**DEBER DE PUBLICIDAD – Entidades exceptuadas del estatuto general de contratación**

La Ley 1712 de 2014, por medio de la cual se crea la Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional y se dictan otras disposiciones, identifica como principios que orientan el derecho de acceso a la información pública, el principio de máxima publicidad, el principio de transparencia en la información y el principio de 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». 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, a través de los medios y procedimientos que establezca la ley. Y el principio de buena fe hace referencia al deber de todo sujeto obligado de cumplir con las obligaciones derivadas del derecho de acceso a la información pública con motivación honesta, leal y desprovista de cualquier intención dolosa o culposa.

La citada Ley establece, en el literal e) del artículo 9, que los *sujetos obligados* deben publicar la información relativa a su contratación. El artículo 5 *ibidem*, al describir qué se entiende por sujetos obligados, consagra una lista cuyo propósito es incluir a cualquier entidad, órgano, organismo, o persona natural que desempeñe funciones públicas o administre recursos públicos. También son sujetos obligados las empresas públicas, las empresas del Estado y las sociedades en las que el Estado tenga participación, sin que importe su monto.

**SECOP II – Deber de publicidad – Entidades exceptuadas del estatuto general de contratación – Modificación artículo 53 de la Ley 2195 de 2022**

[…] Ley 2195 de 2022, por medio de la cual se adoptan medidas en materia de transparencia, prevención y lucha contra la corrupción. Según el 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 la Ley en mención, que lleva por título «Disposiciones en materia contractual para la moralización y la transparencia», se ubica el artículo 53, a través del cual se adiciona el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007. La referida disposición les asigna a las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública la obligación de 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.

**SECOP II – Deber de publicidad – Entidades exceptuadas del estatuto general de contratación – Documentos relacionados con la actividad contractual**

En cuanto a los documentos que deben publicarse en el SECOP II, a efectos de cumplir el mandato consagrado en el artículo 53 de la Ley 2195 de 2022, es preciso advertir que la disposición hace referencia a los documentos relacionados con su *actividad contractual,* la cual define como «[…] 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». En ese sentido, el artículo 53 de la Ley 2195 de 2022 establece el deber de publicar toda aquella información relacionada con el respectivo contrato, sin incluir ninguna excepción relacionada con la naturaleza u objeto contractual. Por lo tanto, para que las entidades exceptuadas cumplan con el deber de publicidad consagrado en el artículo 53 de la Ley 2195 de 2022, se requiere que publiquen en el SECOP II todo documento expedido durante las diferentes etapas del proceso contractual, abarcando desde la fase previa a su celebración, pasando por la ejecución y hasta la fase posterior a su ejecución.

**SECOP II – Deber de publicidad – Entidades exceptuadas del estatuto general de contratación – Vigencia**

Finalmente, el inciso final del artículo 53 dispone 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 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 citado. Este período de transición va del 18 de enero al 18 de julio de 2022. Si bien la norma materia de estudio no hace referencia a los contratos suscritos con anterioridad a su entrada en vigencia, de acuerdo con el artículo 38 de la Ley 153 de 1887, el cual dispone que en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración, la obligación para las entidades estatales exceptuadas de publicar los documentos relacionados con su actividad contractual en el SECOP II aplica para los contratos suscritos con posterioridad al término dispuesto en el artículo 53 de la Ley 2195 de 2022, esto es, el 18 de julio de 2022.

**SECOP II – Deber de publicidad – Entidades exceptuadas del estatuto general de contratación – Uso**

[…] dado que el artículo 53 de la Ley 2195 de 2022 no cambió la forma en que se perfeccionan los contratos suscritos por estas entidades exceptuadas, para cumplir con el deber de publicidad que les asiste, estas podrán elegir cualquiera de las siguientes opciones:

1. Firmar el contrato electrónicamente, es decir, realizar un uso transaccional de la plataforma.
2. Firmar el contrato en físico y publicar los documentos de ejecución en la etapa precontractual del SECOP II, es decir, realizar un uso publicitario de la plataforma.

En el primer caso, si la entidad opta por hacer uso de la plataforma de manera transaccional (firmando el contrato electrónicamente), deberá utilizar el módulo de «Contratación Régimen Especial», estructurar el proceso de contratación, generar el contrato electrónico y realizar la gestión contractual en línea a través de la plataforma.

En el segundo caso, si decide utilizar el SECOP II como herramienta de publicidad, deberá crear el proceso de contratación en el SECOP II mediante el módulo «*Contratación Régimen Especial (sin ofertas)»*, cargar todos los documentos del proceso en la sección dispuesta para ello y publicar el proceso. La publicación de los documentos de la gestión contractual, incluido el contrato firmado manuscritamente, debe realizarse mediante modificaciones al proceso a través de la opción “Modificaciones/Adendas”. Sin embargo, las entidades públicas deberán tener en cuenta que, si utilizan esta opción, no deben dar clic en “*Finalizar*” después de publicar el proceso, en tanto que la plataforma cierra el expediente y no permite la publicación posterior de ningún otro documento.

**EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVICIOS PÚBLICOS – Naturaleza jurídica**

El artículo 14 de dicha Ley clasificó a las empresas de servicios públicos domiciliarios así: i) oficial –«[…] aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o estas tienen el 100% de los aportes»–, ii) mixta –«[…] aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o éstas tienen aportes iguales o superiores al 50%»– y iii) privada –«[…] aquella cuyo capital pertenece mayoritariamente a particulares, o a entidades surgidas de convenios internacionales que deseen someterse íntegramente para estos efectos a las reglas a las que se someten los particulares»–.

**EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVICIOS PÚBLICOS– Régimen contractual aplicable**

En lo que atañe específicamente al régimen de contratación, el artículo 31 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001, al cual se hace mención en la consulta que nos convoca, dispone que los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos domiciliarios «no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa». Por su parte, el artículo 32 de la Ley 142 consagra el régimen de derecho privado para las empresas de servicios públicos domiciliarios, indicando que sus actos se rigen por las reglas del derecho privado.

En consecuencia, de la lectura sistemática de las normas referidas puede concluirse que el régimen jurídico que, por regla general, debe aplicarse a la contratación que efectúan las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios es el derecho privado, y solo excepcionalmente el contenido en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. En otras palabras, las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios se sujetan, en su actividad contractual, a las disposiciones del derecho privado, salvo en aquellos casos en los que la Constitución, la Ley 142 de 1994 u otras leyes especiales, sometan tal conducta al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, es decir, a la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007 y demás normas complementarias.

**EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVICIOS PÚBLICOS – Régimen contractual aplicable – Deber de publicidad – Modificación artículo 53 de la Ley 2195 de 2022**

Así las cosas, el hecho de que las empresas de servicios públicos domiciliarios no estén sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública no significa que su actividad contractual se rija por un «derecho privado puro», pues este se encuentra irrigado por los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, previstos en los artículos 209 y 267 de la Constitución. Asimismo, les aplica el régimen de inhabilidades e incompatibilidades y están obligadas a cumplir con el deber de publicar su actividad contractual en los términos analizados en los numerales anteriores de este concepto, conforme lo dispone el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 53 de la Ley 2195 de 2022.

De lo expuesto se concluye que las empresas de servicios públicos domiciliarios, independientemente de que el régimen contractual que les aplica sea el derecho privado, deben publicar su actividad en el SECOP II o la plataforma transaccional que haga sus veces, de acuerdo con lo establecido en el artículo 53 de la Ley 2195 de 2022. La disposición citada no consagra ninguna excepción respecto a su aplicación, por lo cual todas las entidades que no se encuentran sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública deberán cumplir con el deber de publicación analizado en el presente concepto, sin que sea posible modular sus efectos.





CCE-DES-FM-17

Bogotá D.C., 30 de agosto de 2022

Señora

**ANA MARÍA ORTEGA PERDOMO**

Paujil, Caquetá

 **Concepto C ‒ 508 de 2022**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | DEBER DE PUBLICIDAD – Entidades estatales exceptuadas del estatuto general de contratación de la administración pública / SECOP II – Deber de publicidad – Entidades estatales exceptuadas del estatuto general de contratación de la administración pública – Modificación artículo 53 de la Ley 2195 de 2022 / SECOP II – Deber de publicidad – Entidades estatales exceptuadas del estatuto general de contratación de la administración pública – Documentos relacionados con la actividad contractual / SECOP II – Deber de publicidad – Entidades estatales exceptuadas del estatuto general de contratación de la administración pública – Vigencia / SECOP II – Deber de publicidad – Entidades estatales exceptuadas del estatuto general de contratación de la administración pública – Uso / EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVICIOS PÚBLICOS – Naturaleza jurídica / EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVICIOS PÚBLICOS– Régimen contractual aplicable / EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVICIOS PÚBLICOS – Régimen contractual aplicable – Deber de publicidad – Modificación artículo 53 de la Ley 2195 de 2022  |
| **Radicación:**  | Respuesta a las consultas P20220715006914 y P20220718006982 –Acumulados–  |

Estimada señora Ortega Perdomo:

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 y 18 de julio de 2022.

1. **Problema planteado**

Respecto de la aplicación del artículo 53 de la Ley 2195 de 2022, usted realiza las siguientes consultas:

«[…] me dirijo a ustedes de la manera más atenta, con el ánimo de solicitarles me informen si la empresa de servicios públicos domiciliarios de El Paujil S.A. E.S.P, la cual en sus estatutos establece que: *“La sociedad creada denominada EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS DE EL PAUJIL S.A.  E.S.P., identificada con la sigla “EMSERPAUJIL S.A. E.S.P.", será una Sociedad Anónima de naturaleza Mixta por acciones del Orden Municipal”;*está obligada a aplicar el artículo 53 de la Ley 2195 de 2022, que a letra dice:

***“ARTÍCULO******53.****Adiciónese los siguientes incisos al Artículo*[*13*](https://nam02.safelinks.protection.outlook.com/?url=https%3A%2F%2Fwww.funcionpublica.gov.co%2Feva%2Fgestornormativo%2Fnorma.php%3Fi%3D25678%2313&data=05%7C01%7Cpqrs%40colombiacompra.gov.co%7C9de4df52abf746000f2a08da65fbf796%7C7b09041e245149d08cb179d5e3d8c1be%7C0%7C0%7C637934431151979094%7CUnknown%7CTWFpbGZsb3d8eyJWIjoiMC4wLjAwMDAiLCJQIjoiV2luMzIiLCJBTiI6Ik1haWwiLCJXVCI6Mn0%3D%7C3000%7C%7C%7C&sdata=1wKUrWa3MXVNJOnUC23Fu2wFxOkwxzuy1CIiXkQVYHk%3D&reserved=0)*de la Ley*[*1150*](https://nam02.safelinks.protection.outlook.com/?url=https%3A%2F%2Fwww.funcionpublica.gov.co%2Feva%2Fgestornormativo%2Fnorma.php%3Fi%3D25678%230&data=05%7C01%7Cpqrs%40colombiacompra.gov.co%7C9de4df52abf746000f2a08da65fbf796%7C7b09041e245149d08cb179d5e3d8c1be%7C0%7C0%7C637934431151979094%7CUnknown%7CTWFpbGZsb3d8eyJWIjoiMC4wLjAwMDAiLCJQIjoiV2luMzIiLCJBTiI6Ik1haWwiLCJXVCI6Mn0%3D%7C3000%7C%7C%7C&sdata=XUB3io3sLJ8O1mTzJE55tfh8de3rn5D1O7zy1lzQF5M%3D&reserved=0)*de 2007, el cual quedará así:*

