CCE-DES-FM-17

**PRINCIPIO DE PUBLICIDAD – Democracia – Estado social de Derecho – Fundamento axiológico**

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

**SECOP – Entidades exceptuadas – Información oficial – Auto del 25 de febrero de 2021 – Efectos**

[…], en el auto bajo análisis la Sección Tercera admite que a las entidades exceptuadas de la aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública sí les resulta aplicable el deber de publicar la «información oficial de la contratación» en el SECOP, pero no de la manera como precisó el alcance de dicho mandato la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente en las circulares Nº 1 de 2013 y 20 de 2015. Esto se deduce del siguiente fragmento del auto: «Las Circulares Externas No. 1 de 2013 y 20 de 2015 exceden lo establecido en literal c) del artículo 3o de la Ley 1150 de 2007. Aunque dicho aparte es aplicable a las entidades que no están regidas por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, los actos demandados le dan un alcance indebido a la expresión “información oficial de la contratación”»[[1]](#footnote-1). Para el Consejo de Estado, quien debe decir qué debe entenderse por la expresión «información oficial de la contratación» es el legislador o a lo sumo el gobierno nacional, a través de un decreto reglamentario, y no la Agencia mediante una circular.

Sin embargo, se destaca de nuevo que en el auto del 25 de febrero de 2021 el Consejo de Estado no expresa que las entidades estatales que se rigen por el derecho privado en su actividad contractual no deban publicar la «información oficial de la contratación» en el SECOP. Todo lo contrario. La máxima corporación judicial aclara en varios apartados del auto que el artículo 3 de la Ley 1150 de 2007 –y específicamente, el literal c)– también debe ser acatado por dichas entidades. En efecto, para el Consejo de Estado, hay disposiciones de esta Ley que son transversales a la contratación estatal –o sea, que vinculan también a las entidades exceptuadas–, y que «No hay duda de que el literal c) del artículo 3o pertenece a este grupo de normas. Expresamente establece que ese aparte del artículo se aplica a la “contratación realizada con dineros públicos”. Para su aplicación resulta irrelevante el régimen contractual del contrato. La publicación de la información oficial de la contratación debe realizarse si los negocios jurídicos adelantados fueron financiados con recursos públicos»

**SECOP – Entidades exceptuadas – Publicidad – Documentos – Información oficial – Concepto CU-003**

[…], 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»–, señala en el artículo 11, literal g), que todo *sujeto obligado* –y las entidades estatales con régimen especial de contratación lo son– 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.

[…], el Decreto reglamentario 103 de 2015 –«Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 1712 de 2014 y se dictan otras disposiciones»– establece en el artículo 8 –artículo 2.1.1.2.1.8. del Decreto 1081 de 2015–, 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. Por su parte, el artículo 9 del Decreto 103 de 2015 –artículo 2.1.1.2.1.9. del Decreto 1081 de 2015– 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 haya expedido de acuerdo con los lineamientos de la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, el cual debe publicarse en el sitio web del sujeto obligado. Finalmente, el artículo 10 del Decreto 103 de 2015 –artículo 2.1.1.2.1.10. del Decreto 1081 de 2015– consagra la obligación que tienen las entidades estatales de publicar en el SECOP el Plan Anual de Adquisiciones.

**SECOP – Auto del 25 de febrero de 2021 – Publicidad – Mandato vigente**

[…] N no puede entenderse que con la expedición del auto del Consejo de Estado del 25 de febrero de 2021 las entidades exceptuadas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública o que cuentan con un régimen contractual especial quedaron eximidas de la obligación de publicar en el SECOP la información oficial de la contratación que realicen con recursos públicos. Primero, porque precisamente dicho auto indica que el artículo 3, literal c), de la Ley 1150 de 2007 también les resulta aplicable a dichas entidades, independientemente de su régimen contractual. Segundo, porque estas deben garantizar los principios de publicidad y transparencia, previstos en los artículos 209 y 74 de la Constitución Política. Tercero, porque las entidades estatales –incluidas las que se rigen generalmente por el derecho privado en materia contractual–, al ser sujetos obligados a garantizar el derecho de acceso a la información y a los documentos públicos, deben publicar en el SECOP los documentos a los que se refiere el literal e), del artículo 9 y el literal g), del artículo 11, de la Ley 1712 de 2014, como los artículos 7 al 10 del Decreto 103 de 2015 –compilado en los artículos 2.1.1.1.1. al 2.1.1.6.1. del Decreto 1081 de 2015–. Cuarto, porque, el auto del 25 de febrero de 2021 no suspende todo el contenido de las circulares No. 1 del 21 de junio de 2013 y No. 20 del 27 de agosto de 2015, sino solo las expresiones que utilizan la frase «actividad contractual», quedando vigente lo demás –que continúa estableciendo el referido deber–. Quinto, porque el imperativo de publicar en el SECOP la información oficial de la contratación se desprende además de las circulares No. 23 del 16 de marzo de 2017 y No. 007 de 2020, así como de la Circular Externa Única –actualizada el 16 de abril de 2019–, las cuales se encuentran vigentes.

**EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS – Naturaleza jurídica especial – Régimen contractual**

Así las cosas, las empresas de servicios públicos tienen una naturaleza jurídica especial que viene dada directamente por el artículo 356 de la Constitución Política, y el hecho de que su composición accionaria pueda estar compartida por recursos públicos y privados no las convierte en sociedades de economía mixta, pues las empresas en cuestión tienen su clasificación propia dependiendo de la composición de su capital accionario: empresas de servicios públicos oficiales, mixtas y privadas. Ahora, sin importar su clasificación, todas hacen parte de la Rama Ejecutiva del sector descentralizado por servicios.

En cuanto al régimen jurídico de contratación de las empresas de servicios públicos, el inciso primero del artículo 31 de la Ley 142 de 1994 señala que «[l]os contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa».

De esta manera, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 sobre la aplicación de los principios de la función administrativa, la gestión fiscal, las inhabilidades e incompatibilidades, el régimen jurídico aplicable a los contratos que celebren las empresas de servicios públicos, incluso para las oficiales y las mixtas, es el contenido en el derecho civil y comercial, esto es, por regla general no están sometidas a la Ley 80 de 1993. Sin embargo, ello no las exime del deber de publicar su actividad contractual, cuando ejecuten recursos públicos.

**EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES­ DEL ESTADO – Régimen contractual – Ley 80 de 1993 – Derecho privado**

[…] el régimen contractual de las empresas industriales y comerciales del Estado que estén en competencia o desarrollen su actividad en mercados regulados es el propio de tal actividad, esto es, por regla general, el derecho privado, salvo las excepciones legales o las contenidas en el acto de creación o en los estatutos de la respectiva empresa industrial o comercial del Estado. Aunque estos contratos están excluidos de la Ley 80 de 1993, no se rigen exclusivamente por el derecho civil y comercial, pues –conforme al artículo 13 de la Ley 1150 de 2007– aplican tanto los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal como el régimen de inhabilidades e incompatibilidades. Por el contrario, aquellas empresas industriales y comerciales del Estado que no estén en competencia ni desarrollen su actividad en mercados regulados están sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y las normas que lo complementan, como lo dispone el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007.

**SECOP II – Deber de publicidad – Alcance**

[…] con fundamento en las consideraciones expuestas en ese momento, puede decirse que del hecho de que todas las entidades públicas, sin importar su naturaleza jurídica o régimen de contratación, deban publicar los procesos contractuales en los que ejecutan recursos públicos, no se deriva que siempre tengan que hacerlo en el SECOP II, ya que al uso obligatorio de esta plataforma está vinculado a las entidades referidas por la Agencia en las Circulares Externas mencionadas.

**SECOP – EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS – EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO - Deber de publicidad**

Para saber si la publicación debe hacerse en el SECOP II habrá que consultar, por un lado, las Circulares Externas 1 de 2019 y de 2021, así como las circulares externas 2 y 3, y por el otro, establecer si no existe una disposición normativa que establezca el deber de publicar en el SECOP II, como es el caso de la contratación regida por el Decreto 92 de 2017 o la contratación relacionada con los contratos fiduciarios y la «contratación derivada» de estos.

En todo caso, que una entidad en particular aún no se encuentre obligada a hacer uso del SECOP II implica que debe seguir adelantado y gestionando la publicidad de sus procesos de contratación mediante el SECOP I, con excepción de los procesos de contratación derivados de la aplicación del Decreto 92 de 2017, los cuales deben gestionarse a través del SECOP II.

