CCE-DES-FM-17

**INDÍGENAS – Asociaciones de cabildos – Asociaciones de autoridades tradicionales indígenas – Naturaleza jurídica**

Con fundamento en el artículo 56 transitorio Ibídem, en junio de 1993 se expidió el Decreto 1088, «Por el cual se regula la creación de las asociaciones de Cabildos y/o Autoridades Tradicionales Indígenas», que otorgó a los cabildos y/o autoridades indígenas la posibilidad de conformar asociaciones, atribuyéndoles la naturaleza de entidades de derecho público, de carácter especial, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa. De acuerdo con esto, los cabildos y las autoridades tradicionales indígenas pueden asociarse en representación de sus territorios, y esas asociaciones gozan de personería jurídica y tienen capacidad para adquirir obligaciones.

**INDÍGENAS – Asociaciones de cabildos – Asociaciones de autoridades tradicionales indígenas –Objeto – Régimen de contratación**

De conformidad con el artículo 3 del Decreto 1088 de 2015, las asociaciones de cabildos y/o autoridades tradicionales indígenas tienen por objeto el desarrollo integral de las Comunidades Indígenas. Para el cumplimiento de tal fin, el referido artículo establece que podrán acciones como «a) Adelantar actividades de carácter industrial y comercial, bien sea en forma directa, o mediante convenios celebrados con personas naturales o jurídicas; b) Fomentar en sus comunidades proyectos de salud, educación y vivienda en coordinación con las respectivas autoridades nacionales, regionales o locales y con sujeción a las normas legales pertinentes».

En cuanto el régimen de los actos y contratos de las referidas asociaciones, el artículo 10 del Decreto 1088 de 1993 dispone que, los que sean de naturaleza industrial y comercial se regirán por el derecho privado. A este artículo le fue adicionado un parágrafo por parte del Decreto 252 de 2020, el cual dispone que las «organizaciones indígenas» podrán «[…] celebrar contratos o convenios de manera directa con las entidades estatales de acuerdo con lo contemplado en el presente artículo y en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, siempre y cuando estén conformadas exclusivamente por cabildos indígenas, resguardos indígenas, asociaciones de cabildos, asociación de autoridades u otra forma de autoridad indígena propia».

**EPS INDÍGENAS – Naturaleza jurídica**

El Decreto 330 de 2001, hoy compilado en el Decreto 780 de 2016 –Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social–, reguló la creación y conformación de las Empresas Promotoras de Salud Indígenas –EPSI–. Según el artículo 2.5.2.4.1 de este último decreto «Para organizar y garantizar la prestación de los servicios incluidos en el POS-S, los cabildos y/o autoridades tradicionales indígenas, podrán conformar Entidades Promotoras de Salud (EPS), con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa» . El literal a) de dicho decreto dispone que la naturaleza jurídica de las EPSI es la de las entidades promotoras de salud que administran recursos del régimen subsidiado del sistema general de seguridad social en salud, cuestión que debe constar en los respectivos estatutos.

Respecto de la naturaleza jurídica las EPS el artículo 180 de la Ley 100 de 1993 establece que estas pueden ser públicas, privadas o mixtas. Esto implica que las EPS pueden conformarse de acuerdo con los diferentes tipos de entidades que engloban las categorías de publica, mixta o privada, lo que, en principio, en el caso de las públicas y mixtas, determina sus regímenes de contratación, en los términos del artículo 14 de la Ley 1150 de 2007, modificado por la Ley 1474 de 2011 .

**EPS INDÍGENAS – Administración de recursos públicos**

[I]ndependientemente de la naturaleza jurídica concreta a la que obedezca una EPS o una EPSI, es claro que estas como actores del sistema general de seguridad social en salud, administran recursos públicos. Así se desprende, en el caso de las EPS del régimen subsidiado–y por consiguiente de las EPSI– del artículo 214 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 11 de la Ley 1122 de 2007, en donde se establecen como fuentes de financiación recursos trasferidos por parte entidades territoriales y así como otros provenientes del Fondo de Solidaridad y Garantía.

**SECOP – Publicidad – EPS indígenas – Actividad contractual – Recursos públicos**

Conforme al literal a) del artículo 2.5.2.4.1 del Decreto 780 de 2016, las EPSI tienen la naturaleza de EPS del régimen subsidiado en salud, la cual de conformidad con el artículo 181 de la Ley 100 de 1993 puede ser pública, privada o mixta. Independientemente de que sean públicas, privadas o mixtas, tales entidades, en tanto hacen parte del sistema general de seguridad social en salud, administran recursos públicos, específicamente, aquellos destinados a la prestación de servicios a los afiliados al régimen subsidiado.