*Artículo*[*13*](https://nam02.safelinks.protection.outlook.com/?url=https%3A%2F%2Fwww.funcionpublica.gov.co%2Feva%2Fgestornormativo%2Fnorma.php%3Fi%3D25678%2313&data=05%7C01%7Cpqrs%40colombiacompra.gov.co%7C9de4df52abf746000f2a08da65fbf796%7C7b09041e245149d08cb179d5e3d8c1be%7C0%7C0%7C637934431151979094%7CUnknown%7CTWFpbGZsb3d8eyJWIjoiMC4wLjAwMDAiLCJQIjoiV2luMzIiLCJBTiI6Ik1haWwiLCJXVCI6Mn0%3D%7C3000%7C%7C%7C&sdata=1wKUrWa3MXVNJOnUC23Fu2wFxOkwxzuy1CIiXkQVYHk%3D&reserved=0)*.****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 11- 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.*

*(Ver Circular No.*[*02*](https://nam02.safelinks.protection.outlook.com/?url=https%3A%2F%2Fwww.funcionpublica.gov.co%2Feva%2Fgestornormativo%2Fnorma.php%3Fi%3D187447%2302&data=05%7C01%7Cpqrs%40colombiacompra.gov.co%7C9de4df52abf746000f2a08da65fbf796%7C7b09041e245149d08cb179d5e3d8c1be%7C0%7C0%7C637934431151979094%7CUnknown%7CTWFpbGZsb3d8eyJWIjoiMC4wLjAwMDAiLCJQIjoiV2luMzIiLCJBTiI6Ik1haWwiLCJXVCI6Mn0%3D%7C3000%7C%7C%7C&sdata=Zh27xfBkahXopTbACUvYXleikg187cbFYt5EEv5uEg0%3D&reserved=0)*de 2022)”.*

Cabe mencionar que la empresa de servicios públicos domiciliarios de El Paujil S.A.E.S.P, se rige por el sector privado de conformidad con lo previsto en la Ley 142 de 1994, modificada por la Ley 689 de 2001, expresamente señalan:

*“****ARTÍCULO  1.******Ámbito de aplicación de la ley.****Esta Ley se aplica a los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, distribución de gas combustible, telefonía fija pública básica conmutada y la telefonía local móvil en el sector rural; a las actividades que realicen las personas prestadoras de servicios públicos de que trata el artículo 15 de la presente Ley, y a las actividades complementarias definidas en el Capítulo II del presente título y a los otros servicios previstos en normas especiales de esta Ley”.*

Por su parte el artículo 31 de la ley 142 de 1994, modificado por el artículo 3 de la ley 689 de 2001, establece que las entidades estatales que prestan los servicios a que se refiere la ley 142 de 1.994, no estarán sujetas a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo que la presente ley (142/94), disponga otra cosa. En consecuencia, los contratos que celebren estas entidades se rigen por las normas del Derecho Privado para colocarlas en condiciones de igualdad con los particulares, en la forma que mejor garantice la libre competencia”.

Que ante, dicha situación, y sin tener certeza o claridad en el tema objeto de consulta, acudimos a ustedes, a fin de aclarar si el mencionado artículo también aplica para este tipo de empresas. […]» (SIC).

1. **Consideraciones**

La Agencia, dentro de los límites de sus atribuciones, resolverá la consulta conforme a las normas generales en materia de contratación estatal. Con este objetivo se analizarán los siguientes temas: i) deber de las entidades estatales exceptuadas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, de publicar los documentos relacionados con su actividad contractual en el SECOP II, previsto en el artículo 53 de la Ley 2195 de 2022; ii) uso del SECOP II por las entidades con exceptuadas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública; y iii) análisis de la aplicación del artículo 53 de la Ley 2195 de 2022 a las empresas de servicios públicos domiciliarios.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se ha pronunciado en múltiples ocasiones sobre los principios de publicidad y de acceso a la información pública en la contratación estatal, y sobre los fundamentos normativos del deber de publicar la documentación contractual en las plataformas SECOP I y SECOP II, en conceptos como el CU-367 del 23 de julio de 2020, reiterado en los conceptos: C−433 de 24 de julio de 2020, C−468 del 24 de julio de 2020, C−474 de 24 de julio de 2020, C−488 del 28 de julio de 2020, C−544 del 21 de agosto de 2020, C−575 del 27 de agosto de 2020, C−643 del 26 de octubre de 2020, C−661 del 17 de noviembre de 2020, C-094 del 13 de abril de 2021, C−068 del 22 de abril de 2021, C-185 del 29 de abril de 2021, C-472 del 6 de septiembre de 2021, C-074 del 10 de marzo de 2022, C-083 del 18 de marzo de 2022, C-135 del 28 de marzo de 2022, C-332 del 24 de mayo de 2022, C-337 del 25 de mayo de 2022, C-355 del 2 de junio de 2022 y C-379 del 22 de junio de 2022. De igual manera, recientemente se pronunció sobre la interpretación del artículo 53 de la Ley 2195 de 2022, en los conceptos C-049 del 7 de marzo de 2022, C-120 del 22 de marzo de 2022, C-124 del 22 de marzo de 2022, C-132 del 28 de marzo de 2022, C-337 del 25 de mayo de 2022, C-348 del 13 de junio de 2022, C-357 del 13 de junio de 2022, C-422 del 13 de julio de 2022, C-475 del 26 de julio de 2022, C-480 del 18 de julio de 2022, C-492 del 2 de agosto de 2022, C-495 del 2 de agosto de 2022 y C-510 del 8 de agosto de 2022. Las ideas expuestas en dichas oportunidades se reiteran a continuación y se complementan en lo pertinente.

