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”». 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**

[…]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.

**RECURSOS PÚBLICOS – Ley 1150 de 2007 – Noción – Publicidad – Contratación con cargo a recursos públicos ­– EICE – Sociedades de economía mixta**

[…] la expresión recursos públicos contenida en la Circular Externa Única del 17 de julio de 2018, es tomada de la Ley 1150 de 2007. En el contexto de dicha ley, el concepto de recursos públicos debe ser entendido a partir de lo establecido en el inciso segundo del artículo 128 de constitucional, que establece que el tesoro público está conformado por los recursos de la nación, las entidades territoriales y descentralizadas. En atención a esto, tanto las empresas industriales y comerciales del Estado como las sociedades de economía mixta constituyen entidades descentralizadas, por lo que de conformidad con el artículo 128 superior, sus recursos tienen la naturaleza de públicos y están sujetos al control fiscal en los términos del artículo 267 de la Constitución.

De acuerdo con la naturaleza jurídica de las empresas industriales y comerciales del Estado, estas son conformadas exclusivamente con aportes estatales, por lo que los recursos que reciben tienen un origen exclusivamente público. En ese sentido, al ejecutar tales recursos en ejercicio de la actividad contractual están obligadas a publicar los documentos antes enunciados. Por su parte, las sociedades de economía mixta involucran aportes privados y públicos que se aúnan para conformar el capital social y patrimonio de tales entidades, por lo que respecto de la contratación a la que se destinen los mismos, también deben publicarse el SECOP los documentos antes mencionados. Ahora bien, si en desarrollo del objeto social de la respectiva sociedad de economía mixta se gestiona el aporte privado de manera separada del público, o si se gestionan dineros de propiedad del socio privado como utilidades o excedentes, siendo objetivamente palpable tal distinción, la contratación de celebrada con cargo a tales dineros estará relevada del deber de publicidad en el SECOP, en el entendido de que no se ha realizado con cargo a recursos públicos.

****

Bogotá, 29 Abril 2021

Señor

**Juan José Badel Camargo**

Cartagena, Bolívar

 **Concepto C ‒ 185 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 / RECURSOS PÚBLICOS – Ley 1150 de 2007 – Noción – Publicidad – Contratación con cargo a recursos públicos – EICE – Sociedades de economía mixta  |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta # P20210315002116 |

Estimado señor Badel:

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 15 de marzo del 2021.

1. **Problema planteado**

Usted formula la siguiente consulta:

«2.1. ¿Se encuentra vigente y es de obligatorio cumplimiento los lineamientos y directrices impartidos en la Circular Externa Única del 17 de julio de 2018 en torno a la publicidad de la actividad contractual de las sociedades de economía mixta-SEM y las Empresas Industriales y Comerciales del Estado-EIC?

2.2. En caso afirmativo:

2.2.1. ¿Cuáles son los documentos que deben publicar las cuales las sociedades de economía mixta –SEM-, y las empresas industriales y comerciales del Estado –EICE- que tengan participación accionaria igual o superior al 50%, cuando ejecutan recursos públicos?.

2.2.2. ¿Cuáles son los documentos que deben publicar las cuales las sociedades de economía mixta –SEM-, y las empresas industriales y comerciales del Estado –EICE- que tengan participación accionaria igual o superior al 50%, cuando no ejecutan recursos públicos?.

2.3. En consideración a que las directrices impartidas en la Circular Externa Única del 17 de julio de 2018 hace una clara diferenciación en torno a la publicidad en el SECOP si las sociedades de economía mixta-SEM SEM o las Empresas Industriales y Comerciales del Estado-EIC contratan con o sin recursos públicos ¿Qué se debe entender por recursos públicos? […]».

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; 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; y iv) la noción de recursos públicos en la Ley 1150 de 2007.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, en el concepto CU-003 del 15 de enero de 2020, 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. Este concepto se reiterará a continuación, porque, tal como se explicó en los conceptos C-094 y C-137 del 13 de abril de 2021, no es contrario al contenido del Auto del Consejo de Estado del 25 de febrero de 2021.