Bogotá, 2 de junio de 2021



Señor

**David Morales**

Bogotá D.C

**Concepto C ‒ 253 de 2021**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | PRINCIPIO DE PUBLICIDAD – Democracia – Estado social de Derecho – Fundamento axiológico / SECOP – Entidades exceptuadas – Información oficial – Auto del 25 de febrero de 2021 – Efectos / SECOP – Entidades exceptuadas – Publicidad – Documentos – Información oficial – Concepto CU-003 / SECOP – Auto del 25 de febrero de 2021 – Publicidad – Mandato vigente / EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS – Naturaleza jurídica especial – Régimen contractual / SECOP II – Deber de publicidad – Alcance / SECOP – EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS – EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO - Deber de publicidad |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta # P20210425003297  |

Estimado señor Morales:

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 20 de abril del 2021.

1. **Problema planteado**

Usted formula la siguiente consulta:

«consulta si las empresas de servicios públicos domiciliarios y las empresas industriales y comerciales del Estado del orden municipal, se encuentran obligadas a publicar su gestión contractual en la plataforma del SECOP, conforme lo ordenado en el fallo de la Sección Tercera, Subsección B del Consejo de Estado del 25 de febrero de 2021».

1. **Consideraciones**

Para responder la consulta se analizarán los siguientes temas: i) fundamento axiológico de la publicidad de la información oficial de la contratación estatal en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública –SECOP–, ii) efectos del auto del Consejo de Estado del 25 de febrero de 2021 sobre la publicación en el SECOP por parte de las entidades estatales con régimen especial de contratación y iii) documentos que deben publicar en el SECOP las entidades estatales que, por regla general, se rigen por el derecho privado en su actividad contractual.

La Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente– unificó su doctrina sobre el deber de las entidades exceptuadas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –o con régimen especial– de publicar sus actuaciones contractuales en el SECOP, en el concepto CU-003 del 15 de enero de 2020. Este concepto se reiterará a continuación, porque, como se explicará, no es contrario al contenido del auto del Consejo de Estado del 25 de febrero de 2021, que motiva la formulación de la consulta.

Adicionalmente, para desarrollar el problema planteado, se explicará el deber de publicidad de la información contractual en el SECOP. La Agencia Nacional de Contratación Pública estudió este tema 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. Las tesis expuestas en los anteriores conceptos fueron unificadas 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-780 del 18 de enero de 2021. Finalmente, como consecuencia del auto del Consejo de Estado del 25 de febrero de 2021, al que alude el peticionario, se expidieron los conceptos C–094, C-137 y C-172, todos del 13 de abril de 2021, reiterados en el concepto C-229 del 24 de mayo de 2021. La tesis de estos conceptos se reitera a continuación:

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

Uno de los postulados más importantes de un Estado social y democrático de derecho es el principio de *publicidad*, pues este permite que las actuaciones de las autoridades gocen de visibilidad. En tal sentido, la filosofía política ha indicado que la democracia «[…] es idealmente el gobierno de un poder visible, es decir, el gobierno cuyos actos se realizan ante el público y bajo la supervisión de la opinión pública»[[2]](#footnote-2). El secreto generalizado en el ejercicio del poder político constituye, por el contrario, una negación de la democracia, porque dificulta la supervisión de las autoridades por parte de la sociedad civil y establece una barrera para la participación ciudadana. Inspirada en esta concepción axiológica, la Constitución Política de 1991 consagra en varios artículos la publicidad como un principio rector del Estado colombiano. Entre los más destacados, puede mencionarse el 209, que afirma que la publicidad es uno de los principios que fundamentan el ejercicio de la función administrativa y el 74, que consagra la garantía de acceso a los documentos públicos que no gocen de reserva –y esta, además, es excepcional, pues solo procede si existe causal constitucional o legal expresa–. En tal perspectiva, la Corte Constitucional ha señalado que el principio de publicidad es la garantía que tienen las personas de conocer las actuaciones judiciales y administrativas. De este modo, indica:

El principio de publicidad se encuentra consagrado en el artículo 209 de la Constitución Política, que señala que la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento entre otros, en el «principio de publicidad», el cual se evidencia en dos dimensiones.

La primera de ellas, como el derecho que tienen las personas directamente involucradas, al conocimiento de las actuaciones judiciales y administrativas, la cual se concreta a través de los mecanismos de comunicación y la segunda, como el reconocimiento del derecho que tiene la comunidad de conocer las actuaciones de las autoridades públicas y, a través de ese conocimiento, a exigir que ellas se surtan conforme a la ley[[3]](#footnote-3).

El principio de publicidad impone a las autoridades administrativas el deber de dar a conocer sus actos, contratos y decisiones, para que se divulguen y eventualmente se controlen dichas actuaciones. Es por eso que, en la contratación estatal, el literal c) del artículo 3 de la Ley 1150 de 2007 establece el Sistema Electrónico para la Contratación Pública –SECOP– como un mecanismo que «contará con la información oficial de la contratación realizada con dineros públicos, para lo cual establecerá los patrones a que haya lugar y se encargará de su difusión a través de canales electrónicos»[[4]](#footnote-4).

De otra parte, la Ley 1712 de 2014 –ley estatutaria que regula la transparencia y el derecho de acceso a la información y a los documentos públicos–, identifica como principios que orientan el derecho de acceso a la información pública, el de máxima publicidad, transparencia en la información y buena fe. El principio de máxima publicidad establece que «toda información en posesión, bajo control o custodia de un sujeto obligado es pública y no podrá ser reservada o limitada sino por disposición constitucional o legal»[[5]](#footnote-5). El principio de transparencia en la información alude al deber de los sujetos de proporcionar y facilitar el acceso a la misma en los términos más amplios posibles, y a través de los medios y procedimientos legales. La ley estatutaria citada establece, en el literal e) del artículo 9, que los sujetos obligados, que son todas las entidades públicas[[6]](#footnote-6), deben publicar la información relativa a su contratación. Esta obligación fue desarrollada por el Decreto Único Reglamentario 1081 de 2015[[7]](#footnote-7), el cual dispuso que la publicación de la información contractual de los sujetos obligados, que contratan con cargo a recursos públicos, debe hacerse en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública ─­ ­SECOP–.

Asimismo, de acuerdo con el literal g) del artículo 11 de la misma Ley, todos los destinatarios de la ley de transparencia deben garantizar la publicidad de «sus procedimientos, lineamientos, políticas en materia de adquisiciones y compras, así como todos los datos de adjudicación y ejecución de contratos, incluidos concursos y licitaciones», y esta información también debe estar en el SECOP. El derecho de acceso a la información pública o de interés público permite a toda persona, sin necesidad de acreditar calidad, interés o condición particular, conocer la existencia de información pública, acceder a la misma y difundirla o publicarla, según su interés[[8]](#footnote-8).

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 la información oficial de la contratación en el SECOP, sin distinción de su régimen jurídico, naturaleza jurídica o la pertenencia a una u otra rama del poder público[[9]](#footnote-9). Este deber, como se verá más adelante, permanece vigente, incluso con el auto del 25 de febrero de 2021. Además, la Circular Externa Única, en el numeral 1.1., estableció, 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, había sido definido, al menos de manera preliminar, por el Consejo de Estado. En este sentido, la Sección Tercera, Subsección C, en el Auto del 14 de agosto de 2017[[10]](#footnote-10), expresó que la obligación prevista en la Circular Externa No. 1 se ajusta a la normativa superior, en los siguientes términos:

[…] 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[[11]](#footnote-11).

Adicionalmente, el deber de hacer pública la información contractual oficial no se determina por la naturaleza de la entidad ejecutora ─pública o privada─, ni por el régimen sustantivo contractual que aplique, sea la Ley 80 de 1993 o un régimen exceptuado. En particular, sobre el deber de publicidad de las entidades con régimen especial, 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[[12]](#footnote-12).

Nótese, entonces, que en ese momento el Consejo de Estado asumió como criterio para determinar la obligatoriedad de publicar en el SECOP que la contratación se realizara con recursos públicos, conclusión que extrajo del literal c) del artículo 3 de la Ley 1150 de 2007. Así, la decisión judicial citada vino a reforzar la obligación de publicar en el SECOP, mandato que además está expresamente consagrado en las Leyes 1150 de 2007, 1712 de 2014 y la Circular Externa Única.

