**PUBLICIDAD – Deber de Publicidad – Entidades estatales**

La Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente-, mediante la Circular Externa No 1 de 21 de junio de 2013, recopilada en la Circular Externa Única1, recopiló la normativa y recordó a todas las entidades del Estado la obligación de publicar oportunamente su actividad contractual en el Sistema Electrónico de Contratación Pública (SECOP), sin que sea relevante para la exigencia de esta obligación su régimen jurídico, naturaleza de público o privado o la pertenencia a una u otra rama del poder público. Junto con lo anterior, la Circular Externa Única, en el numeral 1.1., establece, de manera enunciativa, que deben publicar en el SECOP “2. Las entidades del Estado que tienen un régimen especial de contratación, siempre y cuando el contrato ejecute o tenga como fuente de financiación dineros públicos, sin importar su proporción, a través del módulo ‘Régimen Especial’, de acuerdo con lo establecido en su propio manual de contratación”.

**PUBLICIDAD – Procesos de contratación – Cronograma – Horario – Actividad contractual**

Es importante precisar que las fechas, horas y plazos de los procesos de contratación se encuentran regulados en el cronograma que establezca la entidad al hacer la invitación a participar. Sin embargo, los artículos 2.2.1.1.1.7.1 y 2.2.1.1.2.2.1. del Decreto 1082 de 2015 sí precisan un término y horario para la publicación de las actividades contractuales.

Es indispensable señalar que ni la normativa civil y comercial, ni el Estatuto General de la Contratación Pública señalan que la actividad contractual deba someterse a la jornada laboral de las entidades públicas, pues, como se explicó, la publicidad de las adendas tiene su propio horario, mientras que las demás actividades deberán realizarse de conformidad con el cronograma del proceso de contratación.

Bogotá D.C., **02/12/2019 Hora 18:15:9s**

# N° Radicado: 2201913000008876

Señor

# Álvaro Sánchez Maldonado

Barranquilla, Atlántico

|  |  |
| --- | --- |
| **Radicación:** | Respuesta a consulta # 4201913000006847 |
| **Temas:** | SECOP |
| **Tipo de asunto consultado:** | Horario para publicar actividades contractuales en el SECOP II |

Estimado señor Sánchez,

La Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 4 de octubre de 2019, 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.

# Problema planteado

De acuerdo con el concepto con radicado 4201814000000442, expedido por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, “¿Las empresas sociales del Estado deben estrictamente publicar en el horario de la jornada laboral? ¿en caso afirmativo, qué consecuencias generaría publicar la actividad contractual laboral incumpliendo la jornada laboral hábil?”.

# Consideraciones

Para responder a la consulta se analizarán los siguientes temas: i) la publicidad en el Estatuto General de la Contratación Pública; ii) la ausencia de regulación para publicar los procesos de contratación de las entidades con régimen especial; y iii) horario para publicar las actividades contractuales.

# Publicidad en el Estatuto General de la Contratación Pública

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, en el concepto con radicado No. 4201913000006383 del 31 de octubre de 2019, reiterado en el concepto 4201913000006442 del 1 de noviembre de 2019 y en el concepto identificado con el radicado No. 4201912000006611 del 13 de noviembre de 2019, estudió la obligación de publicar las actividades contractuales por parte de las entidades del Estado. La tesis propuesta en estos conceptos es la que se expone a continuación.

La Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente-, mediante la Circular Externa No 1 de 21 de junio de 2013, recopilada en la Circular Externa Única[[1]](#footnote-1), recopiló la normativa y recordó a todas las entidades del Estado la obligación de publicar oportunamente su actividad contractual en el Sistema Electrónico de Contratación Pública (SECOP), sin que sea relevante para la exigencia de esta obligación su régimen jurídico, naturaleza de público o privado o la pertenencia a una u otra rama del poder público. Junto con lo anterior, la Circular Externa Única, en el numeral 1.1., establece, de manera enunciativa, que deben publicar en el SECOP “2. Las entidades del Estado que tienen un régimen especial de contratación, siempre y cuando el contrato ejecute o tenga como fuente de financiación dineros públicos, sin importar su proporción, a través del módulo ‘Régimen Especial’, de acuerdo con lo establecido en su propio manual de contratación”.

El Consejo de Estado se ha referido al tema. 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 parece acorde a la normativa, por eso negó la suspensión provisional que solicitó el demandante, concretamente una organización excluida de la Ley 80 de 1993.

El fundamento principal que empleó el Consejo de Estado para motivar su providencia se encuentra en el literal c) del artículo 3 de la Ley 1150 de 2007[[2]](#footnote-2), según el cual el SECOP “contará con la información oficial de la contratación realizada con dineros públicos”, en consecuencia, la Ley obliga todas las personas que celebren contratos con dineros públicos a publicarlos en SECOP[[3]](#footnote-3).