En virtud de la administración de tales recursos, las EPSI tienen la calidad de sujetos obligados en el marco de la Ley 1712 de 2014, de conformidad con el literal g) del artículo 5 de dicha ley. Por tal razón a las EPSI les corresponde dar publicidad a su actividad contractual realizada con cargo a recursos públicos en el SECOP, en los términos de los artículos 9, literal e), 11, literal g) de la Ley 1712 de 2014 y 2.1.1.2.1.7 del Decreto 1081 de 2015.

Bogotá, 01 marzo 2021

Radicado No. RS20210301001489

Señora

**Beda Margarita Suárez**

Maicao, Guajira

**Concepto C ‒ 034 de 2021**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | INDÍGENAS – Asociaciones de cabildos – Asociaciones de autoridades tradicionales indígenas – Naturaleza jurídica / INDÍGENAS – Asociaciones de cabildos – Asociaciones de autoridades tradicionales indígenas –Objeto – Régimen de contratación / EPS INDÍGENAS – Naturaleza jurídica / EPS INDÍGENAS – Administración de recursos públicos / SECOP – Publicidad – EPS indígenas – Actividad contractual – Recursos públicos |
| **Radicación:**  | Respuesta a consultas # P20210118000329 |

Estimada señora Suárez:

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 18 de enero de 2021.

**1. Problemas planteados**

Usted formuló las siguientes preguntas: «[…] ¿las Empresas Promotoras de Salud Indígenas, están obligadas a publicar su actividad contractual en el SECOP I, teniendo en cuenta su naturaleza jurídica como entidades constituidas por asociaciones indígenas, reguladas por el citado Decreto [1088 de 1993] expedido con facultades constitucionales especiales?»

**2. Consideraciones**

La Agencia Nacional de Contratación Pública ― Colombia Compra Eficiente, en el concepto con radicado No. 4201912000004171 del 11 de septiembre de 2019, reiterado y desarrollado en los conceptos No. 4201913000006260 del 03 de octubre de 2019, 4201913000005753 del 04 de octubre de 2019, 4201913000006529 del 21 de octubre de 2019, 4201913000006859 del 19 de noviembre del 2019, 4201913000007429 del 25 de noviembre de 2019 y C-235 del 13 de marzo de 2020, analizó temas relacionados con instituciones indígenas, estableciendo normas y jurisprudencia sobre la materia.

De otra parte, esta Agencia estudió el tema relativo a la publicidad en el SECOP por parte de las entidades exceptuadas de la aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública en la consulta No. 4201913000005397 del 9 de agosto de 2019 y reiteró la posición en los siguientes conceptos: 4201912000006611 del 25 de septiembre de 2019, 4201913000006847 del 4 de octubre de 2019, 4201912000007762 del 18 de noviembre de 2019 y 4201912000007828 del 13 de noviembre de 2019, tesis que luego sería objeto de unificación en el concepto CU-003 del 15 de enero de 2020. Dicho concepto de unificación, fue reiterado en los conceptos C-116 del 18 de febrero de 2020, C-079 del 5 de febrero de 2020, C-061 del 3 de marzo de 2020, C-088 del 3 de marzo de 2020, C-072 del 4 de marzo de 2020, C-087 del 4 de marzo de 2020, C-147 del 17 de marzo de 2020, C-149 del 24 de marzo de 2020, C-158 del 3 de abril de 2020, C-265 del 3 de abril de 2020, C-176 del 6 de abril de 2020, C-264 del 7 de abril de 2020, C-270 del 15 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 de 2020, C-312 del 6 de mayo de 2020, C-035 del 26 de mayo de 2020, C-346 del 26 de mayo de 2020, C-369 del 4 de junio de 2020, C-399 del 26 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, C-680 de 18 de noviembre de 2020 y C-719 del 3 de febrero de 2021.

Para resolver su consulta se desarrollarán los siguientes acápites: i) naturaleza jurídica de las Empresas Prestadoras de Salud Indígenas y su calidad de administradoras de recursos públicas; y ii) publicidad de los contratos en el Sistema Electrónico de Contratación Pública –SECOP–.