**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»[[1]](#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[[2]](#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»[[3]](#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»[[4]](#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[[5]](#footnote-6), deben publicar la información relativa a su contratación. Esta obligación fue desarrollada por el Decreto Único Reglamentario 1081 de 2015[[6]](#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[[7]](#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[[8]](#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[[9]](#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[[10]](#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[[11]](#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[[12]](#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[[13]](#footnote-14) y en el artículo 230, numeral 3 de la Ley 1437 de 2011[[14]](#footnote-15), que genera –al menos mientras se expide la sentencia– la pérdida de fuerza ejecutoria de los actos administrativos[[15]](#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–[[16]](#footnote-17), la Circular No. 007 de 2020 ­–sobre actualización y diligenciamiento de información en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública – SECOP–[[17]](#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–[[18]](#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»[[19]](#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, 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”»[[20]](#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 reitera 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»[[21]](#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 artículos 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–[[22]](#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. Sin embargo, 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 explica 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[[23]](#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[[24]](#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[[25]](#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[[26]](#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[[27]](#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. La noción de recursos públicos en la Ley 1150 de 2007**

La inversión de recursos públicos para la consecución de objetivos asociados a los fines del estado, así como la actividad financiera, los ingresos y los gastos presupuestales de las entidades estatales, en principio, son objeto de estudio de la hacienda pública[[28]](#footnote-29). No obstante, son asuntos relacionados con la contratación estatal, ámbito del derecho donde se estudian relaciones contractuales de las entidades estatales, mediante las cuales se ejecutan recursos públicos dirigidos al cumplimiento de los fines del Estado.

 De hecho, la *contratación con cargo recursos públicos* es un concepto al que alude expresamente la Ley 1150 de 2007, artículo primero, al definir el ámbito de aplicación de sus disposiciones[[29]](#footnote-30). Dicho concepto también está presente en el literal c) del artículo 3, del que surge el deber de publicar en SECOP, el cual, según lo precisado por la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado en el Auto del 14 de agosto de 2017, corresponde a las entidades estatales que ejecutan dineros públicos. Sin perjuicio de lo anterior, es necesario destacar que la Ley 1150 de 2007 no establece una definición de lo que debe entenderse por *recursos o dineros públicos* a efectos de la aplicación de sus disposiciones, noción que tampoco es precisada en estricto sentido por su reglamentación[[30]](#footnote-31).

Ante la ausencia de una definición normativa en la Ley 1150 de 2007, la noción de lo que constituyen *recursos públicos*, a efectos de su aplicación, debe ser precisada a la luz de las disposiciones normativas que permiten una aproximación. Además, esta noción resulta indispensable para aplicar lo dispuesto en la Circular Externa Única del 17 de julio de 2018, actualizada el 16 de abril de 2019, en la medida en que la contratación con cargo a recursos públicos a la que esta alude procede de la aplicación de lo dispuesto en el literal c) del artículo 3 de la Ley 1150 de 2007.

En ese cometido es indispensable tener en cuenta el artículo 128 de la Constitución Política, el cual establece la prohibición de recibir más de una asignación proveniente del tesoro público[[31]](#footnote-32). Esto en la medida que el segundo inciso dispone: «Entiéndese por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas»[[32]](#footnote-33). A partir de lo dispuesto en este artículo, se estima que la expresión *recursos* *públicos* está determinada por lo que constituye el *tesoro público*, comoquiera que es posible asimilar a aquellos las sumas de dinero provenientes de este último. En ese sentido, es posible concluir que cuando la Ley 1150 de 2007 se refiere a recursos públicos, hace alusión a los recursos que hacen de las entidades estatales, tanto las del orden nacional como las del territorial, así como a las descentralizadas por servicios.

 Esta interpretación concuerda con lo que la Ley 1150 de 2007 considera como *contratación con recursos públicos*, ámbito al que se encuentran destinadas las disposiciones del Título II de dicha norma, titulado «DISPOSICIONES GENERALES PARA LA CONTRATACION CON RECURSOS PUBLICOS». Este título contiene una serie de normas, dirigidas a: i) promover el acceso de las Mipymes a la contratación con cargo recursos públicos –Art. 12–; ii) disponer la aplicabilidad de los principios de la función administrativa y la gestión fiscal en los regímenes exceptuados –Art. 13–; iii) establecer el régimen de contratación de diferentes entidades descentralizadas como empresas industriales del Estado, sociedades de economía mixta y sociedades públicas con participación estatal –Art. 14–; iv) disponer un régimen de contratación exceptuado para los establecimientos de crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal –Art. 15–; v) la consagración de régimen exceptuado para algunas entidades descentralizadas del sector defensa –Art. 16–.