Por su parte la Ley 1712 de 2014 establece, en el artículo 9, que los sujetos obligados, entre los cuales están todas las entidades públicas, deben publicar la información relativa a su contratación. Esta obligación fue desarrollada por el Decreto 1081 de 2015, el cual dispuso que para la publicación de la información contractual los sujetos obligados que contratan con cargo a recursos públicos deben publicar la información de su gestión contractual en el Sistema Electrónico de Contratación Pública - SECOP.

Además, en el auto antes mencionado, la máxima corporación de lo contencioso administrativo afirma que la regla de la Circular Externa No. 1 tiene apariencia de estar acorde con los deberes legales de publicidad de las entidades estatales, en especial con la Ley 1712 de 2012, “Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional”:

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.

Las entidades de régimen especial, al no estar obligadas a aplicar las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007 y ni Decreto 1082 de 2015, tampoco están forzadas a publicar los avisos, convocatorias o documentos precontractuales que disponen tales normas, por el contrario, deben aplicar la norma que crea el régimen especial y su propio manual de contratación.

Si bien la Circular Externa Única de Colombia Compra Eficiente dispone que todas las entidades, incluidas las de régimen especial, deben dar a conocer su información contractual, la obligación se encuentra acorde con la Ley 1712 de 2014. En consecuencia, existe la obligación legal de publicar en SECOP los documentos de los procesos de contratación de las entidades regidas por la Ley 80 de 1993 y las entidades con régimen especial.

# Ausencia de regulación para publicar la actividad contractual de las entidades con régimen especial

Si bien existe la obligación de que las entidades con régimen especial publiquen su actividad contractual en el Sistema Electrónico de Contratación Pública – SECOP, no aplican la regulación prevista en el Estatuto General de la Contratación Pública, en especial los artículos 2.2.1.1.1.3.1., 2.2.1.1.1.7.1., 2.2.1.1.2.1.4. y 2.2.1.1.2.2.1. del Decreto 1082 de 2015, los cuales hacen referencia al término para publicar la actividad contractual de las entidades sometidas a la Ley 80 de 1993[[4]](#footnote-4).

No obstante, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente considera que se deben aplicar las reglas del Decreto 1082 de 2015, de conformidad con el artículo 8 de la Ley 153 de 1887, que señala que cuando no hay ley aplicable a un caso específico se aplica la que regule casos o materias semejantes, lo que se conoce en la doctrina como “analogía”[[5]](#footnote-5).

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en el concepto No. 2274 del 10 de noviembre de 2019, Consejero Ponente Álvaro Namén Vargas, precisó que la analogía tiene los siguientes requisitos: i) un asunto o conflicto que debe resolverse; ii) la inexistencia de una ley exactamente aplicable a ese asunto; y iii) una norma que regula casos o materias semejantes -no iguales-, que comparten la misma razón jurídica y por tanto admiten la misma solución en derecho.

En este contexto, como las normas civiles y mercantiles no regulan un término -horario- para publicar las actividades contractuales, y debido a que el Decreto 1082 de 2015 establece unos plazos para publicar las actividades contractuales, deben ser aplicadas por las entidades que cuentan con un régimen exceptuado de la Ley 80 de 1993.

# Horario para publicar las actividades contractuales

Es importante precisar que las fechas, horas y plazos de los procesos de contratación se encuentran regulados en el cronograma que establezca la entidad al hacer la invitación a participar. Sin embargo, los artículos 2.2.1.1.1.7.1 y 2.2.1.1.2.2.1. del Decreto 1082 de 2015 sí precisan un término y horario para la publicación de las actividades contractuales.

Por un lado, el artículo 2.2.1.1.1.7.1 establece: i) que los documentos y actos administrativos del proceso de contratación deben publicarse en el SECOP dentro de los tres (3) días siguientes a su expedición, sin establecer un horario específico ii) que solo se publica la oferta del adjudicatario, y iii) que los documentos de las operaciones que se realicen en bolsa de productos no tienen que publicarse en el SECOP[[6]](#footnote-6).

Por su parte, el artículo 2.2.1.1.2.2.1 señala que deben publicarse las adendas en los días hábiles, en el horario de 7:00 a.m. a 7:00 p.m., a más tardar el día hábil anterior al vencimiento del plazo señalado para la presentación de las ofertas, salvo en los procesos de licitación pública, que deben publicarse con tres días de anticipación al cierre de la presentación de ofertas[[7]](#footnote-7). Para esta obligación se tendrá en cuenta la hora fijada en el cronograma para el cierre de la presentación, es decir, que si por ejemplo se señala que el plazo para presentar ofertas es hasta el 29 de noviembre de 2019 hasta las 5:00 p.m., la entidad puede publicar la adenda hasta del 28 de noviembre de 2019 a las 4:59 p.m., salvo la licitación pública, que deberá hacerse tres (3) días antes.

