**CCE-DES-FM-17**

**PRINCIPIO DE PUBLICIDAD – Fundamento constitucional – Desarrollo legal**

El principio de publicidad de la función administrativa, consagrado en el artículo 209 superior, 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. Para estos efectos, el literal c) del artículo 3 de la Ley 1150 de 2007 establece que el Sistema Electrónico para la Contratación Pública «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».

**PUBLICIDAD SECOP – Obligatoriedad – Fundamento normativo – Recursos públicos**

[…] 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, no se deriva sólo de las Leyes 1150 de 2007, 1712 de 2014 y la Circular Externa Única, sino también de la jurisprudencia del Consejo de Estado. Dentro de las razones que consideró el máximo tribunal de lo contencioso administrativo no tuvo en cuenta razones de orden fáctico, 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.

No obstante, esta Agencia ha precisado que la ejecución de recursos públicos, conforme indica el literal c) del artículo 3 de la Ley 1150 de 2007, no es el único fundamento jurídico de la obligación de las entidades estatales de publicar en el SECOP, comoquiera que tal obligación también surge con ocasión de la calidad de sujeto obligado en el marco de la Ley 1712 de 2014. En efecto, la Ley 1712 de 2014, normativa que creó la 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.

**­SECOP – Publicación – Contratos sin erogación presupuestal**

La norma citada genera un cambio en la contratación pública, donde las actuaciones de las entidades se realizaban por escrito y en papel, y ahora se crea un mecanismo eficiente que reduce costos para que se cumpla el principio de publicidad, como un deber de las autoridades públicas en el ejercicio de las funciones administrativas que la ley les otorga. No obstante, es necesario aclarar que la norma no impone como requisito que se deba publicar en el SECOP, únicamente cuando se ejecuten recursos públicos, ya que el deber de publicidad es amplio teniendo en cuenta que está consagrado en una norma que aplica a las entidades, esto es, que son ellas quienes deben publicar las actuaciones relacionadas con su actividad contractual, sin que sea relevante en el cumplimiento de este deber la ejecución o no de recursos públicos, a pesar de que cuando se ejecutan cobra mayor importancia que se cumpla el principio de publicidad por involucrar un interés principal de la ciudadanía.

Además, es preciso analizar en detalle el artículo 3 de la Ley 1150 de 2007 citado, ya que al observar la literalidad de la norma se señala la obligación de que la actividad contractual de las entidades se publique en el SECOP, sin que esta, necesariamente, involucre recursos públicos; por el contrario, la norma es general al referirse a los actos derivados de las etapas de un procedimiento contractual, lo cual hace énfasis en que el objetivo de la ley es la contratación que realizan las entidades, y no únicamente los recursos públicos que se ejecuten para la satisfacción de las necesidades […] Así, analizando las normas sobre publicidad en el SECOP, se concluye que no existen disposiciones de las que se pueda inferir el interés de la ley en exigir la publicación de los actos que evidencien la ejecución de recursos públicos, puesto que su objetivo es general y se refiere a la actividad precontractual, contractual y poscontractual de las entidades, sin que pueda existir una interpretación diferente, debido a la finalidad de la ley respecto de la ciudadanía y su derecho a conocer las decisiones de la Administración pública.

**SECOP – Publicación – Régimen aplicable – Contratos – Arrendamiento – Comodato – Administración**

[La] publicidad de los contratos estatales debe realizarse a través de SECOP, independientemente de cual sea el régimen aplicable al contrato o que este implique o no la erogación de recursos públicos, comoquiera que las referidas normas no sujetan la obligación de publicar en dicha plataforma a tales condiciones. Esto en la medida en que, independientemente de que se realice alguna erogación o se apliquen normas de derecho privado, los contratos estatales involucran un interés público, por lo que deben publicarse en el SECOP que fue el mecanismo establecido por el legislador y el reglamento para garantizar que se cumplan los principios de publicidad y transparencia respecto de los estos.