 Considerando el contenido de las diferentes disposiciones que integran el Titulo II de la Ley 1150 de 2007, en concordancia con lo establecido en el artículo 1 de dicha ley, se advierte que tales disposiciones parten de la base de que existen unas entidades que a pesar de no celebrar contratos aplicando el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, contratan con cargo a recursos públicos. Esta conclusión también es congruente con la aproximación al concepto de *recursos públicos* a partir de su asimilación con la categoría *tesoro público*, en la medida en que dicho concepto también abarca los de las entidades descentralizadas, que, como las empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta, pueden estar sometidas a regímenes exceptuados, en los que se contrata conforme al derecho privado. En ese sentido, lo que constituye *recursos públicos* no se encuentra vinculado al régimen de contratación de la entidad que los ejecuta, sino a un origen en entidades estatales, lo que implica que incluso los recursos de entidades descentralizadas, que contratan en el marco del derecho privado, pueden ser considerados recursos públicos.

 Las empresas industriales y comerciales del Estado, así como las sociedades de economía mixta, son consideradas entidades descentralizadas por servicios vinculadas a la Rama Ejecutiva, tal como se desprende del artículo 38 de la Ley 489 de 1998. Ambos tipos de entidades descentralizadas coinciden en tener un régimen general de derecho privado para el desarrollo de sus objetos sociales, los cuales consisten en el desarrollo de actividades industriales o comerciales[[33]](#footnote-34). Sin embargo, las sociedades de economía mixta difieren de las empresas industriales del Estado en el hecho de que estas son creadas exclusivamente con capital público, mientras que aquellas involucran la inversión de capital público y privado, lo que no desvirtúa su calidad de entidad descentralizada[[34]](#footnote-35). Conforme a esto, en tanto las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta son entidades descentralizadas, sus recursos hacen parte del tesoro público, con arreglo a la definición del inciso segundo del artículo 128 superior. Dado esto, los recursos que dichas entidades descentralizadas perciben por el desarrollo de sus actividades industriales y comerciales también son considerados recursos públicos[[35]](#footnote-36).

 Otro argumento que sirve para precisar la categoría de *recursos públicos* de las diferentes entidades estatales es su sometimiento al control fiscal[[36]](#footnote-37). Dicho control se ejerce en relación con lo que se consideran *recursos públicos*, indistintamente de que estos recursos sean administrados por entidades o particulares que contraten o se rijan por el derecho privado. En particular, con respecto de sociedades de economía mixta, la Corte ha explicado que la aplicación de un régimen de derecho civil y comercial no desvirtúa la calidad de sujeto control fiscal de tales entidades. Sobre el particular considera:

[E]l control fiscal, en cuanto instrumento adecuado para garantizar la correspondencia entre gasto público y cumplimiento de los fines legítimos del Estado, tiene un reconocimiento constitucional de amplio espectro.  En este sentido, es la utilización de los recursos públicos la premisa que justifica, por sí sola, la obligatoriedad de la vigilancia estatal. Por lo tanto, aspectos tales como la naturaleza jurídica de la entidad de que se trate, sus objetivos o la índole de sus actividades, carecen de un alcance tal que pueda cuestionar el ejercicio de la función pública de control fiscal.

Adicionalmente, debe advertirse que el cumplimiento del principio de eficiencia del control fiscal lleva a concluir que toda medida legislativa que a partir de restricciones injustificadas e irrazonables, impida el ejercicio integral de la vigilancia estatal de los recursos, esto es, los controles financiero, legal, de gestión y de resultados, es contraria a los postulados constitucionales.  En efecto, los argumentos precedentes demuestran que las disposiciones de la Carta Política que regulan el control fiscal pretenden asegurar el nivel más amplio de vigilancia del uso de los fondos y bienes de la Nación.  Esta concepción, además, es consecuente con un modelo de Estado constitucional que, como sucede en el caso colombiano, está interesado en la protección del interés general y el cumplimiento cierto de los deberes del aparato estatal. (Art. 2 C.P.).  Desde esta perspectiva, la consecución de un ordenamiento legal que disponga de controles adecuados y suficientes sobre el uso de los dineros públicos en todas las instancias se muestra más acorde con los presupuestos constitucionales del ejercicio del control fiscal, en los términos del artículo 267 Superior.  Lo contrario, esto es, contemplar supuestos de exclusión del control fiscal cuando está acreditada la presencia de recursos estatales en las distintas etapas de recaudo o adquisición, conservación, enajenación, gasto, inversión y disposición, es inadmisible. Ello en la medida que tal postura facilitaría la desviación de los recursos fiscales a fines distintos a los constitucionalmente permitidos, en detrimento de la integridad de las finanzas del Estado y la confianza de los ciudadanos en el uso adecuado de sus tributos.