**2.2. Efectos del auto del Consejo de Estado del 25 de febrero de 2021 sobre la publicación en el SECOP por parte de las entidades estatales con régimen especial de contratación**

El 25 de febrero de 2021 la Sección Tercera del Consejo de Estado expidió un auto[[13]](#footnote-13) mediante el cual decretó la suspensión provisional de algunos apartes de las circulares externas No. 1 del 21 de junio de 2013 y No. 20 del 27 de agosto de 2015. Teniendo en cuenta que esta decisión judicial es la razón que motiva la presente consulta, se efectuará una síntesis de la providencia y de los argumentos en los que se apoya el Consejo de Estado. Sin embargo, antes de proceder con ello, es importante hacer tres aclaraciones importantes:

La primera es que la suspensión provisional es una medida cautelar consagrada en el artículo 238 de la Constitución Política[[14]](#footnote-14) y en el artículo 230, numeral 3 de la Ley 1437 de 2011[[15]](#footnote-15), que genera –al menos mientras se expide la sentencia– la pérdida de fuerza ejecutoria de los actos administrativos[[16]](#footnote-16), pero no la pérdida de su presunción de legalidad, pues el artículo 88 de la Ley 1437 de 2011 dispone que esta solo desaparece cuando los actos administrativos «hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo». Por consiguiente, las circulares externas No. 1 del 21 de junio de 2013 y No. 20 del 27 de agosto de 2015 continúan presumiéndose legales.

La segunda precisión es que en el auto que se comentará a continuación, no se declara la suspensión provisional de todo el contenido de las circulares externas No. 1 del 21 de junio de 2013 y No. 20 del 27 de agosto de 2015, sino solo de algunos apartes que utilizan la expresión «actividad contractual», lo que por supuesto, exige determinar en qué estado queda la obligación de las entidades estatales con régimen especial de contratación de publicar la documentación contractual en el SECOP.

La tercera salvedad es que la Circular Externa Única –actualizada el 16 de abril de 2019–[[17]](#footnote-17), la Circular No. 007 de 2020 ­–sobre actualización y diligenciamiento de información en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública – SECOP–[[18]](#footnote-18) y la Circular Nº 23 del 16 de marzo de 2017 –sobre la calidad y oportunidad de la información del Sistema de Compra Pública disponible en el SECOP–[[19]](#footnote-19), permanecen vigentes, pues no fueron tampoco suspendidas por dicho auto. Como se verá, no obstante la suspensión provisional de los apartes de las circulares externas No. 1 del 21 de junio de 2013 y No. 20 del 27 de agosto de 2015, las otras circulares mencionadas, que no fueron suspendidas, continúan estableciendo directrices sobre la publicación de los documentos de la contratación en el SECOP para las entidades estatales que contratan con recursos públicos, incluidas aquellas que tienen régimen especial. Este deber se sustenta no solo en dichas circulares, sino, especialmente, en normas de rango constitucional, legal y reglamentario, como las señaladas en los numerales 2.1. y 2.3. de este concepto. Hechas estas aclaraciones, se comentará el auto del 25 de febrero de 2021.

En ejercicio del medio de control de nulidad simple, dos empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios interpusieron demandas en contra de la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, para que se declarara la nulidad de las circulares externas No. 1 de 21 de junio de 2013 y No. 20 de 27 de agosto de 2015, considerando que dichas circulares se expidieron con falta de competencia e inobservancia de las normas en que deberían fundarse, solicitando a su vez la suspensión provisional de las mismas. En dichas circulares se trata, respectivamente, el deber de publicar la actividad contractual en el SECOP y las condiciones de publicidad de esta información por parte de las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta y las empresas de servicios públicos domiciliarios.

Luego de verificar las condiciones de procedencia de la medida cautelar solicitada, en el auto del 25 de febrero de 2021 la Sección Tercera del Consejo de Estado decreta la suspensión provisional de los apartes de las mencionadas circulares que establecen que dichas entidades deben publicar su *actividad contractual* en el SECOP. Los argumentos en los que se apoya el alto tribunal para suspender provisionalmente tales expresiones son básicamente dos: «(i) las circulares se expidieron por fuera del ámbito de competencia de Colombia Compra Eficiente; y (ii) las Circulares Externas No. 1 de 21 de junio de 2013 y 20 de 27 de agosto de 2015 contrarían lo previsto en el artículo 3o de la Ley 1150 de 2007»[[20]](#footnote-20). La providencia, además, indica que se aparta del auto de la Sección Tercera del 14 de agosto de 2017, que había negado la suspensión provisional de la circular externa No. 1 de 21 de junio de 2013, por considerar que no hace un análisis adecuado sobre la viabilidad de dicha medida y porque no existe en él cosa juzgada.

Por otra parte, en el auto del 25 de febrero de 2021 se sostiene que la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente habría contrariado el literal c) del artículo 3 de la Ley 1150 de 2007, porque en las circulares cuya nulidad se demanda equiparó la expresión «información oficial de la contratación» con la de «actividad contractual». En otras palabras, señala que cuando el artículo 3, literal c) de la Ley 1150 de 2007 establece que el SECOP «Contará con la *información oficial* de la contratación realizada con dineros públicos, […]» (cursiva fuera de texto), la expresión «información contractual» no se puede entender, para las entidades estatales que en la contratación se rigen por el derecho privado, como «actividad contractual», porque ello desconoce que aunque contratan con recursos públicos, el alcance del deber de publicidad en aquellas es diferente del que está radicado en las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública ‒en adelante también EGCAP‒. En consecuencia, para el Consejo de Estado, Colombia Compra eficiente ejerció una potestad reglamentaria sobre el mencionado literal de la Ley 1150 de 2007, para la cual carecía de competencia.

No obstante lo anterior, en el auto bajo análisis la Sección Tercera admite que a las entidades exceptuadas de la aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública *sí* les resulta aplicable el deber de publicar la «información oficial de la contratación» en el SECOP, pero no de la manera como precisó el alcance de dicho mandato la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente en las circulares Nº 1 de 2013 y 20 de 2015. Esto se deduce del siguiente fragmento del auto: «Las Circulares Externas No. 1 de 2013 y 20 de 2015 exceden lo establecido en literal c) del artículo 3o de la Ley 1150 de 2007. Aunque dicho aparte es aplicable a las entidades que no están regidas por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, los actos demandados le dan un alcance indebido a la expresión “información oficial de la contratación”»[[21]](#footnote-21). Para el Consejo de Estado, quien debe decir qué debe entenderse por la expresión «información oficial de la contratación» es el legislador o a lo sumo el gobierno nacional, a través de un decreto reglamentario, y no la Agencia mediante una circular.

Sin embargo, se destaca de nuevo que en el auto del 25 de febrero de 2021 el Consejo de Estado no expresa que las entidades estatales que se rigen por el derecho privado en su actividad contractual no deban publicar la «información oficial de la contratación» en el SECOP. Todo lo contrario. La máxima corporación judicial aclara en varios apartados del auto que el artículo 3 de la Ley 1150 de 2007 –y específicamente, el literal c)– también debe ser acatado por dichas entidades. En efecto, para el Consejo de Estado, hay disposiciones de esta Ley que son transversales a la contratación estatal –o sea, que vinculan también a las entidades exceptuadas–, y que «No hay duda de que el literal c) del artículo 3o pertenece a este grupo de normas. Expresamente establece que ese aparte del artículo se aplica a la “*contratación realizada con dineros públicos*”. Para su aplicación resulta irrelevante el régimen contractual del contrato. La publicación de la información oficial de la contratación debe realizarse si los negocios jurídicos adelantados fueron financiados con recursos públicos»[[22]](#footnote-22).

El Consejo de Estado admite, por tanto, en armonía con lo sostenido por esta Agencia, que el mandato de publicar la «información oficial de la contratación» se predica de la contratación *con recursos públicos*, independientemente de si es adelantada por una entidad estatal sometida o exceptuada del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública ‒EGCAP‒. Sin embargo, aclara que el alcance de dicha obligación no es igual para las entidades que se rigen por la Ley 80 de 1993 y demás normas complementarias, que para las que aplican el derecho privado o cuentan con un régimen especial. Al respecto, afirma que mientras que una entidad sometida al EGCAP debe publicar «todos los actos relacionados con la actividad contractual», esto mismo no lo exige el artículo 3 de la Ley 1150 de 2007 para las entidades exceptuadas de dicho Estatuto. Según el alto tribunal, esta interpretación es acorde con los principios de publicidad y de la gestión fiscal, consagrados en los artículo 209 y 267 de la Constitución, respectivamente, así como con los principios de igualdad y de libertad de empresa previstos en los artículos 13 y 333 de la misma Carta, en la medida en que, como la mayoría de las entidades exceptuadas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública actúan en competencia en el mercado, exigir que deban publicar en el SECOP la información de toda la actividad contractual podría ponerlas en una situación de desventaja respecto de sus competidores.

