aquellas.

En todo caso, si se adoptara la posición del Consejo de Estado, explicada con anterioridad, es decir, que la obligación de publicar en el SECOP se apoya del literal c) del artículo 3 de la Ley 1150 de 2007, entonces también se debe publicar toda la contratación realizada con recursos públicos, independientemente del régimen de contratación de la entidad, porque el Decreto 1082 de 2015 reglamenta el artículo 3 de la Ley 1150 de 2007, y se aplicaría el artículo 2.2.1.1.1.7.1. del Decreto 1082 de 2015.

**3. Respuesta**

¿Debe una IPS constituida como sociedad de economía mixta, sometida su actividad al derecho privado por estar en competencia con este sector publicar en el SECOP los créditos que obtenga por parte de entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia en virtud del Decreto 2681 de 1993, a pesar de ser esta una norma de carácter reglamentaria, general y anterior, y de estar en contravía con normas de mayor rango jerárquico, específica y posterior como el parágrafo 2 del artículo 7 de la Ley 1966 de 2019 establezca la aplicabilidad del régimen privado para las sociedades de economía mixta que integren el régimen general de seguridad social en salud?

De acuerdo con el artículo 2 de la Ley 80 de 1993, entre otras disposiciones, se denominan entidades estatales las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%); asimismo, estableció en su artículo 32 que son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a las que se refiere el estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad. En consecuencia, la disposición establecida en el parágrafo 2 del artículo 7 de la Ley 1966 de 2019 no cambia la naturaleza del contrato, ni de la entidad estatal.

Dicho esto, si la IPS tiene una participación del estado superior al cincuenta por ciento (50%), los contratos que celebre, incluido el de empréstito, son contratos estatales. Así pues, la obligatoriedad de publicar las actuaciones contractuales de las entidades estatales no depende de su régimen de contratación, sino de la ejecución de recursos públicos, pues así lo determinó, provisionalmente, el Consejo de Estado, al indicar que ese deber no atiende a las condiciones fácticas que tengan las entidades excluidas del régimen de contratación estatal, sino ─se reitera─ al hecho de que la contratación implique la ejecución de recursos públicos. Por su parte, este deber también se deriva de la Ley 1712 de 2014, que señala en el literal g), 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; y del desarrollo realizado por el Decreto reglamentario 103 de 2015, en los términos desarrollados en las consideraciones. l.

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015.

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Omar Germán Mejía OlmosContratista, Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Cristian Andrés Díaz DíezContratista, Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Fabián Gonzalo Marín CortésSubdirector de Gestión Contractual |

1. Corte Constitucional. Sentencia C- 341 del 4 de junio de 2014. M. P. Mauricio González Cuervo. [↑](#footnote-ref-1)
2. 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-2)
3. 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-3)
4. 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-4)
5. «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-5)
6. 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-6)
7. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Auto del 14 de agosto de 2017. Exp. 58.820. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. [↑](#footnote-ref-7)
8. Ley 100 de 1993: Artículo 156 […] i) Las Instituciones Prestadoras de Salud son entidades oficiales, mixtas, privadas, comunitarias y solidarias, organizadas para la prestación de los servicios de salud a los afiliados del Sistema General de Seguridad Social en Salud, dentro de las Entidades Promotoras de Salud o fuera de ellas. El Estado podrá establecer mecanismos para el fomento de estas organizaciones y abrir líneas de crédito para la organización de grupos de práctica profesional y para las Instituciones Prestadoras de Servicios de tipo comunitario y Solidario […] [↑](#footnote-ref-8)
9. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-064 del 30 de enero de 2008. Exp. D-6854. M.P. Clara Inés Vargas Hernández [↑](#footnote-ref-9)
10. Decreto 2681 de 1993: «Artículo 7 Contratos de empréstito: Son contratos de empréstito los que tienen por objeto proveer a la entidad estatal contratante de recursos en moneda nacional o extranjera con plazo para su pago.

»Los empréstitos se contratarán en forma directa, sin someterse al procedimiento de licitación o concurso de méritos. Su celebración se sujetará a lo dispuesto en los artículos siguientes.

»Parágrafo. De conformidad con lo dispuesto en el parágrafo 2° del artículo 41 de la Ley 80 de 1993, los sobregiros están autorizados por vía general y no requerirán los conceptos allí mencionados» [↑](#footnote-ref-10)
11. Consejo de Estado. Sección Tercera Subsección A. Radicado No. 76001-23-31-000-1999-02622-01(24996) del 13 de febrero de 2013 Ponente: Mauricio Fajardo Gómez [↑](#footnote-ref-11)
12. Decreto 2681 de 1993: «Artículo 30. Contratación directa y selección de contratistas. Las operaciones de crédito público, las operaciones asimiladas, las operaciones de manejo de la deuda y las conexas con las anteriores, se contratarán de forma directa, sin someterse al procedimiento de licitación o concurso de méritos.