**2.1. Deber de las entidades estatales, exceptuadas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, de publicar los documentos relacionados con su actividad contractual en el SECOP II. Modificación introducida por el artículo 53 de la Ley 2195 de 2022**

La Ley 1712 de 2014, por medio de la cual se crea la Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional y se dictan otras disposiciones, identifica como principios que orientan el derecho de acceso a la información pública, el principio de máxima publicidad, el principio de transparencia en la información y el principio de 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»[[1]](#footnote-1). 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, a través de los medios y procedimientos que establezca la ley[[2]](#footnote-2). Y el principio de buena fe hace referencia al deber de todo sujeto obligado de cumplir con las obligaciones derivadas del derecho de acceso a la información pública con motivación honesta, leal y desprovista de cualquier intención dolosa o culposa[[3]](#footnote-3).

La citada Ley establece, en el literal e) del artículo 9, que los *sujetos obligados* deben publicar la información relativa a su contratación. El artículo 5 *ibidem*, al describir qué se entiende por sujetos obligados, consagra una lista cuyo propósito es incluir a cualquier entidad, órgano, organismo, o persona natural que desempeñe funciones públicas o administre recursos públicos. También son sujetos obligados las empresas públicas, las empresas del Estado y las sociedades en las que el Estado tenga participación, sin que importe su monto[[4]](#footnote-4).

La anterior obligación fue desarrollada por el artículo 2.1.1.2.1.7. del Decreto Único Reglamentario 1081 de 2015[[5]](#footnote-5), el cual dispone que la publicación de la información contractual de los sujetos obligados, que contratan con cargo a recursos públicos, debe hacerse en el Sistema Electrónico de Contratación Pública ─ SECOP.

Asimismo, de acuerdo con el literal g) del artículo 11 de la misma Ley, todos los destinatarios de la llamada 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. Además de lo anterior, es indispensable precisar que el artículo 3 de la Ley 1150 de 2007 ya había establecido que el Sistema Electrónico para la Contratación Pública – SECOP «Contará con la información oficial de la contratación realizada con dineros públicos»[[6]](#footnote-6).

Las anteriores disposiciones normativas fueron complementadas con la expedición de la Ley 2195 de 2022, por medio de la cual se adoptan medidas en materia de transparencia, prevención y lucha contra la corrupción. Según el 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 la Ley en mención, que lleva por título «Disposiciones en materia contractual para la moralización y la transparencia», se ubica el artículo 53, a través del cual se adiciona el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007. La referida disposición les asigna a las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública la obligación de 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. Al respecto, la norma citada de manera expresa señala:

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. (Cursiva fuera del original).

Cabe destacar que cuando la norma trascrita hace referencia a que el mencionado deber de publicidad debe cumplirse en el SECOP II o «la plataforma transaccional que haga sus veces», esta expresión debe interpretarse bajo el entendido de que si bien el SECOP II es la plataforma oficial que actualmente se utiliza como mecanismo transaccional, en caso de que dicha plataforma sea remplazada por otra que tenga una denominación distinta, las entidades que tienen un régimen exceptuado deben continuar publicando la documentación de su actividad contractual en la nueva plataforma. En ese sentido, la locución «la plataforma que haga sus veces» no puede interpretarse como una autorización para que las entidades obligadas en virtud del artículo 53 de la Ley 2195 de 2022 pueden emplear sus páginas web o sus propios portales electrónicos para cumplir con el deber de publicidad que les asiste. Con esto se logra que la ciudadanía pueda encontrar en un mismo sistema la gestión de la actividad contractual del Estado, garantizándose en mayor grado la transparencia y el acceso a la información y documentación pública.

En cuanto a los documentos que deben publicarse en el SECOP II, a efectos de cumplir el mandato consagrado en el artículo 53 de la Ley 2195 de 2022, es preciso advertir que la disposición hace referencia a los documentos relacionados con su *actividad contractual,* la cual define como «[…] 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». En ese sentido, el artículo 53 de la Ley 2195 de 2022 establece el deber de publicar toda aquella información relacionada con el respectivo contrato, sin incluir ninguna excepción relacionada con la naturaleza u objeto contractual. Por lo tanto, para que las entidades exceptuadas cumplan con el deber de publicidad consagrado en el artículo 53 de la Ley 2195 de 2022, se requiere que publiquen en el SECOP II todo documento expedido durante las diferentes etapas del proceso contractual, abarcando desde la fase previa a su celebración, pasando por la ejecución y hasta la fase posterior a su ejecución.

Sin perjuicio de lo anterior, vale la pena aclarar que el cumplimiento del deber de publicación de la documentación contractual debe armonizarse con las normas aplicables al tipo de información que estas contienen[[7]](#footnote-7). Lo anterior significa que, respecto de datos sensibles, información sometida a reserva o de la cual proceda un tratamiento especial que impida su publicidad, las entidades deberán proceder de conformidad con el tratamiento que impongan tales normas.

Finalmente, el inciso final del artículo 53 dispone 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 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 citado. Este período de transición va del 18 de enero al 18 de julio de 2022. Si bien la norma materia de estudio no hace referencia a los contratos suscritos con anterioridad a su entrada en vigencia, de acuerdo con el artículo 38 de la Ley 153 de 1887, el cual dispone que en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración, la obligación para las entidades estatales exceptuadas de publicar los documentos relacionados con su actividad contractual en el SECOP II aplica para los contratos suscritos con posterioridad al término dispuesto en el artículo 53 de la Ley 2195 de 2022, esto es, el 18 de julio de 2022[[8]](#footnote-8).