**2.1. Naturaleza jurídica de las Empresas Prestadoras de Salud Indígenas y su calidad de administradoras de recursos públicas**

Con la suscripción del Convenio No. 169 de 1989 «Sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes», de la Organización Internacional del Trabajo – OIT, incorporado al bloque de constitucionalidad[[1]](#footnote-1) mediante la Ley 21 de 1991, «Por medio de la cual se aprueba el Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la 76ava reunión de la Conferencia General de la O.I.T., Ginebra 1989», el Estado colombiano se comprometió a promover el desarrollo de los pueblos indígenas con acciones concretas dirigidas al reconocimiento de sus derechos y el respeto de su integridad, entre otros compromisos adquiridos.

De conformidad con el artículo 2 de la Ley 21 de 1991, corresponde a los gobiernos desarrollar «con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad»[[2]](#footnote-2). Por otra parte, en lo relacionado con los servicios de salud a pueblos indígenas, el artículo 25 establece que estos deberán prestarse de manera comunitaria y que «[…] deberán planearse y administrarse en cooperación con los pueblos interesados y tener en cuenta sus condiciones económicas, geográficas, sociales y culturales, así como sus métodos de prevención, prácticas curativas y medicamentos tradicionales»[[3]](#footnote-3).

En virtud de lo anterior, el Estado colombiano se comprometió a implementar las acciones necesarias para garantizar que los pueblos indígenas fueran respetados en igualdad de condiciones, promover sus derechos, respetar su identidad, sus costumbres y tradiciones, de modo que se eliminen las diferencias existentes sus miembros y los demás grupos sociales.

En relación con las formas de organización indígena, la Constitución Política de 1991 dispuso que la conformación de las entidades territoriales indígenas se haría conforme a lo dispuesto en la Ley de Ordenamiento Territorial – LOT, conforme lo establece el artículo 329 de la Constitución Política[[4]](#footnote-4). No obstante, mientras esa ley es expedida por el Congreso de la República, la Constitución, en su artículo 56 transitorio[[5]](#footnote-5) dispuso un mecanismo para poner en funcionamiento los territorios indígenas de manera transitoria, consistente en dotar de facultades al Gobierno Nacional para expedir las normas necesarias para la puesta en funcionamiento de los territorios indígenas[[6]](#footnote-6).

Con fundamento en el artículo 56 transitorio *Ibídem*, en junio de 1993 se expidió el Decreto 1088, «Por el cual se regula la creación de las asociaciones de Cabildos y/o Autoridades Tradicionales Indígenas», que otorgó a los cabildos y/o autoridades indígenas la posibilidad de conformar asociaciones, atribuyéndoles la naturaleza de entidades de derecho público, de carácter especial, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa[[7]](#footnote-7). De acuerdo con esto, los cabildos y las autoridades tradicionales indígenas pueden asociarse en representación de sus territorios, y esas asociaciones gozan de personería jurídica y tienen capacidad para adquirir obligaciones.

De conformidad con el artículo 3 del Decreto 1088 de 2015, las asociaciones de cabildos y/o autoridades tradicionales indígenas tienen por objeto el desarrollo integral de las Comunidades Indígenas. Para el cumplimiento de tal fin, el referido artículo establece que podrán desarrollar acciones como «a) Adelantar actividades de carácter industrial y comercial, bien sea en forma directa, o mediante convenios celebrados con personas naturales o jurídicas; b) Fomentar en sus comunidades proyectos de salud, educación y vivienda en coordinación con las respectivas autoridades nacionales, regionales o locales y con sujeción a las normas legales pertinentes».

  En cuanto al régimen de los actos y contratos de las referidas asociaciones, el artículo 10 del Decreto 1088 de 1993 dispone que los que sean de naturaleza industrial y comercial se regirán por el derecho privado. A este artículo le fue adicionado un parágrafo por parte del Decreto 252 de 2020, el cual dispone que las «*organizaciones indígenas*» podrán «[…] celebrar contratos o convenios de manera directa con las entidades estatales de acuerdo con lo contemplado en el presente artículo y en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, siempre y cuando estén conformadas exclusivamente por cabildos indígenas, resguardos indígenas, asociaciones de cabildos, asociación de autoridades u otra forma de autoridad indígena propia».

 En cuanto a la prestación del servicio de salud a pueblos indígenas, la Ley 100 de 1993, en su artículo 181, literal g), contempla la posibilidad de que las comunidades indígenas se organicen para tal fin[[8]](#footnote-8). Lo anterior siempre y cuando, tales organizaciones cumplan los requisitos exigidos para las empresas promotoras de salud, establecidos en el artículo 180 de la Ley 100 de 1993.