De acuerdo con lo anterior, las entidades estatales están obligadas a publicar en el SECOP I sus actuaciones contractuales. En el caso de las entidades incluidas en el Anexo 1 de la Circular No. 01 de 2019, la obligación de dar publicidad a la contratación implica realizar la gestión contractual a través del SECOP II, plataforma de naturaleza transaccional en la que el proceso de formación del contrato y su suscripción suceden de forma electrónica, dándose publicidad a cada actuación conforme se va produciendo, sin que sea necesario adelantar el proceso en medio físico, ni realizar publicaciones adicionales.



**CCE-DES-FM-17**

Bogotá, 18 Enero 2021

Señor

**Jorge Hernando Motoa Gómez**

Cali, Valle del Cauca

 **Concepto C –** **780 de 2020**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**   | PRINCIPIO DE PUBLICIDAD – Fundamento constitucional – Desarrollo legal / PUBLICIDAD SECOP – Obligatoriedad – Fundamento normativo – Recursos públicos / SECOP – Publicación – Contratos sin erogación presupuestal / SECOP – Publicación – Régimen aplicable – Contratos – Arrendamiento – Comodato – Administración  |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta P20201202000334 y P20210105000054 (Acumulados) |

Estimado señor Motoa,

La Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia – Compra Eficiente responde sus consulta del 2 de diciembre de 2020 y del 5 de enero de 2021, 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.

1. **Problema planteado**

Usted plantea las siguientes preguntas: i) «[…] Siendo que el contrato de comodato es civil, esencialmente gratuito y lo por tanto no compromete recursos públicos ni bienes públicos porque no salen del patrimonio de la entidad estatal, ni tiene como objeto contractual la adquisición de bienes o la contratación de servicios, ¿cuál es el fundamento legal, en cumplimiento del requisito de publicidad, para que la plataforma exija su publicación como condición para su eficacia y ejecución en lugar de publicar en la página web de la entidad territorial?».

ii) «Siendo que el contrato de arrendamiento es propio del derecho privado, bilateral, conmutativo y de tracto sucesivo, que no compromete recursos ni bienes públicos porque no salen del patrimonio de la entidad estatal, ni tiene como objeto contractual la adquisición de bienes o la contratación de servicios, ¿cuál es el fundamento legal, en cumplimiento del requisito de publicidad, para que la plataforma exija su publicación como condición para su eficacia y ejecución en lugar de publicar en la página web de la entidad territorial?».

iii) «Siendo el contrato de administración un contrato civil atípico, de colaboración, derivado del contrato de mandato, propio del derecho privado, bilateral, conmutativo, de tracto sucesivo, en el que el contratista puede contratar a nombre propio sin que obligue al contratante, que no compromete recursos públicos ni estos quedan por fuera del patrimonio de la entidad estatal, ni tiene como objeto contractual la adquisición de bienes o la contratación de servicios, ¿cuál es el fundamento legal, en cumplimiento del requisito de publicidad, para que la plataforma exija su publicación como condición para su eficacia y ejecución en lugar de publicar en la página web de la entidad territorial? […]».

1. **Consideraciones**

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente en el concepto con radicado No. 4201913000005397 del 9 de agosto de 2019, estudió temas relativos a la publicidad de la actuaciones contractuales de las entidades de régimen exceptuado en el SECOP, posición que fue reiterada en las consultas con radicados Nos. 4201912000006611 del 25 de septiembre de 2019, 4201913000006847 del 4 de octubre de 2019, 4201912000007762 del 18 de noviembre de 2019, y finalmente en la consulta 4201912000007828 del 13 de noviembre de 2019, los cuales fueron objeto de unificación en el concepto CU-003 del 15 de enero de 2020.

