<CCE-DES-FM-17

**INSTITUCIONES PRESTADORAS DE SALUD INDIGENA – IPSI – Naturaleza jurídica – Régimen de contratación**

[…] las I.P.S. Indígenas solo son consideradas como entidades públicas para efectos de la contratación que de manera obligatoria deben efectuar las administradoras del régimen subsidiado con las IPS públicas en los términos del artículo 25 de la Ley 691 de 2001, en cuyo caso, las entidades territoriales y las entidades promotoras de salud del régimen subsidiado les darán trato de empresas sociales del Estado. Para efectos distintos a estos, las I.P.S indígenas no son ni pueden ser consideradas entidades públicas. En todo caso, el régimen de contratación que les aplica es el derecho privado.

**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 explica 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 – Ejecución de recursos públicos**

[…] el deber de publicar en el SECOP se fundamenta en una idea general, esto es, que se debe publicar toda actividad contractual en la que se ejecuten recursos públicos, con independencia de la naturaleza jurídica de la entidad contratante, de su régimen contractual, incluso, sin importar la tipología del contrato a celebrar. Igualmente, este deber debe hacerse efectivo en el SECOP I o en el SECOP II, dependiendo de cada caso.

****

Bogotá, 25 Mayo 2022

Señor

**Gustavo Adolfo Patarroyo Cubides**

Ciudad

**Concepto C ‒ 337 de 2022**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:** | INSTITUCIONES PRESTADORAS DE SALUD INDIGENA – IPSI – Naturaleza jurídica – Régimen de contratación / PRINCIPIO DE PUBLICIDAD – Democracia – Estado social de Derecho – Fundamento axiológico / SECOP – Ejecución de recursos públicos |
| **Radicación:** | Respuesta a consulta # P20220411003658 y P20220418003742 |

Estimado señor Patarroyo:

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 sus consultas del 11 y del 17 de abril de 2022.

1. **Problema planteado**

Usted formula la siguiente consulta:

«las IPS Indígenas a que hace alusión el artículo 25 de la Ley 691 de 2001 son únicamente aquellas que hayan sido creadas por las Asociaciones de Cabildos y /o Autoridades Tradicionales Indígenas debidamente constituidos de conformidad con el Decreto 1088 de 1993 y demás disposiciones sobre la materia, ASI LAS COSAS SE PREGUNTA

UNO; CUAL ES EL RÉGIMEN CONTRACTUAL APLICABLE A LA IPS DE CARÁCTER INDÍGENA

DOS; ES OBLIGATORIO PUBLICAR EN EL SECOP LA CONTRATACIÓN DE LAS IPS INDIGENAS»

1. **Consideraciones**

Para responder la consulta se analizarán los siguientes temas: i) la naturaleza y régimen de contratación de las Instituciones Prestadoras de Salud Indígenas –IPSI– y ii) el fundamento axiológico de la publicidad de la información oficial de la contratación estatal en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública –SECOP–.

La Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente– unificó su doctrina sobre el deber de las entidades exceptuadas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –o con régimen especial– de publicar sus actuaciones contractuales en el SECOP, en el concepto CU-003 del 15 de enero de 2020, el cual se reiterará a continuación.