 En atención a este marco jurídico, el Decreto 330 de 2001, hoy compilado en el Decreto 780 de 2016 –*Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social–,* reguló la creación y conformación de las Empresas Promotoras de Salud Indígenas –EPSI–. Según el artículo 2.5.2.4.1 de este último decreto «Para organizar y garantizar la prestación de los servicios incluidos en el POS-S, los cabildos y/o autoridades tradicionales indígenas, podrán conformar Entidades Promotoras de Salud (EPS), con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa»[[9]](#footnote-9). El literal a) de dicho decreto dispone que la naturaleza jurídica de las EPSI es la de las entidades promotoras de salud que administran recursos del régimen subsidiado del sistema general de seguridad social en salud, cuestión que debe constar en los respectivos estatutos.

 Respecto de la naturaleza jurídica las EPS, el artículo 180 de la Ley 100 de 1993 establece que estas pueden ser públicas, privadas o mixtas. Esto implica que las EPS pueden conformarse de acuerdo con los diferentes tipos de entidades que engloban las categorías de pública, mixta o privada, lo que, en principio, en el caso de las públicas y mixtas, determina sus regímenes de contratación, en los términos del artículo 14 de la Ley 1150 de 2007, modificado por la Ley 1474 de 2011[[10]](#footnote-10).

 Tratándose de EPS de naturaleza pública, estas pueden ser conformadas como empresas industriales y comerciales del Estado, conforme indica el artículo 85 de la Ley 489 de 1998[[11]](#footnote-11) o como sociedades públicas conformadas con participación de una o diversas entidades estatales. En ambos casos, estas tienen la calidad de entidades descentralizadas por servicios por lo que deben ser creadas por disposición o autorización de la ley, en los términos de los artículos 68 y 69 de la Ley 489 de 1998[[12]](#footnote-12).

A ambos tipos de entidades, en principio, según el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007, les correspondería contratar aplicando el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Sin embargo, en cuanto al régimen de contratación de las EPS públicas existe una norma especial que regula su régimen de contratación, establecida en el artículo 45 de la Ley 1122 de 2007[[13]](#footnote-13), el cual les hace extensivo el régimen de contratación de las empresas sociales del Estado, entidades cuya contratación, de conformidad con el artículo 195, numeral 6, está regida de manera prevalente por el derecho privado[[14]](#footnote-14).

En cuanto a las EPS mixtas, estas son creadas como sociedades de economía mixta, de acuerdo con el artículo 97 de la Ley 489 de 1998[[15]](#footnote-15). Este tipo de entidades se encuentran exceptuadas de la aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, de conformidad con el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007, cuando el capital privado es igual o superior al cincuenta por ciento. No obstante, en atención a dicha norma, aun en los eventos en los que la participación estatal es inferior al cincuenta por ciento, en tanto desarrollen actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, nacional o internacional o en mercados regulados, también estarán exceptuadas de la aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Por otro lado, respecto de las EPS privadas, el artículo 181 de la Ley 100 de 1993, permite que distintos tipos de entidades regidas por el derecho privado se constituyan como EPS. Así por ejemplo podrán hacerlo las asociaciones de cajas de compensación[[16]](#footnote-16) –literal c)–, las sociedades comerciales y entidades de economía solidaria[[17]](#footnote-17) que se creen con el propósito de funcionar como EPS–literal h–. Este tipo de entidades, en tanto son personas jurídicas de derecho privado, les corresponde contratar conforme a dicho régimen, sin perjuicio de que en virtud de sus calidades de sujetos miembros del sistema de seguridad social en salud deban aplicar las disposiciones sectoriales correspondientes.

Ahora bien, independientemente de la naturaleza jurídica concreta a la que obedezca una EPS o una EPSI, es claro que estas como actores del sistema general de seguridad social en salud, administran recursos públicos. Así se desprende, en el caso de las EPS del régimen subsidiado–y por consiguiente de las EPSI– del artículo 214 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 11 de la Ley 1122 de 2007, en donde se establecen como fuentes de financiación recursos transferidos por parte entidades territoriales y así como otros provenientes del Fondo de Solidaridad y Garantía.

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

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[[18]](#footnote-18).

El principio de publicidad impone a las autoridades administrativas el deber de dar a conocer sus actos, contratos y decisiones, para que se divulguen y eventualmente se controlen las actuaciones. El literal c) del artículo 3 de la Ley 1150 de 2007 establece que el Sistema Electrónico para la Contratación Pública «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»[[19]](#footnote-19).