Dicho concepto unificado fue reiterado en los conceptos C-079 del 5 de febrero de 2020, C-116 del 18 de febrero de 2020, C-061 del 3 de marzo de 2020, C-072 del 4 de marzo de 2020, C-088 del 3 de marzo de 2020, C-087 del 4 de marzo de 2020, C-110 del 16 de marzo de 2020, C-147 del 17 de marzo de 2020,C-149 del 24 de marzo de 2020, C-197 del 26 de marzo de 2020, C-158 del 3 de abril de 2020, C-265 del 3 de abril de 2020, C-170 del 6 de abril de 2020, C-172 del 6 de abril de 2020, C-176 del 6 de abril de 2020, C-264 del 7 de abril de 2020, C-249 del 15 de abril de 2020, C-270 del 15 de abril de 2020, C-190 del 16 de abril de 2020, C-271 del 22 de abril de 2020, C-009 del 27 de abril de 2020, C-011 del 27 de abril de 2020, C-272 del 27 de abril de 2020, C-015 del 29 de abril 2020, C-295 del 30 de abril de 2020, C-312 del 6 de mayo de 2020, C-298 del 20 de mayo de 2020, C-035 del 26 de mayo de 2020, C-346 del 26 de mayo de 2020, C-336 del 2 de junio de 2020, C-306 del 4 de junio de 2020, 369 del 4 de junio de 2020, C-399 del 23 de junio de 2020, C-372 del 30 de junio de 2020, C-437 del 6 de julio de 2020, C-468 del 24 de julio de 2020, C-494 del 4 de agosto de 2020, C-449 del 5 de agosto de 2020, C-559 del 25 de agosto de 2020, C-562 del 25 de agosto de 2020, C-574 del 27 de agosto de 2020 y C-575 del 27 de agosto de 2020.

De otra parte, en los conceptos C-046 del 19 de febrero de 2020, C-095 del 16 de marzo de 2020, C-197 del 26 de marzo de 2020, C-170 del 6 de abril de 2020, C-172 del 6 de abril de 2020, C-176 del 6 de abril de 2020, C-009 del 27 de abril de 2020, y C-015 del 29 de abril de 2020, se estudiaron temas como el SECOP I como medio de publicidad de las actuaciones contractuales, la naturaleza transaccional y obligatoriedad de SECOP II, así como los documentos que deben publicarse en estas plataformas. En los conceptos con radicados Nos. 4201912000007253 del 4 de diciembre de 2019, reiterado en el concepto con radicado No. 4201912000007289 de la misma fecha, así como en el C-336 del 2 de junio de 2020, se realizaron consideraciones relativas a la publicidad en SECOP en lo concerniente a las entidades regidas por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Todos estos conceptos fueron unificados en el concepto CU-367 del 23 de julio de 2020, el cual fue reiterado en los conceptos C-433 del 24 de julio de 2020, C-474 del 24 de julio de 2020, C-504 del 31 de julio de 2020, C-508 del 31 de julio de 2020, C-521 del 11 de agosto de 2020, C-543 del 19 de agosto de 2020, C-544 del 21 de agosto de 2020, C-604 del 9 de septiembre de 2020, C-554 del 17 de septiembre de 2020, C-672 del 11 de noviembre de 2020, C-661 del 17 de noviembre de 2020 y C-680 del 18 de noviembre de 2020. La tesis desarrollada en estos conceptos se reitera a continuación:

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

El principio de publicidad de la función administrativa, consagrado en el artículo 209 superior[[1]](#footnote-1), 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[[2]](#footnote-2). Para estos efectos, el literal c) del artículo 3 de la Ley 1150 de 2007 establece que el Sistema Electrónico para la Contratación Pública «contará con la información oficial de la contratación realizada con dineros públicos, para lo cual establecerá los patrones a que haya lugar y se encargará de su difusión a través de canales electrónicos»[[3]](#footnote-3).

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»[[4]](#footnote-4). El principio de transparencia en la información alude al deber de los sujetos de proporcionar y facilitar el acceso a la misma en los términos más amplios posibles, y a través de los medios y procedimientos que establezca la ley.

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

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

El derecho de acceso a la información pública o de interés público permite a toda persona, sin necesidad de acreditar calidad, interés o condición particular, conocer la existencia de información pública, acceder a la misma y difundirla o publicarla, según su interés[[7]](#footnote-7).

En el año 2013, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, mediante la Circular Externa No 1 del 21 de junio de 2013, recopilada en la Circular Externa Única, recordó a todas las entidades del Estado el deber de publicar oportunamente su actividad contractual en el SECOP, sin distinción de su régimen jurídico, naturaleza jurídica o la pertenencia a una u otra rama del poder público[[8]](#footnote-8). Además, 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 debate sobre la obligatoriedad o no de publicar en el SECOP, para las entidades con régimen especial de contratación, fue definido, al menos de manera preliminar, por el Consejo de Estado. 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[[9]](#footnote-9).