**2.2. Uso del SECOP II por las entidades exceptuadas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública**

Con el propósito de garantizar el cumplimiento del mencionado deber de publicidad, la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente, en su calidad de administrador del SECOP, en los términos establecidos en el numeral 8 del artículo 3 del Decreto-Ley 4170[[9]](#footnote-9), tiene dispuesto dos módulos para las entidades estatales con régimen especial, los cuales son:

* **Contratación Régimen Especial (con ofertas)**[[10]](#footnote-10)**:** Permite a las entidades gestionar sus procesos competitivos de contratación. Mediante este módulo las entidades pueden adelantar el proceso de contratación de manera transaccional, es decir, que a través de este módulo las entidades estatales pueden estructurar el proceso de contratación, recibir ofertas de los proveedores, generar el contrato de electrónico y realizar la gestión contractual.
* **Contratación Régimen Especial (sin ofertas)**[[11]](#footnote-11)**:** Este módulo permite a las entidades gestionar sus procesos de selección directos. Asimismo, este módulo permite estructurar los procesos de contratación, publicar documentos generados por fuera de la plataforma y realizar la gestión contractual en línea.

Ahora bien, dado que el artículo 53 de la Ley 2195 de 2022 no cambió la forma en que se perfeccionan los contratos suscritos por estas entidades exceptuadas, para cumplir con el deber de publicidad que les asiste, estas podrán elegir cualquiera de las siguientes opciones:

1. Firmar el contrato electrónicamente, es decir, realizar un uso transaccional de la plataforma.
2. Firmar el contrato en físico y publicar los documentos de ejecución en la etapa precontractual del SECOP II, es decir, realizar un uso publicitario de la plataforma.

En el primer caso, si la entidad opta por hacer uso de la plataforma de manera transaccional (firmando el contrato electrónicamente), deberá utilizar el módulo de «Contratación Régimen Especial», estructurar el proceso de contratación, generar el contrato electrónico y realizar la gestión contractual en línea a través de la plataforma.

En el segundo caso, si decide utilizar el SECOP II como herramienta de publicidad, deberá crear el proceso de contratación en el SECOP II mediante el módulo «*Contratación Régimen Especial (sin ofertas)»*, cargar todos los documentos del proceso en la sección dispuesta para ello y publicar el proceso. La publicación de los documentos de la gestión contractual, incluido el contrato firmado manuscritamente, debe realizarse mediante modificaciones al proceso a través de la opción “Modificaciones/Adendas”. Sin embargo, las entidades públicas deberán tener en cuenta que, si utilizan esta opción, no deben dar clic en “*Finalizar*” después de publicar el proceso, en tanto que la plataforma cierra el expediente y no permite la publicación posterior de ningún otro documento.

Ahora bien, respecto al término para publicar los documentos en el SECOP II, debe señalarse, tal y como se expuso en el numeral anterior, que el deber de publicar los documentos relacionados con la contratación también se encuentra regulado en la Ley 1712 de 2014, que dispone en el literal g) del artículo 11, que todo sujeto obligado, que en este caso aplica a todas las entidades estatales independientemente de su régimen contractual, debe publicar sus procedimientos, lineamientos, políticas en materia de adquisiciones y compras, así como todos los datos de adjudicación y ejecución de sus contratos. Esta obligación, en principio, fue reglamentada por el Decreto 103 de 2015, hoy compilado en el Decreto 1081 de 2015. Este último prescribe en el artículo 2.1.1.2.1.7, que las entidades deberán publicar en el SECOP la información de su gestión contractual[[12]](#footnote-12). Asimismo, este precepto consagra que: «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)».

Por otro lado, el inciso segundo de dicho artículo precisa el momento para realizar la publicación, remitiendo al mismo plazo establecido en el artículo 2.2.1.1.1.7.1 del Decreto 1082 de 2015, esto es, dentro de los tres (3) días siguientes a la expedición del documento. En efecto, el inciso indicado establece: «Los sujetos obligados que contratan con cargo a recursos públicos deben publicar la información de su gestión contractual en el plazo previsto en el artículo 19 del Decreto 1510 de 2013, o el que lo modifique, sustituya o adicione». Cabe aclarar que el artículo 19 indicado fue compilado en el artículo 2.2.1.1.1.7.1 del Decreto 1082 de 2015. Asimismo, es importante precisar que si bien el Decreto 1082 de 2015, en principio, no aplica a las entidades de régimen exceptuado al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, porque su régimen de contratación es el derecho privado, será posible aplicarle esta norma en virtud de la remisión dispuesta en el artículo 2.1.1.2.1.7 del Decreto 1081 de 2015 al artículo 19 del Decreto 1510 de 2013, o el que lo modifique, sustituya o adicione, que en este caso es el artículo 2.2.1.1.1.7.1 del Decreto 1082 de 2015. En este sentido, las entidades exceptuadas del régimen de contratación de Ley 80 de 1993 publicarán en el SECOP sus documentos dentro de los tres (3) días siguientes a su expedición.

En armonía con lo anterior, la Circular 002 del 1 de junio de 2022[[13]](#footnote-13), relacionada con la aplicación del artículo 53 de la Ley 2195 de 2022, dictada por el Departamento Administrativo de la Presidencia, en relación con el plazo para cargar los documentos señaló lo siguiente:

Si se utiliza el SECOP II como herramienta de publicidad, *la publicación de los documentos relacionados con la actividad contractual deberá realizarse dentro de los 3 días siguientes a su expedición*, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 2.1.1.2.1.7. del Decreto 1081 de 2015, el cual remite al artículo 2.2.1.1.1.7.1. del Decreto 1082 de 2015, en el que se hace referencia al plazo en cita.