Adicionalmente, para desarrollar el problema planteado, se explicará el deber de publicidad de la información contractual en el SECOP. La Agencia Nacional de Contratación Pública estudió este tema en la consulta No. 4201913000005397 del 9 de agosto de 2019 y reiteró la posición en los siguientes conceptos: 4201912000006611 del 25 de septiembre de 2019, 4201913000006847 del 4 de octubre de 2019, 4201912000007762 del 18 de noviembre de 2019 y 4201912000007828 del 13 de noviembre de 2019. Las tesis expuestas en los anteriores conceptos fueron unificadas en el concepto CU-003 del 15 de enero de 2020. Dicho concepto de unificación, fue reiterado en los conceptos C-116 del 18 de febrero de 2020, C-079 del 5 de febrero de 2020, C-061 del 3 de marzo de 2020, C-088 del 3 de marzo de 2020, C-072 del 4 de marzo de 2020, C-087 del 4 de marzo de 2020, C-147 del 17 de marzo de 2020, C-149 del 24 de marzo de 2020, C-158 del 3 de abril de 2020, C-265 del 3 de abril de 2020, C-176 del 6 de abril de 2020, C-264 del 7 de abril de 2020, C-270 del 15 de abril de 2020, C-271 del 22 de abril de 2020, C-009 del 27 de abril de 2020, C-011 del 27 de abril de 2020, C-272 del 27 de abril de 2020, C-015 del 29 de abril de 2020, C-312 del 6 de mayo de 2020, C-035 del 26 de mayo de 2020, C-346 del 26 de mayo de 2020, C-369 del 4 de junio de 2020, C-399 del 26 de junio de 2020, C-372 del 30 de junio de 2020, C-437 del 6 de julio de 2020,C-468 del 24 de julio de 2020, C-494 del 4 de agosto de 2020, C-449 del 5 de agosto de 2020, C-559 del 25 de agosto de 2020, C-562 del 25 de agosto de 2020, C-574 del 27 de agosto de 2020, C-680 de 18 de noviembre de 2020 y C-780 del 18 de enero de 2021. Finalmente, como consecuencia del Auto del Consejo de Estado del 25 de febrero de 2021 se expidieron los conceptos C-094 del 13 de abril de 2021, C-137 del 13 de abril de 2021, C-185 del 29 de abril de 2021, C-241 del 27 de mayo de 2021 y C-083 del 18 de marzo de 2022. Las tesis expuestas en estos conceptos se reiteran a continuación y se complementan en lo pertinente.

**2.1. Naturaleza jurídica y régimen de contratación de las IPS indígenas**

Según lo señalado en el literal i) del artículo 156 de la Ley 100 de 1993[[1]](#footnote-1) las Instituciones Prestadoras de Salud son entidades oficiales, mixtas, privadas, comunitarias y solidarias, organizadas para la prestación de los servicios de salud a los afiliados del Sistema General de Seguridad Social en Salud, dentro de las Entidades Promotoras de Salud o fuera de ellas. Frente a su naturaleza jurídica la Corte Constitucional señaló:

Son entidades organizadas para la prestación de los servicios de salud, que tienen como principios básicos la calidad y la eficiencia, cuentan con autonomía administrativa, técnica y financiera, y deben propender por la libre concurrencia de sus acciones. El legislador ha considerado que se trata de entidades que prestan servicios en el área de la salud, compiten en este mercado, deben respetar las reglas que impiden el monopolio y garantizan la libertad de competencia en la prestación de sus servicios, con lo cual queda demostrado que jurídicamente son valoradas como empresas creadas, entre varios fines, con el propósito de obtener lucro económico, salvo claro está aquellas entidades sin ánimo de lucro […].[[2]](#footnote-2)

De acuerdo con el artículo 25 de la Ley 691 de 2001, mediante la cual se reglamenta la participación de los Grupos Étnicos en el Sistema General de Seguridad Social en Colombia, las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud Indígenas (IPSI) hacen parte de la red pública como instituciones prestadoras de salud. No obstante, estas no se entienden como entidades públicas *de manera general*, sino únicamente para los efectos específicos del artículo 25 en mención, es decir, para lo relacionado con la contratación de las administradoras del régimen subsidiado con las IPS públicas. Dicho de otro modo, las IPSI tienen una naturaleza jurídica distinta, según la circunstancia en que se encuentren: i) la de entidades privadas, como *regla general*, y ii) la de empresas sociales del Estado –o sea, la de entidades descentralizadas por servicios–, «Para efectos, de la contratación que de manera obligatorio deben efectuar las administradoras del régimen subsidiado con las IPS públicas», en los términos del artículo 25 de la Ley 691 de 2001. Así lo indicó el Consejo de Estado el 24 de enero de 2013[[3]](#footnote-3), al señalar que:

Con arreglo a lo señalado por esta Corporación, debe precisarse que aunque las IPS Indígenas pueden ser del orden municipal o distrital no son entidades públicas, *y que solo son consideradas como tales* única y exclusivamente para efectos de la contratación que de manera obligatoria deben efectuar las administradoras del régimen subsidiado con las IPS públicas, en tanto y en cuanto se entiende que dichas instituciones son parte de la red pública, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 25 de la Ley 691 de 2001 y 54 de la Ley 715 de 2001. Por consiguiente, para efectos distintos a estos, como los relativos a la contratación del personal de las IPS Indígenas es claro que éstas no son ni pueden ser consideradas entidades públicas (énfasis fuera de texto).