Sin embargo, como se indicó al inicio de este numeral, en el auto del 25 de febrero de 2021 no se decreta la suspensión provisional de todo el contenido de las circulares No. 1 de 2013 y No. 20 de 2015, sino de las expresiones que empleaban la frase «actividad contractual». De este modo, siendo coherente con la argumentación utilizada en la providencia, el Consejo de Estado mantiene incólume el deber de las entidades exceptuadas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública de publicar la «información oficial de la contratación» en el SECOP. En efecto, con el mencionado auto dichas circulares *quedaron vigentes*, redactadas en los siguientes términos –solo hay que entender suspendidas las expresiones tachadas–:

Circular Externa No. 1 del 21 de junio de 2013:

*<<Para: Entidades que contratan con recursos públicos*

*Asunto: Publicación ~~de la actividad contractual~~ en el SECOP*

*La Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente- en cumplimiento de su objetivo como ente rector del sistema de compras y contratación pública, recuerda a todas las entidades del Estado la obligación de publicar ~~su actividad contractual~~ en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública -SECOP-.*

*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. Las instituciones que ejecutan recursos públicos sin ser entidades del Estado están obligadas a publicar en el SECOP ~~su actividad contractual~~ que se ejecute con cargo a recursos públicos.*

*La publicación en gacetas locales, regionales o diarios de amplia circulación nacional, departamental o municipal solamente es obligatoria cuando es la forma de cumplir con una obligación de carácter tributario establecida en acuerdos u ordenanzas, y en ningún caso remplaza la publicación en el SECOP.*

*Las entidades que contraten de acuerdo con regímenes especiales deben publicar ~~la actividad contractual~~ en el SECOP utilizando la clasificación "régimen especial".*

*En http://www.colombiacompra.gov.co/es/compradores está publicado el instructivo para obtener el permiso para publicar ~~la actividad contractual~~. Si tiene dudas sobre el particular comuníquese en Bogotá al 5953525 opción 5 y para el resto del país al 018000952525 opción 5.>>*

Circular Externa No. 20 del 27 de agosto de 2015:

*<<Para: Entidades que contratan con recursos públicos*

*Asunto: Publicidad de las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta y las empresas de servicios públicos domiciliarios que en su actividad comercial están en situación de competencia.*

*La Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente- en cumplimiento de su objetivo como ente rector del sistema de compra y contratación pública, da alcance a la Circular Externa 1 de 2013 para establecer las condiciones de publicidad ~~de la actividad contractual~~ de las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta y las empresas de servicios públicos domiciliarios que en su actividad comercial están en situación de competencia.*

*Las entidades destinatarias de la presente Circular Externa pueden utilizar sus sistemas de información propios para efectos de la publicidad ~~de la actividad contractual~~ cuando estos permitan hacer el proceso de contratación en línea, además de permitir a los proveedores y al público en general tener acceso oportuno, permanente e ininterrumpido a la información ~~de su actividad contractual~~. La información ~~de la actividad contractual~~ debe cumplir los plazos y requerimientos de las normas aplicables en materia de contratación y de acceso a la información, respetando la información y documentos reservados de acuerdo con la normativa aplicable.*

*Para que la información de la contratación con cargo a recursos públicos esté disponible al público en general en un solo sitio de internet, Colombia Compra Eficiente y las entidades destinatarias de la presente Circular Externa que cuentan con sistemas de información propios, deben disponer de un hipervínculo que comunique al SECOP con los sistemas de información de las entidades mencionadas antes del 30 de noviembre de 2015. Las entidades destinatarias de la presente Circular Externa cuyos sistemas de información propios no cumplan las condiciones señaladas, deben publicar ~~su actividad contractual~~ en el SECOP utilizando la clasificación "régimen especial”.>>*

No cabe entonces duda alguna de que, aún a pesar de la expedición del auto del 25 de febrero de 2021, las entidades que cuentan con un régimen especial de contratación conservan el deber de publicar la información oficial de la contratación con recursos públicos en el SECOP. Dicha obligación se fundamenta, entre otros, en los siguientes enunciados normativos: i) los artículos 74 y 209 de la Constitución, ii) el artículo 3, literal c) de la Ley 1150 de 2007, iii) los artículos 3, 9, literal e) y 11, literal g), de la Ley 1712 de 2014, iv) los artículos 7 al 10 del Decreto 103 de 2015 –compilado en los artículos 2.1.1.1.1. al 2.1.1.6.1. del Decreto 1081 de 2015– y v) las circulares No. 1 del 21 de junio de 2013, No. 20 del 27 de agosto de 2015, No. 23 del 16 de marzo de 2017, No. 007 de 2020 y la Circular Externa Única –actualizada el 16 de abril de 2019–[[23]](#footnote-23), de la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente.

Ahora, en lo que respecta al contenido o alcance de la expresión «información oficial de la contratación», empleada por el Congreso de la República en el artículo 3, literal c) de la Ley 1150 de 2007, la Agencia Nacional de Contratación Pública considera que el auto del 25 de febrero de 2021 no afecta la interpretación adoptada por esta misma Agencia en el Concepto CU-003 del 15 de enero de 2020 y, en consecuencia, mantendrá los argumentos que allí se expusieron y que a continuación se reproducirán. Pero, antes de eso, se explica por qué el referido auto no se aparta de la interpretación que en el siguiente numeral de este concepto reiterará la Subdirección de Gestión Contractual:

a) En dicha providencia se dice que la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente carece de competencia para expedir un reglamento que establezca por vía de autoridad qué significa «información oficial de la contratación» para una entidad estatal con régimen contractual excepcional o de derecho privado. Sin embargo, tal afirmación no niega la competencia de la Agencia para resolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. Esta habilitación se encuentra en el numeral 8 del artículo 11 y en el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011. Además, como es sabido, la interpretación realizada por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente en los conceptos que profiere no tiene carácter vinculante y, por lo tanto, no es un reglamento, sino que es un criterio doctrinario o auxiliar, según el efecto que a aquellos les confiere el segundo inciso del artículo 230 de la Constitución Política y el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011.

b) En el auto del 25 de febrero de 2021 la Sección Tercera del Consejo de Estado señala que las entidades exceptuadas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –es decir, las que cuentan con un régimen especial, preponderantemente de derecho privado– no deben publicar la misma información en el SECOP que las sometidas a dicho Estatuto. Pues bien, en el concepto CU-003 del 15 de enero de 2020 Colombia Compra Eficiente acoge una tesis similar, explicando cuáles deberían ser entonces los documentos que han de publicar en el SECOP las entidades que se rigen por el derecho privado en su contratación, que no son los mismos que aquellos que deben publicar las que se rigen por la Ley 80 de 1993 y demás disposiciones complementarias de esta.

c) En el concepto CU-003 del 15 de enero de 2020 la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se fundamenta, para concluir cuáles son los documentos que deben publicar en el SECOP las entidades estatales que cuentan con un régimen especial, en el artículo 3, literal c) de la Ley 1150 de 2007, en el artículo 11, literal g) de la Ley 1712 de 2014 y en los artículos 7 al 10 del Decreto 103 de 2015 –compilado en los artículos 2.1.1.1.1. al 2.1.1.6.1. del Decreto 1081 de 2015–. Es decir, la Agencia respetó el régimen legal y reglamentario que en la actualidad desarrolla el derecho de transparencia y de acceso a la información pública. Por ende, el auto del Consejo de Estado del 25 de febrero de 2021 no es contrario a la interpretación aquí expuesta.

**2.3. Documentos que deben publicar en el SECOP las entidades estatales de régimen especial. Reiteración del concepto CU-003 del 15 de enero de 2020**

Determinada la obligación que tienen las entidades sujetas a un régimen especial de publicar la información oficial de su contratación con recursos públicos en el SECOP, a continuación se identificarán los documentos que deben publicar, no sin antes explicar la posición que la Agencia Nacional de Contratación Pública ─ Colombia Compra Eficiente adoptó desde el 2016 hasta el 2019. Posteriormente, se reiterará el concepto CU-003 del 15 de enero de 2020, que contiene la tesis que actualmente acoge la Agencia.