Si se hace uso de la plataforma de manera transaccional, la publicación de los documentos relacionados con la actividad contractual deberá realizarse en los términos establecidos en el cronograma del proceso de selección y las reglas aplicables a cada modalidad de contratación en particular, de acuerdo con cada Manual de Contratación. (Cursiva fuera del original).

De conformidad con lo expuesto se concluye que el término que tienen las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública para publicar en el SECOP II es de tres (3) días posterior a su expedición. Lo anterior, sin perjuicio de que dichas entidades hagan uso transaccional de la plataforma, caso en el cual la publicación de los documentos deberá hacerse en tiempo real, de acuerdo al cronograma definido para el proceso de selección.

Por último, resulta importante señalar que el pasado 1 de junio, el Departamento Administrativo de la Presidencia de la Republica expidió la Circular 02 del 2022, mediante la cual se imparten instrucciones sobre la aplicación del artículo 53 de la Ley 2195 de 2022, en los siguientes aspectos: i) publicación de los documentos contractuales en el SECOP II; ii) reserva de los documentos relacionados con la actividad contractual y; iii) régimen de transición de los contratos celebrados con anterioridad a la entrada en vigencia de la obligación consagrada en el artículo 53 de la Ley 2195 de 2022. La mencionada circular contiene una serie de instrucciones con miras a garantizar el cumplimiento del deber legal por parte de las entidades estatales exceptuadas del Estatuto General de Contratación Pública.

**2.3. Régimen contractual de las empresas prestadoras de servicios públicos mixtas. Análisis de la aplicación del artículo 53 de la Ley 2195 de 2022**

La Constitución Política de 1991 incorporó un modelo de liberalización para prestar servicios públicos domiciliarios, con arreglo al cual estos pueden ofrecerse en el mercado, en un esquema de libre competencia, directamente por el Estado, por particulares o por comunidades organizadas[[14]](#footnote-14). En tal sentido, el artículo 365 de la Constitución dispone lo siguiente:

Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita.

Con base en este presupuesto constitucional de liberalización de los servicios públicos domiciliarios, el legislador expidió la Ley 142 de 1994, mediante la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios. El artículo 15 *ibídem* enuncia las personas autorizadas para prestar los servicios públicos domiciliarios: i) las empresas de servicios públicos, ii) los productores marginales, iii) los municipios, en ciertos casos, iv) las organizaciones autorizadas y v) las entidades descentralizadas que se encontraran prestándolos y cumplan los requisitos establecidos en la ley[[15]](#footnote-15).

El artículo 14 de dicha Ley clasificó a las empresas de servicios públicos domiciliarios así: i) oficial –«[…] aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o estas tienen el 100% de los aportes»–, ii) mixta –«[…] aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o éstas tienen aportes iguales o superiores al 50%»– y iii) privada –«[…] aquella cuyo capital pertenece mayoritariamente a particulares, o a entidades surgidas de convenios internacionales que deseen someterse íntegramente para estos efectos a las reglas a las que se someten los particulares»–.

En lo que atañe específicamente al régimen de contratación, el artículo 31 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001, al cual se hace mención en la consulta que nos convoca, dispone que los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos domiciliarios «no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa». Por su parte, el artículo 32 de la Ley 142 consagra el régimen de derecho privado para las empresas de servicios públicos domiciliarios, indicando que sus actos se rigen por las reglas del derecho privado[[16]](#footnote-16).

En consecuencia, de la lectura sistemática de las normas referidas puede concluirse que el régimen jurídico que, por regla general, debe aplicarse a la contratación que efectúan las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios es el derecho privado, y solo excepcionalmente el contenido en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública[[17]](#footnote-17). En otras palabras, las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios se sujetan, en su actividad contractual, a las disposiciones del derecho privado, salvo en aquellos casos en los que la Constitución, la Ley 142 de 1994 u otras leyes especiales, sometan tal conducta al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, es decir, a la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007 y demás normas complementarias.

Así las cosas, el hecho de que las empresas de servicios públicos domiciliarios no estén sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública no significa que su actividad contractual se rija por un «derecho privado puro», pues este se encuentra irrigado por los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, previstos en los artículos 209 y 267 de la Constitución. Asimismo, les aplica el régimen de inhabilidades e incompatibilidades y están obligadas a cumplir con el deber de publicar su actividad contractual en los términos analizados en los numerales anteriores de este concepto, conforme lo dispone el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 53 de la Ley 2195 de 2022[[18]](#footnote-18).

De lo expuesto se concluye que las empresas de servicios públicos domiciliarios, independientemente de que el régimen contractual que les aplica sea el derecho privado, deben publicar su actividad en el SECOP II o la plataforma transaccional que haga sus veces, de acuerdo con lo establecido en el artículo 53 de la Ley 2195 de 2022. La disposición citada no consagra ninguna excepción respecto a su aplicación, por lo cual todas las entidades que no se encuentran sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública deberán cumplir con el deber de publicación analizado en el presente concepto, sin que sea posible modular sus efectos.

La anterior conclusión se refuerza si se tiene en cuenta que, de conformidad con el literal e) del artículo 9 y el literal g) del artículo 11 de la Ley 1712 de 2014, desarrollados en el artículo 7 del Decreto 103 de 2015 –compilado en el artículo **2.1.1.2.1.7.** del Decreto 1081 de 2015–, 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 relacionados con su gestión contractual.