»Para la selección de los contratistas se aplicarán los principios de economía, transparencia y selección objetiva contenidos en la Ley 80 de 1993, según lo dispuesto en el Capítulo en desarrollo de lo previsto en el parágrafo 2º del articulo 24 de la citada ley» [↑](#footnote-ref-12)
13. La anterior posición fue reiterada en las siguientes consultas de los años 2016 y 2017: 416130000999 del 23 de febrero de 2016, 4201613000005457 del 24 de octubre de 2016, 42017000001243 del 15 de marzo de 2017, 4201714000003623 del 21 de julio de 2017, entre otras. En estas consultas se señaló que las entidades con régimen especial de contratación publicarán los documentos del proceso que define el Decreto 1082 de 2015, es decir: 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. [↑](#footnote-ref-13)
14. Esta posición se reiteró en las siguientes consultas: No. 4201813000006842 del 16 de agosto de 2018, 4201813000010011 del 5 de diciembre de 2018, 4201813000009778 del 29 de octubre de 2018, entre otros, Al respecto se indicó lo siguiente: «Las Entidades con regímenes especiales de contratación están obligadas publicar en el SECOP la información resultante de su actividad contractual en todas sus fases que se ejecute con cargo a recursos públicos, según los procedimientos de selección que tengan definidos en su manual de contratación. Estos documentos incluyen invitaciones a participar, documentos de apertura de procesos, términos de referencia, pliegos de condiciones o sus equivalentes, documentos relativos al procedimiento de selección como observaciones y respuesta, informes de evaluación, ofertas ganadoras, contratos, evidencia del seguimiento a la ejecución, actas de liquidación, entre otros.

»Así las cosas, se precisa que en la normativa no existe una lista taxativa de los documentos que debe contener cada etapa del Proceso de Contratación, ya que algunos de dichos documentos dependerán de la dinámica en la que se desarrolle la actividad contractual de la Entidad Estatal y de lo establecido en el manual de contratación». [↑](#footnote-ref-14)
15. Decreto 103 de 2015: «Artículo 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-15)
16. Decreto 103 de 2015: «Artículo 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-16)
17. Decreto 103 de 2015: «Artículo 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-17)
18. En la Guía para la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, elaborada por Colombia Compra Eficiente, se dijo que el sistema de compra pública es «la estructura organizada para tomar decisiones de gasto público con el propósito de poner a disposición de las personas los bienes, obras y servicios a cargo de las Entidades Estatales, el cual está conformado por los actores del mercado, la regulación y los procedimientos aplicables al mercado y sus actores, las autoridades encargadas de aplicar tales regulaciones y procedimientos, los sistemas de información y las relaciones entre los actores, las autoridades y las Entidades Estatales». Esta noción fue acogida por esta entidad en el concepto de noviembre 19 de 2019, proferido en el radicado de salida 2201913000008597. [↑](#footnote-ref-18)
19. Esta posición fue acogida en las siguientes consultas Rad. 4201813000006240: «Las Entidades Estatales que cuentan con régimen especial de contratación pueden aplicar las reglas contenidas en su propio manual de contratación, en consecuencia, estas entidades pueden establecer un término diferente a los 3 días que determina el Decreto 1082 de 2015 para publicar su actividad contractual en SECOP.

»En todo caso, en virtud del principio de transparencia al cual están sujetas las entidades de régimen especial, el término que establezcan en su manual de contratación debe garantizar que el SECOP cuente con la información del Sistema de Compra Pública de forma oportuna. Recomendamos a las entidades de régimen especial publicar su información contractual una vez la tengan disponible ya que esa información es relevante para el Sistema de Compra Pública». [↑](#footnote-ref-19)
20. Circular Externa Única: «Numeral 1.2 Oportunidad en la publicación de la información en el SECOP: Las Entidades que aún utilizan el SECOP I están obligadas a publicar en el SECOP los Documentos del Proceso dentro de los tres (3) días siguientes a su expedición.

»La información registrada por las Entidades en el SECOP II y en la Tienda Virtual del Estado Colombiano, está disponible en tiempo real en razón a que las actuaciones del Proceso de Contratación tienen lugar electrónicamente a través de dichas plataformas transaccionales».

»Con respecto a los documentos que no son generados electrónicamente, el SECOP II permite publicarlos a través de un “mensaje público” o como un “documento del proceso”, para la publicidad de dichos documentos la Entidad Estatal tiene el plazo de tres días siguientes a su expedición». [↑](#footnote-ref-20)
21. Corte Constitucional. Sentencia C- 083 del 1 de marzo de 1995. M.P. Carlos Gaviria Díaz. [↑](#footnote-ref-21)
22. 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-22)