Primero, en respuesta a la consulta identificada con el radicado No. 41612000877 del 15 de febrero de 2016, la Agencia señaló que las empresas industriales y comerciales del Estado, las empresas de servicios públicos domiciliarios y las sociedades de economía mixta –sometidas a un régimen especial de contratación– debían publicar en el SECOP todos los documentos del proceso que define el Decreto 1082 de 2015, así como lo relativo a la ejecución del contrato. Lo anterior, a partir de lo dispuesto en el literal c) del artículo 3 de la Ley 1150 de 2007[[24]](#footnote-24). En este sentido, reconoció la obligatoriedad, por parte de las entidades de régimen especial, de publicar su *actividad contractual* en el SECOP. De este modo, con fundamento en el artículo 2.2.1.1.1.3.1 del Decreto 1082 de 2015, normativa que aplica a las entidades que se rigen por la Ley 80 de 1993, indicó que los documentos del proceso que se enunciaban allí también eran los que debían publicar las entidades exceptuadas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Posteriormente, en el año 2018, cambió el fundamento normativo que define los documentos que las entidades de régimen especial debían publicar en el SECOP. Así, en el concepto con radicado No. 4201814000008329 del 8 de octubre de 2018, la Agencia dijo que en virtud del artículo 11 de la Ley 1712 de 2014, los destinatarios de las normas contenidas en la ley de transparencia debían publicar los procedimientos, lineamientos, políticas en materia de adquisiciones y compras, así como todos los datos de adjudicación y ejecución de contratos, incluidos concursos y licitaciones. Por lo tanto, los documentos que se debían publicar eran los previstos en el manual de contratación de cada entidad de régimen especial para la adquisición de un bien o servicio, y no los que definía el artículo 2.2.1.1.1.3.1 del Decreto 1082 de 2015[[25]](#footnote-25).

Conforme a lo anterior, en un primer momento la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente definió los documentos del proceso que las entidades de régimen especial debían publicar en el SECOP, con fundamento en el artículo 2.2.1.1.1.3.1 del Decreto 1082 de 2015. En un segundo momento se identificaron los documentos en virtud del literal g), del artículo 11 de la Ley 1712 de 2014 y lo previsto en el Decreto 103 de 2015 –compilado en los artículos 2.1.1.1.1. al 2.1.1.6.1. del Decreto 1081 de 2015–. Esta posición –que fue la acogida y desarrollada en el concepto de unificación CU-003 de 2020– es la que se reiterará a continuación.

En efecto, 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»–, señala en el artículo 11, literal g), que todo *sujeto obligado* –y las entidades estatales con régimen especial de contratación lo son– debe publicar sus procedimientos, lineamientos, políticas en materia de adquisiciones y compras, así como todos los datos de adjudicación y ejecución de sus contratos. Lo anterior implica que se deberá publicar cada procedimiento para la adquisición de un producto o servicio, incluidos los datos de adjudicación y ejecución del contrato.

Luego, el Decreto reglamentario 103 de 2015 –«Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 1712 de 2014 y se dictan otras disposiciones»– establece en el artículo 8 –artículo 2.1.1.2.1.8. del Decreto 1081 de 2015–, 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[[26]](#footnote-26). Por su parte, el artículo 9 del Decreto 103 de 2015 –artículo 2.1.1.2.1.9. del Decreto 1081 de 2015– 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 haya expedido de acuerdo con los lineamientos de la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, el cual debe publicarse en el sitio web del sujeto obligado[[27]](#footnote-27). Finalmente, el artículo 10 del Decreto 103 de 2015 –artículo 2.1.1.2.1.10. del Decreto 1081 de 2015– consagra la obligación que tienen las entidades estatales de publicar en el SECOP el Plan Anual de Adquisiciones[[28]](#footnote-28).

De conformidad con lo anterior, el Decreto 103 de 2015 –compilado en los artículos 2.1.1.1.1. al 2.1.1.6.1. del Decreto 1081 de 2015– preceptúa que los documentos que deben publicar las entidades estatales, entre estas las empresas industriales y comerciales del Estado que actúan en competencia o en mercados regulados, las sociedades de economía mixta que se encuentren en la misma condición o que tenga capital privado igual o superior al 50% de todo el capital social, las empresas de servicios públicos domiciliarios, las universidades públicas, y en general todas las entidades estatales con régimen especial de contratación, son: i) las autorizaciones, requerimientos, aprobaciones o informes del supervisor o del interventor, que prueben la ejecución del contrato, ii) los procedimientos, lineamientos y políticas en materia de adquisición que corresponden a los documentos que los conforman, previstos en el manual de contratación de la entidad, y finalmente, iii) el plan anual de adquisiciones.

En relación con el segundo grupo de documentos, debido a que estas entidades están sometidas al derecho privado y, por lo tanto, no celebran sus procesos de contratación mediante las modalidades previstas en la Ley 80 de 1993, cada una definirá en su manual el procedimiento para contratar sus bienes y servicios. En este sentido, la entidad lo hará ya sea por medio de un procedimiento público, mediante el cual se realice una convocatoria y una evaluación para seleccionar la oferta más favorable, o a través de una contratación directa, cuando no es necesario efectuar un proceso competitivo. En estos casos, el manual definirá las etapas y los documentos que forman parte del procedimiento que realicen, y se publicarán en la plataforma del SECOP para cada procedimiento de contratación que se adelante, incluido el acto de adjudicación –o de selección de la oferta en la policitación regulada en el artículo 860 del Código de Comercio–, por expresa disposición del literal g) del artículo 11 de la Ley 1712 de 2014.

Por lo tanto, en estos casos aplica la Ley 1712 de 2014 y el Decreto 103 de 2015, no el Decreto 1082 de 2015, porque esta última norma rige a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación Pública, y por lo tanto no aplica a las entidades exceptuadas de dicho Estatuto que, por regla general, se rigen por el derecho privado. Por su parte, la Ley 1712 de 2014 y el Decreto reglamentario 103 de 2015 –compilado en los artículos 2.1.1.1.1. al 2.1.1.6.1. del Decreto 1081 de 2015– le aplican a cualquier entidad pública, incluyendo las pertenecientes a todas las ramas del poder público, en todos los niveles de la estructura estatal, central o descentralizada por servicios o territorialmente, en los órdenes nacional, departamental, municipal y distrital.

Se concluye entonces que no puede entenderse que con la expedición del auto del Consejo de Estado del 25 de febrero de 2021 las entidades exceptuadas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública o que cuentan con un régimen contractual especial quedaron eximidas de la obligación de publicar en el SECOP la información oficial de la contratación que realicen con recursos públicos. Primero, porque precisamente dicho auto indica que el artículo 3, literal c), de la Ley 1150 de 2007 también les resulta aplicable a dichas entidades, independientemente de su régimen contractual. Segundo, porque estas deben garantizar los principios de publicidad y transparencia, previstos en los artículos 209 y 74 de la Constitución Política. Tercero, porque las entidades estatales –incluidas las que se rigen generalmente por el derecho privado en materia contractual–, al ser *sujetos obligados* a garantizar el derecho de acceso a la información y a los documentos públicos, deben publicar en el SECOP los documentos a los que se refiere el literal e), del artículo 9 y el literal g), del artículo 11, de la Ley 1712 de 2014, como los artículos 7 al 10 del Decreto 103 de 2015 –compilado en los artículos 2.1.1.1.1. al 2.1.1.6.1. del Decreto 1081 de 2015–. Cuarto, porque, el auto del 25 de febrero de 2021 no suspende todo el contenido de las circulares No. 1 del 21 de junio de 2013 y No. 20 del 27 de agosto de 2015, sino solo las expresiones que utilizan la frase «actividad contractual», quedando vigente lo demás –que continúa estableciendo el referido deber–. Quinto, porque el imperativo de publicar en el SECOP la información oficial de la contratación se desprende además de las circulares No. 23 del 16 de marzo de 2017 y No. 007 de 2020, así como de la Circular Externa Única –actualizada el 16 de abril de 2019–, las cuales se encuentran vigentes.

**2.4. Empresas de servicios públicos domiciliarios**

El artículo 365 de la Constitución Política establece que los servicios públicos domiciliarios «podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas o por particulares», pero que «[e]n todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios». En desarrollo de esta habilitación superior, el Congreso de la República dispuso, en el artículo 15 de la Ley 142 de 1994, que pueden actuar como operadores de servicios públicos domiciliarios: i) «Las empresas de servicios públicos» –oficiales, mixtas y privadas–, ii) «Las personas naturales o jurídicas que produzcan para ellas mismas, o como consecuencia o complemento de su actividad principal, los bienes y servicios propios del objeto de las empresas de servicios públicos, iii) «Los municipios cuando asuman en forma directa, a través de su administración central, la prestación de los servicios públicos, conforme a lo dispuesto en esta Ley», y iv) «Las organizaciones autorizadas conforme a esta Ley para prestar servicios públicos en municipios menores en zonas rurales y en áreas o zonas urbanas específicas».