**3. Respuesta**

«[…] me dirijo a ustedes de la manera más atenta, con el ánimo de solicitarles me informen si la empresa de servicios públicos domiciliarios de El Paujil S.A. E.S.P, la cual en sus estatutos establece que: *“La sociedad creada denominada EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS DE EL PAUJIL S.A.  E.S.P., identificada con la sigla “EMSERPAUJIL S.A. E.S.P.", será una Sociedad Anónima de naturaleza Mixta por acciones del Orden Municipal”;*está obligada a aplicar el artículo 53 de la Ley 2195 de 2022, que a letra dice:

***“ARTÍCULO 53.****Adiciónese los siguientes incisos al Artículo*[*13*](https://nam02.safelinks.protection.outlook.com/?url=https%3A%2F%2Fwww.funcionpublica.gov.co%2Feva%2Fgestornormativo%2Fnorma.php%3Fi%3D25678%2313&data=05%7C01%7Cpqrs%40colombiacompra.gov.co%7C9de4df52abf746000f2a08da65fbf796%7C7b09041e245149d08cb179d5e3d8c1be%7C0%7C0%7C637934431151979094%7CUnknown%7CTWFpbGZsb3d8eyJWIjoiMC4wLjAwMDAiLCJQIjoiV2luMzIiLCJBTiI6Ik1haWwiLCJXVCI6Mn0%3D%7C3000%7C%7C%7C&sdata=1wKUrWa3MXVNJOnUC23Fu2wFxOkwxzuy1CIiXkQVYHk%3D&reserved=0)*de la Ley*[*1150*](https://nam02.safelinks.protection.outlook.com/?url=https%3A%2F%2Fwww.funcionpublica.gov.co%2Feva%2Fgestornormativo%2Fnorma.php%3Fi%3D25678%230&data=05%7C01%7Cpqrs%40colombiacompra.gov.co%7C9de4df52abf746000f2a08da65fbf796%7C7b09041e245149d08cb179d5e3d8c1be%7C0%7C0%7C637934431151979094%7CUnknown%7CTWFpbGZsb3d8eyJWIjoiMC4wLjAwMDAiLCJQIjoiV2luMzIiLCJBTiI6Ik1haWwiLCJXVCI6Mn0%3D%7C3000%7C%7C%7C&sdata=XUB3io3sLJ8O1mTzJE55tfh8de3rn5D1O7zy1lzQF5M%3D&reserved=0)*de 2007, el cual quedará así:*

*Artículo*[*13*](https://nam02.safelinks.protection.outlook.com/?url=https%3A%2F%2Fwww.funcionpublica.gov.co%2Feva%2Fgestornormativo%2Fnorma.php%3Fi%3D25678%2313&data=05%7C01%7Cpqrs%40colombiacompra.gov.co%7C9de4df52abf746000f2a08da65fbf796%7C7b09041e245149d08cb179d5e3d8c1be%7C0%7C0%7C637934431151979094%7CUnknown%7CTWFpbGZsb3d8eyJWIjoiMC4wLjAwMDAiLCJQIjoiV2luMzIiLCJBTiI6Ik1haWwiLCJXVCI6Mn0%3D%7C3000%7C%7C%7C&sdata=1wKUrWa3MXVNJOnUC23Fu2wFxOkwxzuy1CIiXkQVYHk%3D&reserved=0)*.****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 11- 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.*

*(Ver Circular No.*[*02*](https://nam02.safelinks.protection.outlook.com/?url=https%3A%2F%2Fwww.funcionpublica.gov.co%2Feva%2Fgestornormativo%2Fnorma.php%3Fi%3D187447%2302&data=05%7C01%7Cpqrs%40colombiacompra.gov.co%7C9de4df52abf746000f2a08da65fbf796%7C7b09041e245149d08cb179d5e3d8c1be%7C0%7C0%7C637934431151979094%7CUnknown%7CTWFpbGZsb3d8eyJWIjoiMC4wLjAwMDAiLCJQIjoiV2luMzIiLCJBTiI6Ik1haWwiLCJXVCI6Mn0%3D%7C3000%7C%7C%7C&sdata=Zh27xfBkahXopTbACUvYXleikg187cbFYt5EEv5uEg0%3D&reserved=0)*de 2022)”.*

Cabe mencionar que la empresa de servicios públicos domiciliarios de El Paujil S.A.E.S.P, se rige por el sector privado de conformidad con lo previsto en la Ley 142 de 1994, modificada por la Ley 689 de 2001, expresamente señalan:

*“****ARTÍCULO  1.******Ámbito de aplicación de la ley.****Esta Ley se aplica a los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, distribución de gas combustible, telefonía fija pública básica conmutada y la telefonía local móvil en el sector rural; a las actividades que realicen las personas prestadoras de servicios públicos de que trata el artículo 15 de la presente Ley, y a las actividades complementarias definidas en el Capítulo II del presente título y a los otros servicios previstos en normas especiales de esta Ley”.*

Por su parte el artículo 31 de la ley 142 de 1994, modificado por el artículo 3 de la ley 689 de 2001, establece que las entidades estatales que prestan los servicios a que se refiere la ley 142 de 1.994, no estarán sujetas a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo que la presente ley (142/94), disponga otra cosa. En consecuencia, los contratos que celebren estas entidades se rigen por las normas del Derecho Privado para colocarlas en condiciones de igualdad con los particulares, en la forma que mejor garantice la libre competencia”.

Que ante, dicha situación, y sin tener certeza o claridad en el tema objeto de consulta, acudimos a ustedes, a fin de aclarar si el mencionado artículo también aplica para este tipo de empresas. […]» (SIC).