En igual sentido, esta Corporación indicó que la normatividad para los asuntos indígenas está sometida a un régimen jurídico especial en virtud del cual las IPS indígenas hacen parte de la red pública como unidades prestadoras del servicio de salud a nivel territorial[[4]](#footnote-4), en los siguientes términos:

[…] la Sala considera que la normatividad para los asuntos indígenas está sometida a un régimen jurídico especial por disposición constitucional, legal y por instrumento internacional al cual Colombia está comprometida. Ese régimen jurídico especial está integrado además de los mandatos constitucionales, por las normas específicas que sobre asuntos indígenas prevé la ley 715, la cual en su de carácter orgánica tiene mayor jerarquía normativa en la hermenéutica jurídica de las disposiciones de las demás leyes tanto de la ley especial proferida en materia de salud para las comunidades indígenas proferida por el legislador mediante la ley 691 de 2001 como de ley 100 de 1993, que por su ámbito y trámite es de carácter general y ordinario.

De acuerdo con ese régimen jurídico especial, los resguardos indígenas mientras no se constituyan en entidades territoriales, de conformidad con la ley de ordenamiento territorial, son beneficiarios del sistema general de participaciones de los recursos que la Nación transfiere a las entidades territoriales para atender los servicios de salud, según lo establezca la ley, de acuerdo a la reforma constitucional prevista en el acto legislativo 01 de 2001. Asimismo, de conformidad con ese régimen jurídico especial las IPS-I hacen parte de la red pública como unidades prestadoras del servicio de salud a nivel territorial, de acuerdo con lo prescrito por los artículos 25 de la ley 691 de 2001 y 54 de la ley 715 de 2001, el cual señala que para efectos de la contratación que de manera obligatoria deben efectuar las administradoras del régimen subsidiado con las IPS públicas, se entenderá como parte de la red pública, a las IPS creadas por las autoridades de los pueblos indígenas.

Por otra parte, el Decreto Único Reglamentario 780 de 2016, por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social, indica que para los efectos de la contratación de servicios de salud de que trata el artículo 25 de la Ley 691 de 2001, las IPS indígenas serán tratadas como empresas sociales del Estado:

ARTÍCULO 2.3.1.5. INSTITUCIONES PRESTADORAS DE SERVICIOS DE SALUD INDÍGENAS (IPS), INDÍGENAS. De conformidad con lo dispuesto por el artículo [25](https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley_0691_2001.htm#25) de la Ley 691 de 2001 y para los efectos señalados en el literal f) del artículo [14](https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley_1122_2007.htm#14) y los artículos [16](https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley_1122_2007.htm#16) y [20](https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley_1122_2007.htm#20) de la Ley 1122 de 2007, sobre la contratación de servicios de salud, las entidades territoriales y las entidades promotoras de salud del régimen subsidiado les darán a las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud Indígenas (IPSI) tratamiento de empresas sociales del Estado.

En este orden de ideas, al recibir las I.P.S indígenas el tratamiento de empresas sociales del Estado, solo para los efectos del artículo 25 de la Ley 691 de 2001, de ello se sigue que su régimen contractual es el definido en el numeral 6 del artículo 195 de la Ley 100 de 1993. Esta norma señala que el régimen de contratación de las Empresas Sociales del Estado – ESE es el de derecho privado. La disposición referida prescribe que «En materia contractual se regirá por el derecho privado, pero podrá discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el estatuto general de contratación de la administración pública». De acuerdo con esta norma, los contratos suscritos por Empresas Sociales del Estado se rigen por el derecho privado, sin embargo, esto no implica la inobservancia de los principios de la función administrativa y la gestión fiscal, teniendo en cuenta que su objeto corresponde a la prestación del servicio de salud a cargo del Estado o como parte del servicio de seguridad social[[5]](#footnote-5).

En este mismo sentido, la Sala de Consulta de Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto del 6 de Abril de 2000[[6]](#footnote-6), se refirió al régimen de derecho privado de las empresas sociales del Estado, al indicar que:

«Por regla general, en materia de contratación las Empresas Sociales del Estado se rigen por las normas ordinarias de derecho comercial o civil. En el caso de que discrecionalmente, dichas empresas hayan incluido en el contrato cláusulas excepcionales, éstas se regirán por las disposiciones de la ley 80 de 1993. Salvo en este aspecto, los contratos seguirán regulados por el derecho privado". (Resalta la Sala).