[…]

[D]ebe tenerse en cuenta que el ejercicio del control fiscal sobre las sociedades de economía mixta no es en modo alguno incompatible con el ejercicio de la libertad económica.  En contrario, un cuestionamiento de esta naturaleza parte de una concepción deformada del control fiscal, que lo comprende como una simple barrera para el cumplimiento de los objetivos empresariales.  Sobre este particular, la Corte considera que el ejercicio de la vigilancia fiscal sobre los recursos públicos es, con base en las razones sintetizadas al inicio de esta providencia, un imperativo ineludible para las democracias interesadas en la protección del patrimonio del Estado y en su uso para los fines que le son constitucionalmente legítimos.  Una visión distinta, que desdeñe del control fiscal sobre esos recursos a partir de los trámites que impone su ejercicio, responde sólo a un paradigma instrumentalista contrario a la conservación del interés general que prima en la utilización de los bienes públicos[[37]](#footnote-38).

Ahora bien, en el caso de las sociedades de economía mixta se presentan una concurrencia de aportes de origen público con recursos de particulares los cuales integran su capital social. Al respecto, el artículo 52 del Decreto autónomo 403 de 2020, que regula el artículo 268 de la constitución política, establece que los resultados de la aplicación de los sistemas de control fiscal a las sociedades de economía mixta únicamente deben aplicarse respecto del aporte estatal[[38]](#footnote-39). Esto significa que, desde la perspectiva del control fiscal, la distinción del aporte del privado que concurre a la sociedad de economía mixta del aporte público proveniente de una entidad estatal resulta relevante a efectos aplicar el control fiscal sobre tales recursos.

Tal distinción puede retomarse respecto al ámbito de aplicación de la Ley 1150 de 2007 y la Circular Externa Única en lo relativo a la noción contratación con cargo a dineros públicos, sobre la cual existe el deber de publicar en el SECOP. Esto sin perjuicio del criterio orgánico adoptado en virtud del artículo 128 constitucional para definir recursos públicos. Para estos efectos, estima esta Agencia que la distinción entre el aporte privado y el público en sociedades de economía mixta podría servir para celebrar contratos exclusivamente con cargo a los recursos de origen privado, los cuales se encontrarían relevados del deber de publicidad en el SECOP, al estar dicha situación por fuera de los supuestos de hecho del literal c) del artículo 3 de la Ley 1150 de 2007 y el artículo 2.2.1.1.1.7.1 del Decreto 1082 de 2015, en el entendido de que tal contratación es realizada con cargo a recursos privados.

No obstante, bajo el entendido de que particular y Estado aúnan sus aportes para conformar el capital social de la sociedad de economía mixta, la posibilidad de distinguir entre el capital privado y público dentro del patrimonio de dicho tipo de entidad descentralizada, solo es posible cuando en la gestión de la sociedad expresamente se ha determinado que una parte o la totalidad del capital privado, o los excedentes a los que tenga derecho el socio particular, se gestionen con independencia de los aportes públicos y los excedentes que debe percibir el socio estatal. La contratación a la que se destinen los dineros privados, en principio, estarían exentos del deber de publicidad en el SECOP, al no constituir contratación celebrada con cargo a recursos públicos.

Sin embargo, frente a la gestión conjunta de recursos públicos y privados, prima el criterio orgánico para definir el carácter de recursos públicos de los dineros administrados por la respectiva sociedad de economía mixta. Esto significa que, si en el desarrollo de la actividad comercial o industrial de la respectiva sociedad de economía mixta no se gestionan de manera separadas los aportes de uno y otro socio, la totalidad de los recursos con los que se contrata deben ser considerados como parte del tesoro público, conforme a la definición del artículo 128 constitucional, por lo que los documentos relacionados con dicha contratación deben publicarse en el SECOP.

Conforme a lo anterior, el concepto de *recursos públicos* en el marco de la Ley 1150 de 2007, tiene que ver con los recursos que hacen parte del tesoro público a la luz del artículo 128 constitucional. En ese sentido, dichos recursos corresponden a los provenientes del tesoro público, esto es, los recursos que tienen a su disposición las entidades estatales del sector central y descentralizado. La naturaleza pública de tales recursos no se altera por el régimen de los actos y contratos de la respectiva entidad que los ejecuta, en la medida que ello no desvirtúa su origen, lo que se refleja en que el hecho de que, incluso los dineros que ejecutan las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta en el marco del derecho privado se encuentran sometidos al control fiscal.