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, en relación con 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, no se deriva sólo de las Leyes 1150 de 2007, 1712 de 2014 y la Circular Externa Única, sino también de la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Adicionalmente, esta Agencia ha precisado que la ejecución de recursos públicos, conforme indica el literal c) del artículo 3 de la Ley 1150 de 2007, no es el único fundamento jurídico de la obligación de las entidades estatales de publicar en el SECOP, comoquiera que tal obligación también surge con ocasión de la calidad de sujeto obligado en el marco de la Ley 1712 de 2014[[10]](#footnote-10).

 En efecto, la Ley 1712 de 2014, normativa que creó la 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.

Posteriormente, el Decreto reglamentario 103 de 2015, «Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 1712 de 2014 y se dictan otras disposiciones»[[11]](#footnote-11), 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[[12]](#footnote-12). 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[[13]](#footnote-13). Finalmente, el artículo 10 establece la obligación que tienen las entidades de publicar en el SECOP el Plan Anual de Adquisiciones[[14]](#footnote-14).

**2.2. El SECOP como mecanismo para garantizar el principio de publicidad en la contratación estatal**

El artículo 3 de la Ley 1150 de 2007 señala que los actos relacionados con los procedimientos de contratación de las entidades estatales pueden ser electrónicos, al igual que su publicidad, por lo que el Gobierno nacional debe definir los medios para llevarlo a cabo, y tiene la obligación de desarrollar el SECOP[[15]](#footnote-15). Este sistema debe contar con la información oficial de los procedimientos contractuales de las entidades, de lo cual será la única fuente, teniendo en cuenta que se ejecutan recursos públicos y por ende la ciudadanía tiene derecho a conocer cómo se invierten, y controlar que el objetivo sea la satisfacción de sus necesidades.

La norma citada genera un cambio en la contratación pública, donde las actuaciones de las entidades se realizaban por escrito y en papel, y ahora se cuenta con un mecanismo eficiente que reduce costos para que se cumpla el principio de publicidad, como un deber de las autoridades públicas en el ejercicio de las funciones administrativas que la ley les otorga. No obstante, es necesario aclarar que la norma no impone como requisito que únicamente se deba publicar en el SECOP cuando se ejecuten recursos públicos, ya que el deber de publicidad es amplio. Esto teniendo en cuenta que la obligación está prevista en una norma que aplica a las entidades, sin que sea relevante en el cumplimiento de este deber la ejecución o no de recursos públicos.

Además, es preciso analizar en detalle el artículo 3 de la Ley 1150 de 2007, ya que prescribe la obligación de que la actividad contractual de las entidades se publique en el SECOP, sin que esta, necesaria y exclusivamente, involucre recursos públicos. Por el contrario, la norma es general al referirse a los actos derivados de las etapas de un procedimiento contractual, lo cual hace énfasis en que el objetivo de la ley es la contratación que realizan las entidades, y no únicamente los recursos públicos que se ejecuten para la satisfacción de las necesidades. Esto debe armonizarse con el artículo 2.2.1.1.1.7.1. del Decreto 1082 de 2015, que relacionan los documentos que se deben publicar en el SECOP, sin que se haga referencia a aquellos actos que ejecuten recursos públicos.

Así, analizando las normas sobre publicidad en el SECOP, se concluye que no existen disposiciones de las que se pueda inferir el interés de la ley en exigir la publicación exclusiva de los actos que comprometan la ejecución de recursos públicos, puesto que su objetivo es general y se refiere a la actividad precontractual, contractual y poscontractual de las entidades, sin que quepa interpretación diferente, debido a la finalidad de la ley respecto de la ciudadanía y su derecho a conocer las decisiones de la Administración pública.