Sin embargo, estima pertinente aclarar que cuando tales empresas, hipotéticamente tuvieran que celebrar los contratos a que se refiere el artículo 32 de la ley 80, no es pertinente dar aplicación a disposiciones distintas a las de derecho privado».

De acuerdo con lo expuesto, las I.P.S. Indígenas solo son consideradas como entidades públicas para efectos de la contratación que, de manera obligatoria, deben efectuar las administradoras del régimen subsidiado con las IPS públicas en los términos del artículo 25 de la Ley 691 de 2001, en cuyo caso las entidades territoriales y las entidades promotoras de salud del régimen subsidiado les darán trato de empresas sociales del Estado. Para efectos distintos a estos, las I.P.S indígenas no son ni pueden ser consideradas entidades públicas, sino órganos privados y con mayor razón se rigen en su actividad contractual por las normas civiles y comerciales. No obstante, se debe tener en cuenta que independientemente de la naturaleza jurídica concreta a la que obedezca una I.P.S, es claro que estas, como actores del sistema general de seguridad social en salud[[7]](#footnote-7), cuando actúan como Empresas sociales del Estado –en los términos ya explicados– o administran recursos públicos, son sujetos obligados, en dichos eventos, de la Ley de transparencia y acceso a la información pública. En tal sentido, como se explicará en el próximo apartado, así el régimen contractual de una entidad exceptuada del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública sea el derecho privado –como sucede con las empresas sociales del Estado–, ello no la exime de cumplir el deber de publicar su información contractual en el SECOP. Este deber también se predica de los órganos, púbicos o privados, que administren recursos públicos.

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

La Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente, analizó el fundamento axiológico del deber de publicidad de la información oficial de la contratación estatal en el SECOP, así como los 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, en el concepto C-083 del 18 de marzo de 2022. Para efectos de dar respuesta a la pregunta número dos de la consulta planteada, a continuación se resaltan y se complementan los aspectos más importantes de dicho concepto, el cual podrá ser consultado para mayor profundidad sobre el tema en la relatoría de Colombia Compra Eficiente en su página web.[[8]](#footnote-8)

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 explica 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»[[9]](#footnote-9). 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, explica:

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[[10]](#footnote-10).

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»[[11]](#footnote-11).

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»[[12]](#footnote-12). 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. En el artículo 5, la ley estatutaria citada incluye dentro de la lista de sujetos obligados a todas las entidades públicas, y, además, en el literal c) a las personas naturales y jurídicas, públicas o privadas, que presten función pública, que presten servicios públicos respecto de la información directamente relacionada con la prestación del servicio público; también incluye en el literal g) a las entidades que administren recursos de naturaleza u origen público[[13]](#footnote-13).

Esto significa que las I.P.S indígenas como actores del sistema general de seguridad social en salud, administran recursos públicos, lo que las ubica dentro de los sujetos obligados que señala el literal g) y, además, prestan el servicio público de salud, por lo que también se enmarcan dentro de los sujetos obligados que señala el literal c) del artículo 5 de la Ley 1712 de 2014. En otras palabras, independientemente de que una I.P.S. indígena sea considerada entidad privada –lo cual ocurre por regla general, como se indicó– o una empresa social del Estado –para efectos del artículo 25 de la Ley 691 de 2001–, si ingresa dentro de los supuestos definidos en el artículo 5 de la Ley 1712 de 2014 se considerará sujeto obligado y deberá cumplir las disposiciones establecidas en dicho cuerpo normativo, en materia de transparencia.

Uno de los deberes definidos en la Ley 1712 de 2014, que deben acatar los sujetos obligados, es publicar la información contractual en el SECOP. En efecto, el literal el) del artículo 9 señala que los sujetos obligados deben publicar la información relativa a su contratación. Esta obligación fue desarrollada por el Decreto Único Reglamentario 1081 de 2015[[14]](#footnote-14), 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[[15]](#footnote-15).

La Circular Externa Única expedida por la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente estableció que todas las entidades del Estado tienen 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[[16]](#footnote-16). Además, esta circular 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» y «4. Los particulares que contraten con cargo a recursos públicos. Estos deberán realizar la publicación a través del módulo “Régimen Especial”».