Lo anterior significa que, de cara al cumplimiento del deber de publicidad en el SECOP conforme al literal c) del artículo 3 de la Ley 1150 de 2007, entidades descentralizadas como empresas industriales y comerciales del Estado, así como sociedades de economía mixta, deben publicar su actividad contractual en la referida plataforma. Para estos efectos, de cara a la aplicación de lo dispuesto en la Circular Externa Única, estas entidades al contratar con cargo a recursos públicos deben publicar los documentos mencionados *ut supra*.

**3. Respuesta**

«2.1. ¿Se encuentra vigente y es de obligatorio cumplimiento los lineamientos y directrices impartidos en la Circular Externa Única del 17 de julio de 2018 en torno a la publicidad de la actividad contractual de las sociedades de economía mixta-SEM y las Empresas Industriales y Comerciales del Estado-EIC?».

Conforme a lo expuesto, la Circular Externa Única de 17 de julio de 2017 –actualizada el 16 de abril de 2019– se encuentra vigente. En atención a esto, entidades descentralizadas como empresas industriales y comerciales del Estado, al igual que las sociedades de economía mixta, deben cumplir con el deber de publicidad que les atañe en virtud de los artículos 3, literal c) de la Ley 1150 de 2007, 9, literal e) y 11, literal g) de la Le 1712 de 2014, en los términos precisados por la circular.

De ninguna manera 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.

»2.2.1. ¿Cuáles son los documentos que deben publicar las cuales las sociedades de economía mixta –SEM-, y las empresas industriales y comerciales del Estado –EICE- que tengan participación accionaria igual o superior al 50%, cuando ejecutan recursos públicos?

La obligatoriedad de publicar las actuaciones contractuales de las entidades no depende de su régimen de contratación, sino de la ejecución de recursos públicos, pues así lo determinó, provisionalmente, el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, en el auto del 14 de agosto de 2017. Ese deber no atiende a las condiciones de las entidades excluidas del régimen de contratación estatal, sino ─se reitera─ al hecho de que la contratación implique la ejecución de recursos públicos.

Ahora, el Decreto 1081 de 2015 señala que los documentos que deberán publicar las entidades estatales, entre estas las Empresas Sociales del Estado, son: i) las autorizaciones, requerimientos, aprobaciones o informes del supervisor o del interventor, que prueben la ejecución del contrato, ii) en relación con los procedimientos, lineamientos y políticas en materia de adquisición se deberán publicar los documentos previstos en el manual de contratación de la entidad y, finalmente, iii) el plan anual de adquisiciones.

Frente al segundo grupo de documentos, debido a que estas entidades están sometidas al derecho privado, y por lo tanto no adelantan sus procesos con las modalidades previstas en la Ley 80 de 1993, cada una definirá en su manual el procedimiento para la contratación de sus bienes y servicios. En este sentido, la entidad lo hará ya sea por medio de un procedimiento público, mediante el cual se realice una convocatoria y una evaluación para seleccionar la oferta más favorable; o a través de una contratación directa, cuando no es necesario realizar un proceso competitivo. En estos casos, el manual definirá las etapas y los documentos que forman parte del procedimiento que realicen, y se publicarán en la plataforma del SECOP para cada procedimiento de contratación que se adelante.

»2.2.2. ¿Cuáles son los documentos que deben publicar las cuales las sociedades de economía mixta –SEM-, y las empresas industriales y comerciales del Estado –EICE- que tengan participación accionaria igual o superior al 50%, cuando no ejecutan recursos públicos?.

»2.3. En consideración a que las directrices impartidas en la Circular Externa Única del 17 de julio de 2018 hace una clara diferenciación en torno a la publicidad en el SECOP si las sociedades de economía mixta-SEM SEM o las Empresas Industriales y Comerciales del Estado-EIC contratan con o sin recursos públicos ¿Qué se debe entender por recursos públicos? […]».

De conformidad con lo expuesto, la expresión *recursos públicos* contenida en la Circular Externa Única del 17 de julio de 2018, es tomada de la Ley 1150 de 2007. En el contexto de dicha ley, el concepto de *recursos públicos* debe entenderse a partir de lo establecido en el inciso segundo del artículo 128 de constitucional, que establece que el tesoro público está conformado por los recursos de la nación, las entidades territoriales y descentralizadas. En atención a esto, tanto las empresas industriales y comerciales del Estado como las sociedades de economía mixta constituyen entidades descentralizadas, por lo que de conformidad con el artículo 128 superior, sus recursos tienen la naturaleza pública y están sujetos al control fiscal en los términos del artículo 267 de la Constitución.