Por su parte, el artículo 14 de la Ley 142 de 1994 contiene las definiciones para la correcta aplicación e interpretación del régimen de servicios públicos domiciliarios. Esta norma define las empresas de servicios públicos oficial, la mixta y la privada, en los siguientes términos:

14.5. Empresa de servicios públicos oficial. Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o estas tienen el 100% de los aportes.

14.6. Empresa de servicios públicos mixta. Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o éstas tienen aportes iguales o superiores al 50%.

14.7. Empresa de servicios públicos privada. Es aquella cuyo capital pertenece mayoritariamente a particulares, o a entidades surgidas de convenios internacionales que deseen someterse íntegramente para estos efectos a las reglas a las que se someten los particulares.

A su turno, el artículo 17 de la ley citada señala que «las empresas de servicios públicos son sociedades por acciones cuyo objeto es la prestación de los servicios públicos de que trata esta ley».

De otro lado, el artículo 38 de la Ley 489 de 1998 determina la integración de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, y en su literal d) señala que las empresas sociales del Estado y las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios pertenecen a las entidades de la Rama Ejecutiva del sector descentralizado por servicios. El artículo 68 de esta ley, al listar las entidades descentralizadas del orden nacional, se refirió únicamente a las empresas oficiales de servicios públicos, esto es, aquellas en las que la participación del Estado es del 100%[[29]](#footnote-29).

Lo anterior llevó a pensar que el legislador excluyó de la Rama Ejecutiva a las empresas de servicios públicos mixtas –capital público superior al 50%– y las privadas –capital público inferior al 50%–. Sin embargo, la Corte Constitucional determinó que tanto las empresas de servicios públicos mixtas como las privadas hacían parte de la Rama Ejecutiva, toda vez que el literal g) del artículo 38 de la Ley 489 de 1998 dice: «g) Las demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la ley para que formen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público».

La Corte Constitucional, además de señalar la pertenencia a la Rama Ejecutiva de las empresas de servicios públicos mixtas y privadas, también sostuvo que se trataba de entidades descentralizadas por servicios, en los términos del artículo 68 de la Ley 489 de 1998[[30]](#footnote-30). En esta providencia también aclaró que las empresas prestadoras de servicios públicos, de carácter mixto o privado, no son empresas de economía mixta. La anterior conclusión fue fundamentada sobre la idea del carácter o naturaleza especial que la Constitución otorgó a las empresas de servicios públicos[[31]](#footnote-31).

Así las cosas, las empresas de servicios públicos tienen una naturaleza jurídica especial que viene dada directamente por el artículo 356 de la Constitución Política, y el hecho de que su composición accionaria pueda estar compartida por recursos públicos y privados no las convierte en sociedades de economía mixta, pues las empresas en cuestión tienen su clasificación propia dependiendo de la composición de su capital accionario: empresas de servicios públicos oficiales, mixtas y privadas. Ahora, sin importar su clasificación, todas hacen parte de la Rama Ejecutiva del sector descentralizado por servicios.

En cuanto al régimen jurídico de contratación de las empresas de servicios públicos, el inciso primero del artículo 31 de la Ley 142 de 1994 señala que «[l]os contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa».

De esta manera, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 sobre la aplicación de los principios de la función administrativa, la gestión fiscal, las inhabilidades e incompatibilidades, el régimen jurídico aplicable a los contratos que celebren las empresas de servicios públicos, incluso para las oficiales y las mixtas, es el contenido en el derecho civil y comercial, esto es, por regla general no están sometidas a la Ley 80 de 1993[[32]](#footnote-32). Sin embargo, ello no las exime del deber de publicar su actividad contractual, cuando ejecuten recursos públicos.

**2.5. Empresas Industriales y Comerciales del Estado**

Dentro de la estructura de la Administración pública se encuentran las entidades descentralizadas por servicios, y dentro de dicha categoría se ubican las empresas industriales y comerciales del Estado, las cuales –sin perjuicio del control de tutela– tienen personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio.Estas entidades, como su nombre lo indica, se caracterizan por desarrollar actividades de carácter industrial o comercial. Así, por ejemplo, son empresas industriales y comerciales del Estado la Imprenta Nacional de Colombia, Coljuegos, Indumil, la Caja Promotora de Vivienda Militar y de Policía, Colpensiones, entre otras.

 Considerando la actividad desarrollada, se itera, de carácter industrial o comercial, el régimen jurídico aplicable a estas empresas difiere del que corresponde a otras entidades descentralizadas funcionalmente o por servicios, como las superintendencias con personería jurídica, los establecimientos públicos o las unidades administrativas especiales, pues la regla general es el derecho privado, salvo excepciones legales y las contenidas en el acto de creación o en los estatutos de la respectiva empresa industrial o comercial del Estado.

 Sobre el régimen de contratación, el artículo 2 de la Ley 80 de 1993 –en concordancia con el artículo 93 de la Ley 489 de 1998– incorporó a las empresas industriales y comerciales del Estado dentro de la categoría de entidades estatales[[33]](#footnote-33). Para estos efectos, el numeral 1, literal m), del artículo 24 del Estatuto General –derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007– permitía la contratación directa de los bienes y servicios requeridos para el desarrollo de su objeto social, exceptuado los contratos de obra, consultoría, concesión, encargos fiduciarios y fiducia pública[[34]](#footnote-34).

 Actualmente, el artículo 14 de Ley 1150 de 2007 distingue entre las empresas industriales y comerciales del Estado que desarrollan sus actividades en competencia con los particulares y las que no: mientras los contratos de estas últimas regresan a las normas de la Ley 80 de 1993, los de aquellas permanecen dentro del Código Civil y de Comercio, lo que –respecto al contenido del artículo 85 de la Ley 489 de 1998– implica un retorno parcial del derecho administrativo. De esta manera, la norma anteriormente citada dispone lo siguiente:

Artículo 14. Modificado por la Ley 1474 de 2011, artículo 93. 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.

 En esta medida, las empresas industriales y comerciales del Estado que no estén en competencia ni desarrollen su actividad en mercados regulados están sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y las normas que lo complementan. Conforme al literal g) del artículo 2.2 de la Ley 1150 de 2007, estos contratos siguen las reglas del procedimiento de selección abreviada, exceptuados los del artículo 32 de la Ley 80 de 1993[[35]](#footnote-35). En contraste, el régimen contractual de las empresas industriales y comerciales del Estado que se encuentren en competencia o en mercados regulados es el propio de tales actividades, esto es, por regla general, el derecho privado. De acuerdo con la jurisprudencia, la exclusión de estas últimas se justifica en el principio de igualdad, ya que si Estado desarrolla actividades de los particulares, debe actuar no solo desprovisto de poderes exorbitantes sino también con la misma eficacia y eficiencia que los sujetos de derecho privado. No en vano:

La razón de ser de la aplicación del régimen de derecho privado a estas entidades radica en la necesidad de que en su actividad industrial y comercial, tradicionalmente ajena al Estado y propia de los particulares, ellas actúen en términos equivalentes a éstos cuando realicen actividades similares, sin tener prerrogativas exorbitantes que atenten contra el derecho a la igualdad ni estar sujetas a procedimientos administrativos que entraben sus actuaciones y las pongan en situación de desventaja frente a sus competidores.

Se trata pues, de que sus actividades de explotación industrial o comercial se desarrollen con las mismas oportunidades y las mismas ventajas o desventajas que las adelantadas por aquellos, sin que influya para nada su investidura de entidad estatal; que puedan actuar como particulares, frente a las exigencias de la economía y del mercado.

Por ello, la regla general es que en sus actos y contratos rijan las normas de derecho privado, salvo en cuanto a sus relaciones con la Administración y en aquellos casos en los que por expresa disposición legal ejerzan alguna función administrativa, puesto que allí sí deberá dar aplicación a las reglas de derecho público pertinentes[[36]](#footnote-36).