La Corte Constitucional hizo énfasis en la transición de la actividad contractual impresa, que se publicaba en el Diario Único de Contratación, a una contratación pública electrónica desarrollada mediante el SECOP:

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

Para la Corte, la publicación de los contratos estatales en el SECOP cumple cabalmente con las exigencias constitucionales de publicidad administrativa. En efecto, permite la presentación de la totalidad del contenido aludido, en un medio al que puede tener acceso al público en general, facilitando a los ciudadanos el conocimiento de las actuaciones de la administración y de los particulares en los procesos de contratación estatal y facilitando su participación en las decisiones que les afectan. Y, de conteras, suple algunas de las limitaciones de las que adolecía el Diario Único de Contratación, en términos de cobertura geográfica, de cantidad de ejemplares y de posibilidad de acceso por parte de la ciudadanía[[16]](#footnote-16).

De acuerdo con lo anterior, sobre la obligatoriedad de publicar en el SECOP contratos de arrendamiento y de comodato ya se había pronunciado esta Agencia en el concepto C-087 del 4 marzo de 2020, en el que al responder a la pregunta «¿Se debe publicar en el SECOP II los contratos de arrendamiento o comodato donde el municipio no desembolsa recursos?» consideró que:

[…] la obligatoriedad de publicar las actuaciones contractuales de las entidades no está sujeta a la ejecución de recursos públicos, por ende, las entidades deben publicar los documentos relacionados con sus procedimientos contractuales, que según el artículo 2.2.1.1.1.3.1. del Decreto 1082 de 2015, incluyen el contrato y cualquier otro documento expedido por la entidad en el desarrollo de esa actividad[[17]](#footnote-17).

Debe precisarse que la calidad de contrato estatal obedece a un criterio eminentemente orgánico[[18]](#footnote-18), por lo que son todos aquellos celebrados por alguna de entidad estatal, de las cuales, las enlistadas en el artículo 2 de la Ley 80 de 1993, están obligadas a aplicar las normas contenidas en dicha ley. No obstante, la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 1993 y su reglamentación, no constituyen un conjunto de normas que por sí solas gobiernen el grueso de las relaciones contractuales de las entidades estatales –de acuerdo con el artículo 2 *Ibídem*–. Por el contrario, constituyen una serie de reglas y principios que deben aplicarse de manera prevalente en los contratos que celebren dichos entes, pero que deben complementarse con el derecho privado, –tal como se desprende de los artículos 13 y 40 de la Ley 80 de 1993[[19]](#footnote-19)– ámbito jurídico del que surgen la gran mayoría de tipologías contractuales celebradas por las entidades públicas.

De acuerdo con esto, las entidades estatales regidas por el EGCAP están habilitadas para celebrar los contratos que suelen celebrar los particulares entre sí, en ejercicio de la autonomía de la voluntad privada. En ese sentido, puede ocurrir que dentro de la gestión ordinaria de sus competencias las entidades tengan necesidades que deban ser satisfechas a través de contratos como el arrendamiento, comodato o administración, en los que además de las disposiciones del EGCAP deberán aplicarse en su mayoría normas de derecho privado, lo que de ninguna manera desvirtúa la calidad de estatal de dichos contratos.

Dicha calidad de contrato estatal tampoco depende de que la relación contractual implique o no la erogación de recursos públicos, ya que, se reitera, ello obedece a un criterio eminentemente orgánico. De acuerdo con esto, independientemente de que las entidades estatales realicen o no desembolsos de dinero a título de contraprestación, los contratos estatales, en tanto son celebrados para satisfacer necesidades de las entidades estatales, las cuales están asociadas al cumplimiento de sus funciones administrativas y cometidos misionales, involucran un interés público. En razón a dicho interés, el legislador mediante el artículo 3 de la Ley 1150 de 2007 y la normativa de la transparencia y el acceso a la información pública, materializa los principios de publicidad y transparencia en el ámbito de la contratación estatal, estableciendo el SECOP como medio de publicidad principal de las actuaciones contractuales públicas.