De acuerdo con la naturaleza jurídica de las empresas industriales y comerciales del Estado, estas son conformadas exclusivamente con aportes estatales, por lo que los recursos que reciben tienen un origen exclusivamente público. En ese sentido, al ejecutar tales recursos en ejercicio de la actividad contractual están obligadas a publicar los documentos antes enunciados.

Por su parte, las sociedades de economía mixta involucran aportes privados y públicos para conformar el capital social y patrimonio de tales entidades, por lo que respecto de la contratación a la que se destinen los mismos, también deben publicarse el SECOP los documentos antes mencionados. Ahora bien, si en desarrollo del objeto social de la respectiva sociedad de economía mixta se gestiona el aporte privado de manera separada del público, o si se gestionan dineros de propiedad del socio privado como utilidades o excedentes, siendo objetivamente verificable tal distinción, la contratación de celebrada con cargo a tales dineros estará relevada del deber de publicidad en el SECOP, en el entendido de que no se ha realizado con cargo a recursos públicos.

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

Atentamente,



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

1. BOBBIO, Norberto. Democracia y secreto. México: Fondo de Cultura Económica, 2013. p. 27. [↑](#footnote-ref-2)
2. Corte Constitucional. Sentencia C- 341 del 4 de junio de 2014. M. P. Mauricio González Cuervo. [↑](#footnote-ref-3)
3. Ley 1150 de 2007: «Artículo 3. De conformidad con lo dispuesto en la Ley 527 de 1999, la sustanciación de las actuaciones, la expedición de los actos administrativos, los documentos, contratos y en general los actos derivados de la actividad precontractual y contractual, podrán tener lugar por medios electrónicos. Para el trámite, notificación y publicación de tales actos, podrán utilizarse soportes, medios y aplicaciones electrónicas. Los mecanismos e instrumentos por medio de los cuales las entidades cumplirán con las obligaciones de publicidad del proceso contractual serán señalados por el Gobierno Nacional.

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

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

[…]

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

»a) Toda entidad pública, incluyendo las pertenecientes a todas las Ramas del Poder Público, en todos los niveles de la estructura estatal, central o descentralizada por servicios o territorialmente, en los órdenes nacional, departamental, municipal y distrital». [↑](#footnote-ref-6)
6. «Artículo 2.2.1.1.1.7.1. 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)
7. Corte Constitucional. Sentencia C‒274 de 9 de mayo de 2013. M.P. María Victoria Calle Correa. [↑](#footnote-ref-8)
8. «Numeral 1.1 […] Las Entidades que contratan con cargo a recursos públicos están obligadas a publicar oportunamente su actividad contractual en el SECOP, sin que sea relevante para la exigencia de esta obligación su régimen jurídico, naturaleza de público o privado o la pertenencia a una u otra rama del poder público». [↑](#footnote-ref-9)
9. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. [↑](#footnote-ref-10)
10. 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)
11. Ibíd. [↑](#footnote-ref-12)
12. 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)
13. 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)
14. 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)
15. 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)
16. En sitio web:

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

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

https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce\_public/files/cce\_circulares/20170316circularinformacion.pdf [↑](#footnote-ref-19)
19. 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)
20. Ibíd. [↑](#footnote-ref-21)
21. Ibíd. [↑](#footnote-ref-22)
22. 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)
23. 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)
24. 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)
25. 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)
26. 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)
27. 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)
28. RESTREPO Juan Camilo. Hacienda pública. Onceava edición. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2020, pág 27. [↑](#footnote-ref-29)
29. Ley 1150 de 2007. «Artículo 1. Objeto. La presente ley tiene por objeto introducir modificaciones en la Ley 80 de 1993, así como dictar otras disposiciones generales aplicables a toda contratación con recursos públicos». [↑](#footnote-ref-30)
30. Esto a diferencia de lo que sucede con el régimen de las asociaciones público - privadas, en el que existe una norma que establece que debe entenderse por *desembolso de recursos públicos*. Al respecto, el artículo 2.2.2.1.3.1 del Decreto 1082 de 2015 señala: «Los desembolsos de recursos públicos a los que hace referencia la Ley 1508 de 2012, se entienden como erogaciones del Tesoro Nacional provenientes del Presupuesto General de la Nación, del Presupuesto de las entidades territoriales, entidades descentralizadas o de otros Fondos Públicos, tales como el Sistema General de Regalías». [↑](#footnote-ref-31)
31. Constitución Política de Colombia. «Artículo 128. Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley.