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»[[20]](#footnote-20). 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, así como cualquier entidad que administre, se beneficie o intermedie recursos públicos[[21]](#footnote-21), deben publicar la información relativa a su contratación. Esta obligación fue desarrollada por el Decreto Único Reglamentario 1081 de 2015[[22]](#footnote-22), 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[[23]](#footnote-23).

Para 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[[24]](#footnote-24). 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, ya fue definido, al menos de manera preliminar, por el Consejo de Estado que 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.[[25]](#footnote-25).

Adicionalmente, el deber de publicar 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[[26]](#footnote-26).

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 fundamento adicional a las Leyes 1150 de 2007, 1712 de 2014 y la Circular Externa Única: un pronunciamiento del Consejo de Estado.

**3. Respuestas**

«[…] ¿las Empresas Promotoras de Salud Indígenas, están obligadas a publicar su actividad contractual en el SECOP I, teniendo en cuenta su naturaleza jurídica como entidades constituidas por asociaciones indígenas, reguladas por el citado Decreto [1088 de 1993] expedido con facultades constitucionales especiales?»

Conforme al literal a) del artículo 2.5.2.4.1 del Decreto 780 de 2016, las EPSI tienen la naturaleza de EPS del régimen subsidiado en salud, que administra recursos del régimen subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud, las cuales, de conformidad con el artículo 181 de la Ley 100 de 1993 pueden ser públicas, privadas o mixtas. Independientemente de que sean públicas, privadas o mixtas, tales entidades, en tanto hacen parte del sistema general de seguridad social en salud, administran recursos públicos, específicamente, aquellos destinados a la prestación de servicios a los afiliados al régimen subsidiado.

 En virtud de la administración de tales recursos, las EPSI tienen la calidad de sujetos obligados en el marco de la Ley 1712 de 2014, de conformidad con el literal g) del artículo 5 de dicha ley. Por tal razón a las EPSI les corresponde dar publicidad a su actividad contractual realizada con cargo a recursos públicos en el SECOP, en los términos de los artículos 9, literal e), 11, literal g) de la Ley 1712 de 2014 y 2.1.1.2.1.7 del Decreto 1081 de 2015.

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: | Alejandro Sarmiento CantilloGestor T1-11 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Sebastián Ramírez GrisalesGestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual  |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado NavarroSubdirector de Gestión Contractual |

1. Constitución Política: «Artículo 93. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

»Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia [...]». [↑](#footnote-ref-1)
2. Ley 21 de 1991 «Artículo 2. 1. Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad.

»2. Esta acción deberá incluir medidas:

»a) Que aseguren a los miembros de dichos pueblos gozar, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población;

»b) Que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando s u identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones;

»c) Que ayuden a los miembros de los pueblos interesados a eliminar las diferencias socioeconómicas que puedan existir entre los miembros indígenas y los demás miembros de la comunidad nacional, de una manera compatible con sus aspiraciones y formas de vida». [↑](#footnote-ref-2)
3. Ley 21 de 1991 «Artículo 25. 1. Los gobiernos deberán velar porque se pongan a disposición de los pueblos interesados servicios de salud adecuados o proporcionar a dichos pueblos los medios que les permitan organizar y prestar tales servicios bajo su propia responsabilidad y control, a fin de que puedan gozar del máximo nivel posible de salud física y mental.

»2. Los servicios de salud deberán organizarse, en la medida de lo posible, a nivel comunitario. Estos servicios deberán planearse y administrarse en cooperación con los pueblos interesados y tener en cuanta sus condiciones económicas, geográficas, sociales y culturales, así como sus métodos de prevención, prácticas curativas y medicamentos tradicionales

»3. El sistema de asistencia sanitaria deberá dar la preferencia a la formación y al empleo de personal sanitario de la comunidad local y centrarse en los cuidados primarios de salud, mantenimiento al mismo tiempo estrechos vínculos con los demás niveles de asistencia sanitaria.

   »4. La prestación de tales servicios de salud deberá coordinarse con las demás medidas sociales, económicas y culturales que se tomen en el país». [↑](#footnote-ref-3)
4. Constitución Política de Colombia «Artículo 329. La conformación de las entidades territoriales indígenas se hará con sujeción a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, y su delimitación se hará por el Gobierno Nacional, con participación de los representantes de las comunidades indígenas, previo concepto de la Comisión de Ordenamiento Territorial. Los resguardos son de propiedad colectiva y no enajenable. La ley definirá las relaciones y la coordinación de estas entidades con aquellas de las cuales formen parte.