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[[17]](#footnote-17), 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[[18]](#footnote-18).

Adicionalmente, la publicación de 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[[19]](#footnote-19).

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 se fundamenta en el literal c) del artículo 3 de la Ley 1150 de 2007. Así, la decisión judicial citada refuerza 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.

De otro lado, el 18 de enero del año en curso se promulgó la Ley 2195 de 2022. Según lo establece su artículo 1, esta Ley «[…] tiene por objeto adoptar disposiciones tendientes a prevenir los actos de corrupción, a reforzar la articulación y coordinación de las entidades del Estado y a recuperar los daños ocasionados por dichos actos con el fin de asegurar promover la cultura de la legalidad e integridad y recuperar la confianza ciudadana y el respeto por lo público». Dentro del capítulo VIII de esta Ley, que lleva por título «Disposiciones en materia contractual para la moralización y la transparencia», se ubican los artículos 50 al 58, que, en su conjunto, regulan los siguientes aspectos: i) el registro de la contabilidad, por parte de los contratistas del Estado obligados a ello, que ejecuten recursos públicos –artículo 50–, ii) la inhabilidad por incumplimiento reiterado en los contratos de alimentación escolar –artículo 51–, iii) las cláusulas excepcionales en los contratos celebrados con el objeto señalado anteriormente –artículo 52–, iv) el deber de las entidades que cuentan con un régimen contractual especial, de publicar los documentos relacionados con su actividad contractual en el SECOP II –artículo 53–, v) la nueva causal de selección abreviada para la adquisición de bienes o servicios *no* uniformes de común utilización –artículo 54–, vi) la obligación de adoptar el modelo de autoevaluación periódico para los sujetos obligados a implementar políticas de transparencia y ética empresarial –artículo 55–, vii) la aplicación de los documentos tipo a entidades con régimen especial –artículo 56–, viii) la obligación, radicada en los revisores fiscales, de denunciar los actos de corrupción –artículo 57–, y ix) la reducción de puntaje por incumplimiento de contratos –artículo 58–.

Según se indicó, el artículo 53 de la Ley 2195 de 2022 hace obligatorio el uso del SECOP II para las entidades exceptuadas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. En efecto, esta norma dispone:

Adiciónese los siguientes incisos al artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, el cual quedará así:

Artículo 13. PRINCIPIOS GENERALES DE LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL PARA ENTIDADES NO SOMETIDAS AL ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal.

En desarrollo de los anteriores principios, deberán publicar los documentos relacionados con su actividad contractual en el Sistema Electrónico para la Contratación PÚBLICA –SECOP II– o la plataforma transaccional que haga sus veces. Para los efectos de este artículo, se entiende por actividad contractual los documentos, contratos, actos e información generada por oferentes, contratista, contratante, supervisor o interventor, tanto en la etapa precontractual, como en la contractual y la postcontractual.

A partir de la entrada en vigencia de la presente Ley, se establecerá un periodo de transición de seis (6) meses, para que las entidades den cumplimiento efectivo a lo aquí establecido.

Como puede observarse, aunque la publicación en el SECOP de los documentos relacionados con la actividad contractual ya era obligatoria –lo sigue siendo– para las entidades que cuentan con un régimen especial, el artículo 53 de la Ley 2195 de 2022 –que modifica el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007– establece con mayor precisión este deber y lo complementa con la exigencia de emplear el SECOP II. En otras palabras, en el artículo 53 de la Ley 2195 de 2022 el Congreso de la República dispone que las entidades estatales exceptuadas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública deben publicar en el SECOP II –es decir en la plataforma transaccional vigente– su actividad contractual.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente considera que al establecer el artículo 53 que este deber ha de cumplirse en el SECOP II «o la plataforma transaccional que haga sus veces» esto debe interpretarse en el sentido en que a pesar de que en la actualidad el SECOP II es la plataforma transaccional vigente en el Estado colombiano, si en el futuro esta es reemplazada por otra que tenga otra denominación, las entidades que tienen un régimen especial de contratación pública deben continuar publicando la documentación de su actividad transaccional en la nueva plataforma.