»Entiéndese por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas». [↑](#footnote-ref-32)
32. Sobre el alcance del artículo 128 de la Constitución, la Corte Constitucional ha manifestado lo siguiente: «La evolución normativa de la anterior prohibición tiene como referente la Constitución Política de 1886, que en el artículo 64 prescribía: nadie podrá recibir dos sueldos del tesoro público, salvo lo que para casos especiales determinen las leyes. Este precepto, como se lee en los antecedentes legislativos (texto del acta de la Comisión Octava del Senado correspondiente a la sesión del día 14 de noviembre de 1935), obedeció al deseo del constituyente de evitar posibles abusos por parte de los empleados públicos, si se les permitía la acumulación de cargos y, por ende, de sueldos.

»Razones de moralidad de la administración y del poder público llevaron a la modificación del texto anterior, mediante la expedición el acto legislativo No. 1 de 1936, cuyo artículo 23 reformó expresamente el artículo 64 de la Carta de 1886, en el sentido de cambiar el término sueldo por el de asignación con el fin de incluir allí toda clase de remuneraciones, emolumentos, honorarios, mesadas pensionales, etc., que pudieren percibirse con cargo al erario público. Este artículo también amplió el campo de cobertura de la disposición y extendió su aplicación a las empresas o instituciones en que tenga parte principal el Estado. Así mismo, precisó el significado y alcance de la expresión tesoro público en el sentido de comprender el tesoro de la nación, los departamentos y los municipios; sin embargo, dejó incólume la parte de la norma que autorizaba a la ley para señalar excepciones a dicha regla general.

»La Constitución de 1991 conserva este mandato en su integridad, y le agrega la prohibición de que cualquier persona desempeñe más de un cargo público. También adecua el texto del mandato a la nueva normativa, y extiende la definición de tesoro público al patrimonio de las entidades descentralizadas (artículo 128 superior).

»El artículo 128 consagra una clara incompatibilidad, estrechamente relacionada con la remuneración de los servidores estatales: en ella se prohíbe la concurrencia de dos o más cargos públicos en una misma persona, así como la recepción de más de una asignación que provenga del erario público». Sentencia C-066 del 4 de febrero de 2010. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. [↑](#footnote-ref-33)
33. Ley 489 de 1998: «**Artículo 85.** Empresas industriales y comerciales del Estado. Las empresas industriales y comerciales del Estado son organismos creados por la ley o autorizados por ésta, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial y de gestión económica conforme a las reglas del Derecho Privado, salvo las excepciones que consagra la ley, y que reúnen las siguientes características:

   »a) Personería jurídica;

   »b) Autonomía administrativa y financiera;

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

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

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

   »**Parágrafo.** Las disposiciones legales que protegen el secreto industrial y la información comercial se aplicarán a aquellos secretos e informaciones de esa naturaleza que desarrollen y posean las empresas industriales y comerciales del Estado.

[…]

»**Artículo 97.** Sociedades de economía mixta. Las sociedades de economía mixta son organismos autorizados por la ley, constituidos bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas de Derecho Privado, salvo las excepciones que consagra la ley.

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

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

 [↑](#footnote-ref-34)
34. La jurisprudencia constitucional ha manifestado lo siguiente en torno a los elementos configurativos de las sociedades de economía mixta y su condición de entidades descentralizadas: «La vinculación de las sociedades de economía mixta a la Rama Ejecutiva, y su condición de entidades descentralizadas, implica consecuencias que emergen de la propia Constitución cuales son particularmente las siguientes: (i) que están sujetas un control fiscal en cabeza de la Contraloría General de la República, que toma pie en lo reglado por el artículo 267 de la Constitución, y que incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados; (ii) que están sujetas a un control político, que ejerce directamente el Congreso de la República en virtud de lo reglado por el último inciso del artículo 208 de la Constitución Política. (iii) que de conformidad con lo prescrito por el artículo 150 numeral 7, según el cual al Congreso le corresponde “crear o autorizar la constitución de … sociedades de economía mixta”del orden nacional, su creación o autorización tiene que producirse mediante ley. Correlativamente, en los órdenes departamental y municipal esta misma facultad se le reconoce a las asambleas y concejos, según lo prescriben lo artículos 300 numeral 78 y 313 numeral 6, respectivamente, por cual en dichos niveles las empresas de servicios públicos que asumieran la forma de sociedades de economía mixta deben ser creadas o autorizadas mediante ordenanza o acuerdo, según sea el caso; (iv) que les son aplicables las inhabilidades para la integración de órganos directivos a que aluden los artículos 180-3, 292 y 323 de la Carta; (v) que en materia presupuestal quedan sujetas a las reglas de la ley orgánica del presupuesto; (vi) que en materia contable quedan sujetas a las reglas de contabilidad oficial;