»Parágrafo. En el caso de un territorio indígena que comprenda el territorio de dos o más departamentos, su administración se hará por los consejos indígenas en coordinación con los gobernadores de los respectivos departamentos. En caso de que este territorio decida constituirse como entidad territorial, se hará con el cumplimiento de los requisitos establecidos en el inciso primero de este artículo». [↑](#footnote-ref-4)
5. Constitución Política de Colombia «Artículo Transitorio 56. Mientras se expide la ley a que se refiere el artículo 329, el Gobierno podrá dictar las normas fiscales necesarias y las demás relativas al funcionamiento de los territorios indígenas y su coordinación con las demás entidades territoriales». [↑](#footnote-ref-5)
6. La Corte Constitucional, respecto a la temporalidad de la autorización, expuso lo siguiente: «[…] 5.3. El artículo 56 transitorio de la Constitución establece la posibilidad de que el Gobierno Nacional adopte las normas relativas al funcionamiento de los territorios indígenas y su coordinación con las demás entidades territoriales hasta tanto se expida la ley a la que se refiere el artículo 329 de la Constitución. La competencia excepcional allí establecida tiene varias características cuya enunciación es relevante para definir la prosperidad del cargo.

»5.3.1. Es una competencia amplia que confiere una atribución para adoptar normas relativas (i) al funcionamiento de los territorios indígenas, incluyendo las de naturaleza fiscal y (ii) a su coordinación con las demás entidades territoriales. Comprende diferentes dimensiones o facetas del régimen territorial indígena.

»5.3.2. Es una competencia cualificada dado que las normas que se expiden en ejercicio de lo allí dispuesto tienen naturaleza legislativa y, por regla general, solo perderán su vigencia, cuando sea expedida la ley a la que se refiere el artículo 329 de la Constitución. Algunas de las materias a las que alude el artículo 56 de la Carta deberán ser expedidas por el Congreso siguiendo el trámite propio de la regulación orgánica al paso que otras podrían ser reguladas en leyes ordinarias [...]». Corte Constitucional. Sentencia C-617 de 2015. M.P. Mauricio González Cuervo. [↑](#footnote-ref-6)
7. Decreto 1088 de 1993 «Artículo 1° Aplicabilidad. Los Cabildos y/o Autoridades Tradicionales Indígenas, en representación de sus respectivos territorios indígenas, podrán conformar asociaciones de conformidad con el presente Decreto.

»Artículo 2° Naturaleza Jurídica. Las asociaciones de que trata el presente Decreto, son entidades de Derecho Público de carácter especial, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa». [↑](#footnote-ref-7)
8. Ley 100 de 1993: «Artículo 181.Tipos de Entidades Promotoras de Salud. La Superintendencia Nacional de Salud podrá autorizar como Entidades Promotoras de Salud, siempre que para ello cumplan con los requisitos previstos en el artículo 180, a las siguientes entidades:

[…]

»g. Las organizaciones no gubernamentales y del sector social solidario que se organicen para tal fin, especialmente las empresas solidarias de salud y las de las comunidades indígenas […]»

 [↑](#footnote-ref-8)
9. Decreto 780 de 2016: «**Artículo 2.5.2.4.1** Requisitos para la Constitución y Funcionamiento de Entidades Promotoras de Salud (EPS) Indígenas. Para organizar y garantizar la prestación de los servicios incluidos en el POS-S, los cabildos y/o autoridades tradicionales indígenas, podrán conformar Entidades Promotoras de Salud (EPS), con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, previo el cumplimiento de los siguientes requisitos:

   »a) Establecer de manera expresa en sus Estatutos que su naturaleza es la de ser una Entidad Promotora de Salud que administra recursos del Régimen subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud;

   »b) Constituir una cuenta independiente del resto de las rentas y bienes de cabildos y/o autoridades tradicionales indígenas;

  »c) Estar debidamente autorizada por la Superintendencia Nacional de Salud, previo el cumplimiento de los requisitos establecidos en el presente Capítulo para administrar los recursos del Régimen Subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud».