Finalmente, el referido artículo dispone, en el inciso final, que «A partir de la entrada en vigencia de la presente Ley, se establecerá un periodo de transición de seis (6) meses, para que las entidades den cumplimiento efectivo a lo aquí establecido». Es decir que se trata de un período concedido por el Legislador a las entidades que tienen un régimen especial de contratación para adelantar las gestiones administrativas, técnicas y jurídicas pertinentes, a fin de cumplir lo establecido en el artículo 53. Este período de transición va del 18 de enero al 18 de julio de 2022. La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente también podría impartir directrices sobre este tema a través de sus instrumentos doctrinarios y reglamentarios[[20]](#footnote-20).

Para concluir, el deber de publicar en el SECOP se fundamenta en una idea general, esto es, que se debe publicar *toda actividad contractual en la que se ejecuten recursos públicos,* con independencia de la naturaleza jurídica de la entidad contratante, de su régimen contractual, incluso, sin importar la tipología del contrato a celebrar. Igualmente, este deber debe hacerse efectivo en el SECOP I o en el SECOP II, dependiendo de cada caso.

Cabe aclarar que debido a que las entidades sometidas al derecho privado 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 de la Administración 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, pero, además, también aplica a las personas naturales y jurídicas, públicas o privadas, que presten función pública, que presten servicios públicos, respecto de la información directamente relacionada con la prestación del servicio público, y las entidades que administren recursos de naturaleza o de origen público.

**3. Respuesta**

«las IPS Indígenas a que hace alusión el artículo 25 de la Ley 691 de 2001 son únicamente aquellas que hayan sido creadas por las Asociaciones de Cabildos y /o Autoridades Tradicionales Indígenas debidamente constituidos de conformidad con el Decreto 1088 de 1993 y demás disposiciones sobre la materia, ASI LAS COSAS SE PREGUNTA

»UNO; CUAL ES EL RÉGIMEN CONTRACTUAL APLICABLE A LA IPS DE CARÁCTER INDÍGENA […]»

De acuerdo con la normativa y la jurisprudencia expuestas en las consideraciones del presente concepto, las I.P.S. indígenas no se consideran entidades públicas por regla general, sino únicamente para lo relacionado con la contratación de las administradoras del régimen subsidiado con las IPS públicas, en los términos del artículo 25 de la Ley 691 de 2001, caso en el cual las entidades territoriales y las entidades promotoras de salud del régimen subsidiado las tratarán como empresas sociales del Estado. En ese evento, el régimen de contratación de las I.P.S indígenas es el derecho privado, de conformidad con el artículo 195, numeral 6, de la Ley 100 de 1993, que dispone que las empresas sociales del Estado «En materia contractual se regirá por el derecho privado, pero podrá discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el estatuto general de contratación de la administración pública». Ahora bien, en los demás casos –que equivalen a la regla general, como lo ha indicado la jurisprudencia citada–, las I.P.S. indígenas se consideran entidades privadas, y por tanto, con mayor razón, se rigen en materia contractual por las normas civiles y comerciales, sin perjuicio de aplicar los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal cuando administren recursos públicos.

«DOS; ES OBLIGATORIO PUBLICAR EN EL SECOP LA CONTRATACIÓN DE LAS IPS INDIGENAS»

En la medida en que las IPS indígenas ejecuten recursos públicos están obligadas a publicar en el SECOP. El deber de publicar en el SECOP se fundamenta en una idea general, esto es, que se debe publicar *toda actividad contractual en la que se ejecuten recursos públicos,* con independencia de la naturaleza jurídica de la entidad contratante, de su régimen contractual, incluso, sin importar la tipología del contrato a celebrar. Independientemente de la naturaleza jurídica concreta a la que obedezca una IPS indígena, es claro que estas como actores del sistema general de seguridad social en salud, podrían administrar recursos públicos, lo que las ubica dentro de los sujetos obligados que señala el literal g) del artículo 5 de la Ley 1712 de 2014, es decir, las entidades que administren recursos de naturaleza u origen público.