De conformidad con lo anterior, la obligación de publicar la actividad contractual en un horario específico solo se encuentra regulada para las *adendas*, donde se establece que será de 7:00 a.m. a 7:00 p.m.; mientras que las demás actividades contractuales no tienen horario, sino que está se debe realizar dentro de los tres (3) días siguientes a su expedición, lo cual, de conformidad con el artículo 67 del Código Civil, se entiende que es hasta la media noche.

Es indispensable señalar que ni la normativa civil y comercial, ni el Estatuto General de la Contratación Pública señalan que la actividad contractual deba someterse a la jornada laboral de las entidades públicas, pues, como se explicó, la publicidad de las adendas tiene su propio horario, mientras que las demás actividades deberán realizarse de conformidad con el cronograma del proceso de contratación.

# Respuesta

Teniendo en cuenta que el régimen contractual de las empresas sociales del Estado son las normas civiles y comerciales, y que estas no establecen el plazo para publicar las actividades contractuales, esta subdirección considera necesario aplicar la analogía *legis,* prevista en el artículo 8 de la Ley 153 de 1887.

En este contexto, indistintamente que las empresas sociales del Estado tengan un régimen especial, deben publicar su actividad contractual dentro de los tres (3) días siguientes a su expedición, el cual se vence hasta a la media noche del último día del plazo.

Ahora, la responsabilidad disciplinaria, fiscal y penal por la no publicación oportuna, así como los efectos de la misma corresponde a los respectivos órganos de control - Contraloría General de la República, Procuraduría General de la Nación y Fiscalía General de la Nación- dependiendo de las implicaciones que dicha omisión genere en el caso concreto.

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

Atentamente,



Proyectó: Sergio Mateo Avila

1. “Numeral 1.1 (…) Las Entidades que contratan con cargo a recursos públicos están obligadas a publicar oportunamente su actividad contractual en el SECOP, sin que sea relevante para la exigencia de esta obligación su régimen jurídico, naturaleza de público o privado o la pertenencia a una u otra rama del poder público”. [↑](#footnote-ref-1)
2. “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 (…)”. [↑](#footnote-ref-2)
3. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, Auto del 14 de agosto de 2017, Consejero Ponente Jaime Orlando Santofimio Gamboa: “resulta razonable concluir, en esta oportunidad, que en virtud del deber de información prescrito en el literal c) del artículo 3o 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”. [↑](#footnote-ref-3)
4. El artículo 2.2.1.1.1.3.1 señala lo que debe entenderse por “cronograma”. El artículo 2.2.1.1.1.7.1 establece que los documentos del proceso y los actos administrativos de un proceso de contratación deben publicarse dentro de los tres (3) días siguientes a la expedición. Por su parte, el artículo 2.2.1.1.2.1.4. hace referencia al plazo que tienen los oferentes para hacer observaciones al proyecto de pliego de condiciones, después de la publicación de estos; mientras que el artículo 2.2.1.1.2.2.1, señala el plazo y el horario para la expedición de adendas. [↑](#footnote-ref-4)
5. Corte Constitucional, sentencia C-083 del 1 de marzo de 1995. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz: “La analogía es la aplicación de la ley a situaciones no contempladas expresamente en ella, pero que sólo difieren de las que sí lo están en aspectos jurídicamente irrelevantes, es decir, ajenos a aquéllos que explican y fundamentan la ratio juris o razón de ser de la norma. La consagración positiva de la analogía halla su justificación en el principio de igualdad, base a la vez de la justicia, pues, en función de ésta, los seres y las situaciones iguales deben recibir un tratamiento igual. Discernir los aspectos relevantes de los irrelevantes implica, desde luego, un esfuerzo interpretativo que en nada difiere del que ordinariamente tiene que realizar el juez para determinar si un caso particular es o no subsumible en una norma de carácter general. La analogía no constituye una fuente autónoma, diferente de la legislación. El juez que acude a ella no hace nada distinto de atenerse al imperio de la ley. Su consagración en la disposición que se examina resulta, pues, a tono con el artículo 230 de la Constitución”. [↑](#footnote-ref-5)
6. 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-6)
7. Decreto 1082 de 2015: “Artículo 2.2.1.1.2.2.1. Modificación de los pliegos de condiciones. La Entidad Estatal puede modificar los pliegos de condiciones a través de Adendas expedidas antes del vencimiento del plazo para presentar ofertas.

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

   “La Entidad Estatal debe publicar las Adendas en los días hábiles, entre las 7:00 a. m. y las 7:00 p. m., a más tardar el día hábil anterior al vencimiento del plazo para presentar ofertas a la hora fijada para tal presentación, salvo en la licitación pública pues de conformidad con la ley la publicación debe hacerse con tres (3) días de anticipación”. [↑](#footnote-ref-7)