 [↑](#footnote-ref-9)
10. Ley 1474 de 2011 «**Artículo 93.** Del régimen contractual de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, las Sociedades de Economía Mixta, sus filiales y empresas con participación mayoritaria del Estado. Modifíquese el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007, el cual quedará así:

   »Las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, las Sociedades de Economía Mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), sus filiales y las Sociedades entre Entidades Públicas con participación mayoritaria del Estado superior al cincuenta por ciento (50%), estarán sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, con excepción de aquellas que desarrollen actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, nacional o internacional o en mercados regulados, caso en el cual se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a sus actividades económicas y comerciales, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 13 de la presente ley. Se exceptúan los contratos de ciencia y tecnología, que se regirán por la Ley 29 de 1990 y las disposiciones normativas existentes».  [↑](#footnote-ref-10)
11. Ley 489 de 1998 «**Artículo 85.** Empresas industriales y comerciales del Estado. Las empresas industriales y comerciales del Estado son organismos creados por la ley o autorizados por ésta, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial y de gestión económica conforme a las reglas del Derecho Privado, salvo las excepciones que consagra la ley, y que reúnen las siguientes características:

   »a) Personería jurídica;

   »b) Autonomía administrativa y financiera;

   »c) Capital independiente, constituido totalmente con bienes o fondos públicos comunes, los productos de ellos, o el rendimiento de tasas que perciban por las funciones o servicios, y contribuciones de destinación especial en los casos autorizados por la Constitución.

   »El capital de las empresas industriales y comerciales del Estado podrá estar representado en cuotas o acciones de igual valor nominal.

   »A las empresas industriales y comerciales del Estado y a las sociedades de economía mixta se les aplicará en lo pertinente los artículos 19, numerales 2°, 4°, 5°, 6°, 12, 13, 17, 27, numerales 2°, 3°, 4°, 5°, y 7°, y 183 de la Ley 142 de 1994.

»**Parágrafo.** Las disposiciones legales que protegen el secreto industrial y la información comercial se aplicarán a aquellos secretos e informaciones de esa naturaleza que desarrollen y posean las empresas industriales y comerciales del Estado».  [↑](#footnote-ref-11)
12. Ley 489 de 1998 «**Artículo 68.** Entidades descentralizadas. Son entidades descentralizadas del orden nacional, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta, las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica, las empresas sociales del Estado, las empresas oficiales de servicios públicos y las demás entidades creadas por la ley o con su autorización, cuyo objeto principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales o comerciales con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio.

   »Como órganos del Estado aun cuando gozan de autonomía administrativa están sujetas al control político y a la suprema dirección del órgano de la administración al cual están adscritas.

   »Las entidades descentralizadas se sujetan a las reglas señaladas en la Constitución Política, en la presente ley, en las leyes que las creen y determinen su estructura orgánica y a sus estatutos internos.

   »Los organismos y entidades descentralizados, sujetos a regímenes especiales por mandato de la Constitución Política, se someterán a las disposiciones que para ellos establezca la respectiva ley.

   **»Parágrafo 1°.** De conformidad con el inciso segundo del artículo 210 de la Constitución Política, el régimen jurídico aquí previsto para las entidades descentralizadas es aplicable a las de las entidades territoriales sin perjuicio de las competencias asignadas por la Constitución y la ley a las autoridades del orden territorial.

   **»Parágrafo 2°.** Los organismos o entidades del Sector Descentralizado que tengan como objetivo desarrollar actividades científicas y tecnológicas, se sujetarán a la Legislación de Ciencia y Tecnología y su organización será determinada por el Gobierno Nacional.

**»Parágrafo 3°.** Lo dispuesto en el presente artículo no se aplica a las corporaciones civiles sin ánimo de lucro de derecho privado, vinculadas al Ministerio del Medio Ambiente, creadas por la Ley 99 de 1993.

**»Artículo 69.** Creación de las entidades descentralizadas. Las entidades descentralizadas, en el orden nacional, se crean por la ley, en el orden departamental, distrital y municipal, por la ordenanza o el acuerdo, o con su autorización, de conformidad con las disposiciones de la presente ley. El proyecto respectivo deberá acompañarse del estudio demostrativo que justifique la iniciativa, con la observancia de los principios señalados en el artículo 209 de la Constitución Política».  [↑](#footnote-ref-12)
13. Ley 1122 de 2007 «**Artículo 45.** Régimen de contratación de EPS públicas. Las Empresas promotoras de Salud del Régimen Subsidiado y Contributivo Públicas tendrán el mismo régimen de contratación que las Empresas Sociales del Estado».