De igual manera, la Circular Única Externa expedida por Colombia Compra Eficiente señala que deben publicar su actividad contractual en el SECOP los particulares que contraten con cargo a recursos públicos, por lo que en los casos que las IPS indígenas realicen contrataciones con recursos públicos están obligadas a publicar en el SECOP, independientemente de su régimen jurídico.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Guillermo Escolar Flórez  Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Cristian Andrés Díaz Díez  Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado Navarro  Subdirector de Gestión Contractual ANCP – CCE |

1. Ley 100 de 1993: «Artículo 156 […] i) Las Instituciones Prestadoras de Salud son entidades oficiales, mixtas, privadas, comunitarias y solidarias, organizadas para la prestación de los servicios de salud a los afiliados del Sistema General de Seguridad Social en Salud, dentro de las Entidades Promotoras de Salud o fuera de ellas. El Estado podrá establecer mecanismos para el fomento de estas organizaciones y abrir líneas de crédito para la organización de grupos de práctica profesional y para las Instituciones Prestadoras de Servicios de tipo comunitario y Solidario […]». [↑](#footnote-ref-1)
2. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-064 del 30 de enero de 2008. Exp. D-6854. M.P. Clara Inés Vargas Hernández [↑](#footnote-ref-2)
3. Consejo de Estado. Sección Primera Fecha: 24/01/2013 Radicado: 44001-23-31-000-2012-00009-01 (PI) Ponente: Guillermo Vargas Ayala [↑](#footnote-ref-3)
4. Ibídem. [↑](#footnote-ref-4)
5. En sentencia C-171 de 2012, la Corte Constitucional se pronunció, así: « La jurisprudencia de esta Corte ha explicado respecto del régimen y naturaleza de las Empresas Sociales del Estado que (i) la ley 100 de 1993 creó el sistema de seguridad social y definió en el artículo 94 la naturaleza de las Empresas Sociales del Estado; (ii) que el objeto de estas Empresas es la prestación de los servicios de salud, como servicio publico a cargo del Estado, o como parte del servicio público de seguridad social; […]». [↑](#footnote-ref-5)
6. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil, expediente 1.263, Magistrado Ponente Flavio Augusto Rodríguez Arce [↑](#footnote-ref-6)
7. Ley 100 de 1993, «Artículo8**.** Conformación del Sistema de Seguridad Social Integral. El Sistema de Seguridad Social Integral es el conjunto armónico de entidades públicas y privadas, normas y procedimientos y está conformado por los regímenes generales establecidos para pensiones, salud, riesgos profesionales y los servicios sociales complementarios que se definen en la presente Ley» [↑](#footnote-ref-7)
8. Colombia Compra Eficiente. https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos [↑](#footnote-ref-8)
9. BOBBIO, Norberto. Democracia y secreto. México: Fondo de Cultura Económica, 2013. p. 27. [↑](#footnote-ref-9)
10. Corte Constitucional. Sentencia C- 341 del 4 de junio de 2014. M. P. Mauricio González Cuervo. [↑](#footnote-ref-10)
11. 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-11)
12. 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-12)
13. Ley 1712 de 2014: «Artículo 5. Ámbito de aplicación. Las disposiciones de esta ley serán aplicables a las siguientes personas en calidad de sujetos obligados:

    » a) Toda entidad pública, incluyendo las pertenecientes a todas las Ramas del Poder Público, en todos los niveles de la estructura estatal, central o descentralizada por servicios o territorialmente, en los órdenes nacional, departamental, municipal y distrital.

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

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

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

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

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

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

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

    » PARÁGRAFO 1o. No serán sujetos obligados aquellas personas naturales o jurídicas de carácter privado que sean usuarios de información pública.». [↑](#footnote-ref-13)
14. «Artículo 2.1.1.2.1.7. Publicación de la información contractual. De conformidad con el literal (c) del artículo 3° de la Ley 1150 de 2007, el sistema de información del Estado en el cual los sujetos obligados que contratan con cargo a recursos públicos deben cumplir la obligación de publicar la información de su gestión contractual es el Sistema Electrónico para la Contratación Pública [SECOP]

    […].

    «Los sujetos obligados que contratan con recursos públicos y recursos privados, deben publicar la información de su gestión contractual con cargo a recursos públicos en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública [SECOP]». [↑](#footnote-ref-14)
15. Corte Constitucional. Sentencia C‒274 de 9 de mayo de 2013. M.P. María Victoria Calle Correa. [↑](#footnote-ref-15)
16. «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-16)
17. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. [↑](#footnote-ref-17)
18. 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-18)
19. Ibíd. [↑](#footnote-ref-19)
20. En relación con este aspecto, también resulta relevante la Circular Externa 002 del 17 de marzo de 2022, de la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, disponible en: <https://www.colombiacompra.gov.co/circulares>. [↑](#footnote-ref-20)