**3. Respuesta**

i) «[…] Siendo que el contrato de comodato es civil, esencialmente gratuito y lo por tanto no compromete recursos públicos ni bienes públicos porque no salen del patrimonio de la entidad estatal, ni tiene como objeto contractual la adquisición de bienes o la contratación de servicios, ¿cuál es el fundamento legal, en cumplimiento del requisito de publicidad, para que la plataforma exija su publicación como condición para su eficacia y ejecución en lugar de publicar en la página web de la entidad territorial?».

ii) «Siendo que el contrato de arrendamiento es propio del derecho privado, bilateral, conmutativo y de tracto sucesivo, que no compromete recursos ni bienes públicos porque no salen del patrimonio de la entidad estatal, ni tiene como objeto contractual la adquisición de bienes o la contratación de servicios, ¿cuál es el fundamento legal, en cumplimiento del requisito de publicidad, para que la plataforma exija su publicación como condición para su eficacia y ejecución en lugar de publicar en la página web de la entidad territorial?».

iii) «Siendo el contrato de administración un contrato civil atípico, de colaboración, derivado del contrato de mandato, propio del derecho privado, bilateral, conmutativo, de tracto sucesivo, en el que el contratista puede contratar a nombre propio sin que obligue al contratante, que no compromete recursos públicos ni estos quedan por fuera del patrimonio de la entidad estatal, ni tiene como objeto contractual la adquisición de bienes o la contratación de servicios, ¿cuál es el fundamento legal, en cumplimiento del requisito de publicidad, para que la plataforma exija su publicación como condición para su eficacia y ejecución en lugar de publicar en la página web de la entidad territorial? […]».

El fundamento jurídico de la obligación de publicar en el SECOP las actuaciones contractuales de las entidades estatales, deriva, en primer lugar, del principio de publicidad de la función administrativa consagrado en el artículo 209 de la Constitución Política. Dicho principio fue desarrollado por el legislador en el ámbito de la contratación estatal mediante el artículo 3 de la Ley 1150 de 2007, el artículo 11, literal g de la Ley 1712 de 2014 y su reglamentación, normas que obligan a que la publicidad de los contratos celebrados por las entidades estatales se realice a través del SECOP.

 Dicha publicidad de los contratos estatales debe realizarse a través de SECOP, independientemente del régimen aplicable al contrato o que este implique o no la erogación de recursos públicos, comoquiera que las referidas normas no sujetan la obligación de publicar en dicha plataforma a tales condiciones. Esto en la medida en que, independientemente de que se realice alguna erogación o se apliquen normas de derecho privado, los contratos estatales involucran un interés público, por lo que deben publicarse en el SECOP que fue el mecanismo establecido por el legislador y el reglamento para garantizar que se cumplan los principios de publicidad y transparencia respecto de los estos. En consecuencia, los contratos de arrendamiento, comodato o administración que tengan como parte a una entidad estatal, deberán publicarse en el SECOP independientemente del régimen aplicable o que impliquen o no erogación de recursos públicos.

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



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Alejandro Sarmiento CantilloGestor T1-11 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Juan David Montoya PenagosGestor T1-15 de la Dirección General |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado NavarroSubdirector de Gestión Contractual ANCP – CCE |

1. Constitución Política de Colombia «Artículo 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

»Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley». [↑](#footnote-ref-1)
2. Para 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 tener la posibilidad de 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». Corte Constitucional. Sentencia C- 341 del 4 de junio de 2014. M. P. Mauricio González Cuervo. [↑](#footnote-ref-2)
3. Ley 1150 de 2007: «Artículo 3. De conformidad con lo dispuesto en la Ley 527 de 1999, la sustanciación de las actuaciones, la expedición de los actos administrativos, los documentos, contratos y en general los actos derivados de la actividad precontractual y contractual, podrán tener lugar por medios electrónicos. Para el trámite, notificación y publicación de tales actos, podrán utilizarse soportes, medios y aplicaciones electrónicas. Los mecanismos e instrumentos por medio de los cuales las entidades cumplirán con las obligaciones de publicidad del proceso contractual serán señalados por el Gobierno Nacional.