Por lo tanto, el régimen contractual de las empresas industriales y comerciales del Estado que estén en competencia o desarrollen su actividad en mercados regulados es el propio de tal actividad, esto es, por regla general, el derecho privado, salvo las excepciones legales o las contenidas en el acto de creación o en los estatutos de la respectiva empresa industrial o comercial del Estado. Aunque estos contratos están excluidos de la Ley 80 de 1993, no se rigen exclusivamente por el derecho civil y comercial, pues –conforme al artículo 13 de la Ley 1150 de 2007– aplican tanto los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal como el régimen de inhabilidades e incompatibilidades. Por el contrario, aquellas empresas industriales y comerciales del Estado que no estén en competencia ni desarrollen su actividad en mercados regulados están sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y las normas que lo complementan, como lo dispone el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007. En todo caso, independiente del régimen, eso no las exime del deber de publicar su actividad contractual, cuando ejecuten recursos públicos.

**2.6 Alcance del deber de publicidad** **en la plataforma del SECOP**

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente tiene como función administrar el SECOP[[37]](#footnote-37), por lo cual desarrolló la primera versión de la plataforma, denominada SECOP I, que funciona como medio de publicidad y no transaccional, lo que significa que, en la práctica, el procedimiento contractual ocurre fuera de la plataforma y del mismo la entidad lleva un expediente físico, cuyos documentos se convierten en electrónicos para ser cargados, por quien tenga la función dentro de la entidad, de acuerdo con su organización interna y en cumplimiento de un deber legal.

El SECOP II es la segunda versión de la plataforma y su principal característica es que es transaccional, esto es, permite gestionar en línea todos los procedimientos de contratación, con cuentas y usuarios asociados a éstas, para las entidades y los proveedores, así como también el acceso para consulta por parte de cualquier interesado en hacer seguimiento a la contratación pública. Desde sus cuentas, las entidades crean, evalúan y adjudican procedimientos de contratación, y gestionan la fase de ejecución del contrato. Los proveedores, por su parte, pueden hacer comentarios a los documentos del procedimiento, presentar ofertas y, en general, seguir el procedimiento de selección en línea.

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

Colombia Compra Eficiente realizó el despliegue de SECOP II a nivel territorial en el 2018 y 2019, por lo cual se expidió la Circular Externa No. 1 de 2019 sobre la obligatoriedad del uso del SECOP II en el 2020, que dispone: «a partir del 1 de enero de 2020, todos los procesos de contratación de las entidades relacionadas en el Anexo 1 de esta circular deberán gestionarse, exclusivamente, en el SECOP ll». Son las entidades públicas relacionadas en dicho anexo las obligadas al uso de la plataforma que se estudia.

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

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

Finalmente, el pasado 10 de febrero de 2021 la Agencia expidió la Circular Externa No. 1 de 2021 por medio de la cual se determina la obligatoriedad del SECOP II para la vigencia del 2021 para las entidades estatales listadas en el Anexo No. 1 de esta circular.

Así las cosas, con fundamento en las consideraciones expuestas en ese momento, puede decirse que del hecho de que todas las entidades públicas, sin importar su naturaleza jurídica o régimen de contratación, deban publicar los procesos contractuales en los que ejecutan recursos públicos, no se deriva que siempre tengan que hacerlo en el SECOP II, ya que al uso obligatorio de esta plataforma está vinculado a las entidades referidas por la Agencia en las Circulares Externas mencionadas. En efecto, en el concepto C-151 de 2020 se concluyó lo siguiente:

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

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

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

Para saber si la publicación debe hacerse en el SECOP II habrá que consultar, por un lado, las Circulares Externas 1 de 2019 y de 2021, así como las circulares externas 2 y 3, y por el otro, establecer si no existe una disposición normativa que establezca el deber de publicar en el SECOP II, como es el caso de la contratación regida por el Decreto 92 de 2017 o la contratación relacionada con los contratos fiduciarios y la «contratación derivada» de estos.

En todo caso, que una entidad en particular aún no se encuentre obligada a hacer uso del SECOP II implica que debe seguir adelantado y gestionando la publicidad de sus procesos de contratación mediante el SECOP I, con excepción de los procesos de contratación derivados de la aplicación del Decreto 92 de 2017, los cuales deben gestionarse a través del SECOP II.

En todo caso, le informamos que, actualmente, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente – ANCP – CCE, no ha establecido una fecha exacta a partir de la cual será obligatorio el uso del SECOP II para las entidades que no se encuentran incluidas en los Anexos de las Circulares No.1 de 2019 y 2021. Cuando sea establecida, la ANCP – CCE notificará con la suficiente anticipación, a través los canales de comunicación oficiales, con el fin de coordinar los servicios de capacitación y acompañamiento correspondientes.

Si desea conocer información sobre el funcionamiento técnico de SECOP II puede consultar las guías y manuales dispuestos por la ANCP- CCE en el minisitio de SECOP II en el siguiente enlace <https://www.colombiacompra.gov.co/secop-ii>.

Finalmente, en caso de tener dudas sobre las herramientas puede acceder a la Mesa de Servicio de la ANCP - CCE a través de los canales especificados en este enlace: <https://www.colombiacompra.gov.co/mesa-de-servicio>.

**3. Respuesta**

«consulta si las empresas de servicios públicos domiciliarios y las empresas industriales y comerciales del Estado del orden municipal, se encuentran obligadas a publicar su gestión contractual en la plataforma del SECOP, conforme lo ordenado en el fallo de la Sección Tercera, Subsección B del Consejo de Estado del 25 de febrero de 2021».

De conformidad con las consideraciones, no puede entenderse que con la expedición del auto del Consejo de Estado del 25 de febrero de 2021 las entidades exceptuadas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública o que cuentan con un régimen contractual especial quedaron eximidas de la obligación de publicar en el SECOP la información oficial de la contratación que realicen con recursos públicos. Primero, porque precisamente dicho auto indica que el artículo 3, literal c), de la Ley 1150 de 2007 también les resulta aplicable a dichas entidades, independientemente de su régimen contractual. Segundo, porque estas deben garantizar los principios de publicidad y transparencia, previstos en los artículos 209 y 74 de la Constitución Política. Tercero, siendo esto bastante relevante, porque las entidades estatales –incluidas las que se rigen generalmente por el derecho privado en materia contractual–, al ser *sujetos obligados* a garantizar el derecho de acceso a la información y a los documentos públicos, deben publicar en el SECOP los documentos a los que se refiere el literal e), del artículo 9 y el literal g), del artículo 11, de la Ley 1712 de 2014, como los artículos 7 al 10 del Decreto 103 de 2015 –compilado en los artículos 2.1.1.1.1. al 2.1.1.6.1. del Decreto 1081 de 2015––, de manera que de estas normas se derivan estos deberes concretos. Cuarto, porque, el auto del 25 de febrero de 2021 no suspende todo el contenido de las circulares No. 1 del 21 de junio de 2013 y No. 20 del 27 de agosto de 2015, sino solo las expresiones que utilizan la frase «actividad contractual», quedando vigente lo demás –que continúa estableciendo el referido deber–. Quinto, porque el imperativo de publicar en el SECOP la información oficial de la contratación se desprende además de las circulares No. 23 del 16 de marzo de 2017 y No. 007 de 2020, así como de la Circular Externa Única –actualizada el 16 de abril de 2019–, las cuales se encuentran vigentes.

Para saber si la publicación debe hacerse en el SECOP II habrá que consultar, por un lado, las Circulares Externas 1 de 2019 y de 2021, así como las circulares externas 2 y 3, y por el otro, establecer si no existe una disposición normativa que establezca el deber de publicar en el SECOP II, como es el caso de la contratación regida por el Decreto 92 de 2017 o la contratación relacionada con los contratos fiduciarios y la «contratación derivada» de estos.

En todo caso, que una entidad en particular aún no se encuentre obligada a hacer uso del SECOP II, implica que debe seguir adelantado y gestionando la publicidad de sus procesos de contratación mediante el SECOP I con excepción de los procesos de contratación derivados de la aplicación del Decreto 92 de 2017, los cualesdeben gestionarse a través del SECOP II.