   [↑](#footnote-ref-13)
14. Ley 100 de 1993 «Artículo 195.Régimen jurídico. Las Empresas Sociales de Salud se someterán al siguiente régimen jurídico:

[…]

»6. En materia contractual se regirá por el derecho privado, pero podrá discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública».

 [↑](#footnote-ref-14)
15. Ley 489 de 1998 «**Artículo 97.** Sociedades de economía mixta. Las sociedades de economía mixta son organismos autorizados por la ley, constituidos bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas de Derecho Privado, salvo las excepciones que consagra la ley.

»Las inversiones temporales de carácter financiero no afectan su naturaleza jurídica ni su régimen.

   »**Parágrafo.** Los regímenes de las actividades y de los servidores de las sociedades de economía mixta en las cuales el aporte de la Nación, de entidades territoriales y de entidades descentralizadas, sea igual o superior al noventa (90%) del capital social es el de las empresas industriales y comerciales del Estado».

 [↑](#footnote-ref-15)
16. Ley 21 de 1982 «Artículo 39. Las Cajas de Compensación Familiar son personas jurídicas de derecho privado sin ánimo de lucro, organizadas como corporaciones en la forma prevista en el Código Civil, cumplen funciones de seguridad social y se hallan sometidas al control y vigilancia del Estado en la forma establecida por la ley».  [↑](#footnote-ref-16)
17. Ley 454 de 1998 «**Artículo 6°.** Características de las organizaciones de Economía Solidaria. Son sujetos de la presente ley las personas jurídicas organizadas para realizar actividades sin ánimo de lucro, en las cuales los trabajadores o los usuarios según el caso, son simultáneamente sus aportantes y gestores, creadas con el objeto de producir, distribuir y consumir conjunta y eficientemente, bienes y servicios para satisfacer las necesidades de sus miembros y al desarrollo de obras de servicio a la comunidad en general, observando en su funcionamiento las siguientes características:

   »1. Estar organizada como empresa que contemple en su objeto social, el ejercicio de una actividad socioeconómica, tendiente a satisfacer necesidades de sus asociados y el desarrollo de obras de servicio comunitario.

   »2. Tener establecido un vínculo asociativo, fundado en los principios y fines contemplados en la presente ley.

   »3. Tener incluido en sus estatutos o reglas básicas de funcionamiento la ausencia de ánimo de lucro, movida por la solidaridad, el servicio social o comunitario.

»4. Garantizar la igualdad de derechos y obligaciones de sus miembros sin consideración a sus aportes.

   »5. Establecer en sus estatutos un monto mínimo de aportes sociales no reducibles, debidamente pagados, durante su existencia.

   »6. Integrarse social y económicamente, sin perjuicio de sus vínculos con otras entidades sin ánimo de lucro que tengan por fin promover el desarrollo integral del ser humano.

   »**Parágrafo 1°.** En todo caso, las organizaciones de la economía solidaria deberán cumplir con los siguientes principios económicos:

   »1. Establecer la irrepartibilidad de las reservas sociales y, en caso de liquidación, la del remanente patrimonial.

   »2. Destinar sus excedentes a la prestación de servicios de carácter social, al crecimiento de sus reservas y fondos, y a reintegrar a sus asociados parte de los mismos en proporción al uso de los servicios o a la participación en el trabajo de la empresa, sin perjuicio de amortizar los aportes y conservarlos en su valor real.

   »**Parágrafo 2°.** Tienen el carácter de organizaciones solidarias entre otras: cooperativas, los organismos de segundo y tercer grado que agrupen cooperativas u otras formas asociativas y solidarias de propiedad, las instituciones auxiliares de la Economía solidaria, las empresas comunitarias, las empresas solidarias de salud, las precooperativas, los fondos de empleados, las asociaciones mutualistas, las empresas de servicios en las formas de administraciones públicas cooperativas, las empresas asociativas de trabajo y todas aquellas formas asociativas solidarias que cumplan con las características mencionadas en el presente capítulo».  [↑](#footnote-ref-17)
18. Corte Constitucional. Sentencia C- 341 del 4 de junio de 2014. M. P. Mauricio González Cuervo [↑](#footnote-ref-18)
19. 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-19)
20. 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-20)
21. 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:

[…]

»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». [↑](#footnote-ref-21)
22. «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-22)
23. Corte Constitucional. Sentencia C─274 de 9 de mayo de 2013. M.P. María Victoria Calle Correa. [↑](#footnote-ref-23)
24. «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-24)
25. 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-25)
26. *Ibídem.* [↑](#footnote-ref-26)