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

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

[…]

»c) Contará con la información oficial de la contratación realizada con dineros públicos, para lo cual establecerá los patrones a que haya lugar y se encargará de su difusión a través de canales electrónico». [↑](#footnote-ref-3)
4. Ley 1712 de 2014: «Artículo 2. Toda información en posesión, bajo control o custodia de un sujeto obligado es pública y no podrá ser reservada o limitada sino por disposición constitucional o legal, de conformidad con la presente ley». [↑](#footnote-ref-4)
5. Ley 1712 de 2014: «Artículo 5. Ámbito de aplicación. Las disposiciones de esta ley serán aplicables a las siguientes personas en calidad de sujetos obligados:

»a) Toda entidad pública, incluyendo las pertenecientes a todas las Ramas del Poder Público, en todos los niveles de la estructura estatal, central o descentralizada por servicios o territorialmente, en los órdenes nacional, departamental, municipal y distrital». [↑](#footnote-ref-5)
6. «Artículo 2.1.1.2.1.7. Publicación de la información contractual. De conformidad con el literal (c) del artículo 3° de la Ley 1150 de 2007, el sistema de información del Estado en el cual los sujetos obligados que contratan con cargo a recursos públicos deben cumplir la obligación de publicar la información de su gestión contractual es el Sistema Electrónico para la Contratación Pública [SECOP]

[…].

«Los sujetos obligados que contratan con recursos públicos y recursos privados, deben publicar la información de su gestión contractual con cargo a recursos públicos en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública [SECOP]». [↑](#footnote-ref-6)
7. Corte Constitucional. Sentencia C─274 de 9 de mayo de 2013. M.P. María Victoria Calle Correa.

 [↑](#footnote-ref-7)
8. «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-8)
9. 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-9)
10. 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.

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

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

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

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

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

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

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

»Parágrafo 1°. No serán sujetos obligados aquellas personas naturales o jurídicas de carácter privado que sean usuarios de información pública». [↑](#footnote-ref-10)
11. Norma compilada en el Decreto 1081 de 2015. [↑](#footnote-ref-11)
12. 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-12)
13. 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-13)
14. 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-14)
15. Ley 1150 de 2007: «Artículo 3. De la contratación pública electrónica. De conformidad con lo dispuesto en la Ley 527 de 1999, la sustanciación de las actuaciones, la expedición de los actos administrativos, los documentos, contratos y en general los actos derivados de la actividad precontractual y contractual, podrán tener lugar por medios electrónicos. Para el trámite, notificación y publicación de tales actos, podrán utilizarse soportes, medios y aplicaciones electrónicas. Los mecanismos e instrumentos por medio de los cuales las entidades cumplirán con las obligaciones de publicidad del proceso contractual serán señalados por el Gobierno Nacional.

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

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

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

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

»c) Contará con la información oficial de la contratación realizada con dineros públicos, para lo cual establecerá los patrones a que haya lugar y se encargará de su difusión a través de canales electrónicos y;

»d) Integrará el Registro Único Empresarial de las Cámaras de Comercio, el Diario Único de Contratación Estatal y los demás sistemas que involucren la gestión contractual pública. Así mismo, se articulará con el Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal, SICE, creado por la Ley 598 de 2000, sin que este pierda su autonomía para el ejercicio del control fiscal a la contratación pública». [↑](#footnote-ref-15)
16. Corte Constitucional. Sentencia C 711 del 11 de marzo de 2011. M.P. Mauricio González Cuervo. [↑](#footnote-ref-16)
17. Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente. Concepto C-087 del del 4 de marzo de 2020. Radicado de entrada No. 4202012000000579. Radicado de salida No. 2202013000001598. [↑](#footnote-ref-17)
18. Ley 80 de 1993 «**Articulo 32. De los contratos estatales.**Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad […]». [↑](#footnote-ref-18)
19. Ley 80 de 1993 «Artículo 13**.** De la normatividad aplicable a los contratos estatales. Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2o. del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley.

  »Los contratos celebrados en el exterior se podrán regir en su ejecución por las reglas del país en donde se hayan suscrito, a menos que deban cumplirse en Colombia.

   »Los contratos que se celebren en Colombia y deban ejecutarse o cumplirse en el extranjero, podrán someterse a la ley extranjera.

[…]

**»**Artículo 40. Del contenido del contrato estatal. Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza.

   »Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales.

   »En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración.

   »En los contratos de empréstito o cualquier otra forma de financiación de organismos multilaterales, podrán incluirse las previsiones y particularidades contempladas en los reglamentos de tales entidades, que no sean contrarias a la Constitución o a la ley […]».  [↑](#footnote-ref-19)