[…]

»[L]os elementos configurativos de las sociedades de economía mixta son (i) creación o autorización legal;[37] (ii) carácter de sociedades comerciales; (iii) su objeto social es el cumplimiento de actividades industriales y comerciales, con ánimo de lucro; (iv) sujeción a las reglas de Derecho Privado, “salvo las excepciones que consagra la ley”; (v) capital integrado por aportes del Estado y de particulares, en cualquier proporción; (vi) vinculación a la Rama ejecutiva como integrante del sector descentralizado y consecuente sujeción a controles administrativos». [↑](#footnote-ref-35)
35. En materia de hacienda pública, en cuanto a la clasificación de los ingresos públicos, la doctrina especializada distingue entre *tributarios* y *no tributarios*. Respecto de los segundos, se ha se dice que «suelen tener origen en aquella faceta de la actividad estatal que se identifica con la gestión patrimonial del Estado (utilidades de empresas públicas), o en contraprestación que el Estado recibe por el suministro de bienes y servicios que se prestan en concurrencia con el sector privado (son los llamados “precios públicos”), o, en todo caso, cuando el Estado despliega su actividad en un plano comercial» RESTREPO Juan Camilo. Hacienda pública. Onceava edición. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2020, pág 281. [↑](#footnote-ref-36)
36. En cuanto al concepto y finalidad del control fiscal, la jurisprudencia constitucional ha señalado: «[…] del marco constitucional superior se deriva que el control fiscal constituye el instrumento necesario e idóneo en un Estado constitucional de Derecho para garantizar "*el cabal cumplimiento de los objetivos constitucionalmente previstos para las finanzas del Estado*.", a través de la inspección de “*la administración y manejo de los bienes y fondos públicos, en las distintas etapas de recaudo o adquisición, conservación, enajenación, gasto, inversión y disposición*”.

  »Por tanto, el objetivo final del control de los resultados de la Administración y la vigilancia de la gestión fiscal es verificar el manejo correcto del patrimonio estatal. El control fiscal, cuyo concepto tiene su origen etimológico en  el término latino “fiscus” que significa erario o tesoro público, se confiere a una entidad que cuida de la res-pública o cosa pública, lo cual denota que el fin fundamental del control fiscal es la preservación y buen manejo de los bienes que pertenecen a todos». CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-557 del 20 de agosto de 2009. M.P.  Luis Ernesto Vargas Silva.

 [↑](#footnote-ref-37)
37. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-529 del 12 de julio de 2006. M.P. Jaime Córdoba Triviño. [↑](#footnote-ref-38)
38. Decreto 303 de 2020: Artículo 52. Aplicación de los sistemas de control fiscal en sociedades con participación estatal. La vigilancia de la gestión fiscal en las sociedades de economía mixta se hará teniendo en cuenta la participación que el Estado tenga en el capital social, evaluando la gestión empresarial de tal forma que permita determinar que el manejo de los recursos públicos se realice de acuerdo con los principios de la gestión fiscal.

»Los resultados obtenidos tendrán efecto únicamente en lo referente al aporte estatal.

»En las sociedades distintas a las de economía mixta en que el estado participe la vigilancia fiscal se hará de acuerdo con lo previsto en este artículo.

»Parágrafo 1º. La vigilancia fiscal en las entidades de que trata el artículo 94, 95 y 96 de la Ley 489 de 1998, se hará teniendo en cuenta si se trata de aporte o participación del Estado. En el primer caso se limitará la vigilancia hasta la entrega del aporte, en el segundo se aplicará lo previsto en inciso primero del presente artículo.

»Parágrafo 2º. Lo dispuesto en este artículo se realizará sin perjuicio de la revisoría fiscal que se ejerce en ellas.

»El informe del revisor fiscal a la asamblea general de accionistas o junta de socios deberá ser remitido al órgano de control fiscal respectivo con una antelación no menor de diez (10) días a la fecha en que se realizará la asamblea o junta. Igualmente deberá el revisor fiscal presentar los informes que le sean solicitados por el contralor». [↑](#footnote-ref-39)