Finalmente, le informamos que, actualmente, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, no ha establecido una fecha exacta a partir de la cual será obligatorio el uso del SECOP II para las entidades que no se encuentran incluidas en los Anexos de las Circulares No.1 de 2019 y 2021. Cuando sea establecida, la ANCP – CCE, notificará con la suficiente anticipación, a través los canales de comunicación oficiales, con el fin de coordinar los servicios de capacitación y acompañamiento correspondientes.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Nathalia Urrego JiménezContratista 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 ANCP – CCE |

1. Ibíd. [↑](#footnote-ref-1)
2. BOBBIO, Norberto. Democracia y secreto. México: Fondo de Cultura Económica, 2013. p. 27. [↑](#footnote-ref-2)
3. Corte Constitucional. Sentencia C- 341 del 4 de junio de 2014. M. P. Mauricio González Cuervo. [↑](#footnote-ref-3)
4. 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-4)
5. 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-5)
6. 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-6)
7. «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-7)
8. Corte Constitucional. Sentencia C‒274 de 9 de mayo de 2013. M.P. María Victoria Calle Correa. [↑](#footnote-ref-8)
9. «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-9)
10. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. [↑](#footnote-ref-10)
11. 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-11)
12. Ibíd. [↑](#footnote-ref-12)
13. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. Auto del 25 de febrero de 2021. Consejero Ponente: Martín Bermúdez Muñoz. Expedientes acumulados: 56.151, 56.160, 56.162, 56.163 y 58.711. [↑](#footnote-ref-13)
14. Esta norma establece: «La jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial». [↑](#footnote-ref-14)
15. Este enunciado normativo dispone que «Las medidas cautelares podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, y deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda. Para el efecto, el Juez o Magistrado Ponente podrá decretar una o varias de las siguientes medidas:

»[…]

»3. Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo.

»[…]». [↑](#footnote-ref-15)
16. En efecto, el artículo 91 de la Ley 1437 de 2011 dice que «Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos en firme serán obligatorios mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Perderán obligatoriedad y, por lo tanto, no podrán ser ejecutados en los siguientes casos:

1. Cuando sean suspendidos provisionalmente sus efectos por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

[…]». [↑](#footnote-ref-16)
17. En sitio web:

https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce\_public/files/cce\_circulares/cce\_circular\_unica.pdf [↑](#footnote-ref-17)
18. En sitio web:

https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce\_public/files/cce\_circulares/circular\_007\_de\_2020\_uso\_secop.pdf [↑](#footnote-ref-18)
19. En sitio web:

https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce\_public/files/cce\_circulares/20170316circularinformacion.pdf [↑](#footnote-ref-19)
20. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. Auto del 25 de febrero de 2021. Consejero Ponente: Martín Bermúdez Muñoz. Expedientes acumulados: 56.151, 56.160, 56.162, 56.163 y 58.711. [↑](#footnote-ref-20)
21. Ibíd. [↑](#footnote-ref-21)
22. Ibíd. [↑](#footnote-ref-22)
23. El numeral 1.1. de la Circular Externa Única establece que deben publicar en el SECOP «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. De manera enunciativa, estas son: las empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga una participación superior al 50% que desarrollen actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, nacional o internacional o en mercados regulados, empresas de servicios públicos domiciliarios, empresas sociales del Estado, entidades descentralizadas indirectas, entre otras». [↑](#footnote-ref-23)
24. La anterior posición fue reiterada en las siguientes consultas de los años 2016 y 2017: 416130000999 del 23 de febrero de 2016, 4201613000005457 del 24 de octubre de 2016, 42017000001243 del 15 de marzo de 2017, 4201714000003623 del 21 de julio de 2017, entre otras. En estas consultas se señaló que las entidades con régimen especial de contratación publicarán los documentos del proceso que define el Decreto 1082 de 2015, es decir: (a) los estudios y documentos previos, (b) el aviso de convocatoria; (c) los pliegos de condiciones o la invitación; (d) las Adendas; (e) la oferta; (f) el informe de evaluación; (g) el contrato; y cualquier otro documento expedido por la Entidad Estatal durante el Proceso. [↑](#footnote-ref-24)
25. Esta posición se reiteró en las siguientes consultas: No. 4201813000006842 del 16 de agosto de 2018, 4201813000010011 del 5 de diciembre de 2018, 4201813000009778 del 29 de octubre de 2018, entre otros. Al respecto se indicó lo siguiente: «Las Entidades con regímenes especiales de contratación están obligadas publicar en el SECOP la información resultante de su actividad contractual en todas sus fases que se ejecute con cargo a recursos públicos, según los procedimientos de selección que tengan definidos en su manual de contratación. Estos documentos incluyen invitaciones a participar, documentos de apertura de procesos, términos de referencia, pliegos de condiciones o sus equivalentes, documentos relativos al procedimiento de selección como observaciones y respuesta, informes de evaluación, ofertas ganadoras, contratos, evidencia del seguimiento a la ejecución, actas de liquidación, entre otros.

»Así las cosas, se precisa que en la normativa no existe una lista taxativa de los documentos que debe contener cada etapa del Proceso de Contratación, ya que algunos de dichos documentos dependerán de la dinámica en la que se desarrolle la actividad contractual de la Entidad Estatal y de lo establecido en el manual de contratación». [↑](#footnote-ref-25)
26. 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-26)
27. 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-27)
28. 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-28)
29. 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» (Énfasis fuera de texto). [↑](#footnote-ref-29)
30. Corte Constitucional. Sentencia C-736 de 2007. C.P. Marco Gerardo Monroy Cabra: «Obsérvese que si bien el legislador sólo considera explícitamente como entidades descentralizadas a las empresas oficiales de servicios públicos, es decir a aquellas con un capital cien por ciento (100%) estatal, lo cual haría pensar que las mixtas y las privadas no ostentarían esta naturaleza jurídica, a continuación indica que también son entidades descentralizadas “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”. Así las cosas, de manera implícita incluye a las empresas de servicios públicos mixtas o privadas como entidades descentralizadas, por lo cual la Corte no encuentra obstáculo para declarar su constitucionalidad». [↑](#footnote-ref-30)
31. *Ibídem.*«No obstante, después de haber estudiado los conceptos de sociedad de economía mixta y de empresa de servicios públicos, la Corte estima que la naturaleza y el régimen jurídico especial de la prestación de los servicios públicos dispuesto por el constituyente en el artículo 365 de la Carta impiden considerar que las empresas de servicios públicos constituidas bajo la forma de sociedades por acciones, en las cuales concurran en cualquier proporción el capital público y el privado, sean “sociedades de economía mixta”. A juicio de la Corporación, y por lo dicho anteriormente, se trata de entidades de tipología especial expresamente definida por el legislador en desarrollo de las normas superiores antes mencionadas, que señalan las particularidades de esta actividad». [↑](#footnote-ref-31)
32. La Ley 1150 de 2007, en el artículo 13, dispone lo siguiente: «Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal». [↑](#footnote-ref-32)
33. Al respecto, el artículo 2, literal a) del numeral 1, del Estatuto General de Contratación denomina como entidades estatales a «La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, *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%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles» (Énfasis fuera de texto).

Igualmente, el artículo 93 de la Ley 489 de 1998 dispone lo siguiente: «Los actos que expidan las empresas industriales y comerciales del Estado para el desarrollo de su actividad propia, industrial o comercial o de gestión económica se sujetarán a las disposiciones del Derecho Privado. *Los contratos que celebren para el cumplimiento de su objeto se sujetarán a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de las entidades estatales*» (Énfasis fuera de texto). [↑](#footnote-ref-33)
34. El numeral derogado disponía que «La escogencia del contratista se efectuará siempre a través de licitación o concurso públicos, salvo en los siguientes casos en los que se podrá contratar directamente: […] m) Los actos y contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las empresas industriales y comerciales estatales y de las sociedades de economía mixta, con excepción de los contratos que a título enunciativo identifica el artículo 32 de esta ley». [↑](#footnote-ref-34)
35. En concordancia, el artículo 2.2.1.2.1.2.24 del Decreto 1082 de 2015 prescribe que «Las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta, sus filiales y las empresas en las cuales el Estado tenga más del cincuenta por ciento (50%) del capital social que no se encuentren en situación de competencia, deben utilizar el procedimiento de selección abreviada de menor cuantía para los contratos que tengan como objeto su actividad comercial e industrial, salvo para los contratos de obra pública, consultoría, prestación de servicios, concesión, encargo fiduciario y fiducia pública para los cuales se aplicará la modalidad que corresponda». [↑](#footnote-ref-35)
36. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 19 de agosto de 2004. Exp. 12.342. C.P. Ramiro Saavedra Becerra. [↑](#footnote-ref-36)
37. Decreto 4170 de 2011: «Artículo 3. Funciones: La Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente– ejercerá las siguientes funciones:

[...]

»8. Desarrollar y administrar el Sistema Electrónico para la Contratación Pública (SECOP) o el que haga sus veces, y gestionar nuevos desarrollos tecnológicos en los asuntos de su competencia, teniendo en cuenta los parámetros fijados por el Consejo Directivo.

[...]». [↑](#footnote-ref-37)