Como se señaló en las consideraciones del presente concepto, 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–, aplicable luego del 18 de julio de 2022 –como se explicó– establece con mayor precisión este deber y lo complementa con la exigencia de emplear el SECOP II y la definición del alcance de los documentos que deben publicarse, señalando que son los relacionados con su «actividad contractual», indicando que corresponde a todos 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». En ese sentido, la citada disposición establece el deber de publicar toda aquella información relacionada con el respectivo contrato, sin incluir ninguna excepción relacionada con la naturaleza u objeto contractual. Por lo tanto, para que las entidades exceptuadas cumplan con el deber de publicidad, consagrado en el artículo 53 de la Ley 2195 de 2022, se requiere que publiquen en el SECOP II todo documento expedido durante las diferentes etapas del proceso contractual, abarcando desde la fase previa a su celebración, pasando por la ejecución y hasta la fase posterior a su ejecución. Lo anterior sin perjuicio de las reservas de información establecidas en normas de orden constitucional o legal.

Ahora bien, en relación con las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios debe señalarse que, conforme el artículo 31 y 32 de la Ley 142 de 1994, modificados por la Ley 689 de 2001, el régimen jurídico que, por regla general, debe aplicarse a la contratación que efectúan es el derecho privado y solo excepcionalmente el contenido en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública[[19]](#footnote-19). En otras palabras, las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios se sujetan, en su actividad contractual, a las disposiciones del derecho privado, salvo en aquellos casos en los que la Constitución, la Ley 142 de 1994 u otras leyes especiales, sometan tal conducta al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, es decir, a la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007 y demás normas complementarias, como es el caso del artículo 53 de la Ley 2195 de 2022, objeto del presente concepto, que modificó el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, el cual consagra los principios de actividad contractual aplicables a las entidades no sujetas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Así las cosas, aunque los contratos que celebren las empresas prestadoras de servicios públicos están excluidos del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, no se rigen exclusivamente por el derecho civil y comercial, pues –conforme al artículo 13 de la Ley 1150 de 2007– se les aplican tanto los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal como el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, además están sujetas cumplir con el deber de publicar su actividad contractual en los términos analizados, de acuerdo con la modificación introducida por el artículo 53 de la Ley 2195 de 2022 y conforme fue analizado en los acápites 2.1 y 2.2. del presente oficio.

Conviene señalar que la disposición precitada no consagra ninguna excepción respecto a su aplicación, por lo cual todas las entidades que no se encuentran sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública deberán cumplir con el deber de publicación analizado en el presente concepto, sin que sea posible modular sus efectos. Lo anterior se refuerza si se tiene en cuenta que, de conformidad con el literal e) del artículo 9 y el literal g) del artículo 11 de la Ley 1712 de 2014, desarrollados en el artículo 7 del Decreto 103 de 2015 –compilado en el artículo **2.1.1.2.1.7.** del Decreto 1081 de 2015–, 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 relacionados con su gestión contractual.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Diana Lucia Saavedra CastañedaContratista de la Subdirección de Gestión Contractual  |
| Revisó: | Juan David Montoya PenagosGestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Juan David Marín LópezSubdirector de Gestión Contractual (E) |

1. 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-1)
2. Ley 1712 de 2014: «Artículo 3. Otros principios de la transparencia y acceso a la información pública.

[…]

**Principio de transparencia**. Principio conforme al cual toda la información en poder de los sujetos obligados definidos en esta ley se presume pública, en consecuencia de lo cual dichos sujetos están en el deber de proporcionar y facilitar el acceso a la misma en los términos más amplios posibles y a través de los medios y procedimientos que al efecto establezca la ley, excluyendo solo aquello que esté sujeto a las excepciones constitucionales y legales y bajo el cumplimiento de los requisitos establecidos en esta ley. [↑](#footnote-ref-2)
3. Ley 1712 de 2014: «Artículo 3. Otros principios de la transparencia y acceso a la información pública.

[…]

**Principio de buena fe**. En virtud del cual todo sujeto obligado, al cumplir con las obligaciones derivadas del derecho de acceso a la información pública, lo hará con motivación honesta, leal y desprovista de cualquier intención dolosa o culposa. [↑](#footnote-ref-3)
4. 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-4)
5. «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-5)
6. «[…] 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 electrónicos […]». [↑](#footnote-ref-6)
7. Ley 1437 de 2011: «Artículo 24. Informaciones y documentos reservados. Solo tendrán carácter reservado las informaciones y documentos expresamente sometidos a reserva por la Constitución Política o la ley, y en especial:

»1. Los relacionados con la defensa o seguridad nacionales.

»2. Las instrucciones en materia diplomática o sobre negociaciones reservadas.

»3. Los que involucren derechos a la privacidad e intimidad de las personas, incluidas en las hojas de vida, la historia laboral y los expedientes pensionales y demás registros de personal que obren en los archivos de las instituciones públicas o privadas, así como la historia clínica.

»4. Los relativos a las condiciones financieras de las operaciones de crédito público y tesorería que realice la nación, así como a los estudios técnicos de valoración de los activos de la nación. Estos documentos e informaciones estarán sometidos a reserva por un término de seis (6) meses contados a partir de la realización de la respectiva operación.

»5. Los datos referentes a la información financiera y comercial, en los términos de la Ley Estatutaria 1266 de 2008.

»6. Los protegidos por el secreto comercial o industrial, así como los planes estratégicos de las empresas públicas de servicios públicos.

»7. Los amparados por el secreto profesional.

»8. Los datos genéticos humanos.

»Parágrafo. Para efecto de la solicitud de información de carácter reservado, enunciada en los numerales 3, 5, 6 y 7 solo podrá ser solicitada por el titular de la información, por sus apoderados o por personas autorizadas con facultad expresa para acceder a esa información». [↑](#footnote-ref-7)
8. Respecto al periodo de transición establecido en la norma objeto de estudio, la Circular Externa Única de Colombia Compra Eficiente señaló que «De acuerdo con el artículo 53 de Ley 2195 de 2022, las Entidades Estatales que, por disposición legal, cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública tienen un período de transición de seis (6) meses para publicar todos los documentos relacionados con su actividad contractual en la plataforma del SECOP II. En consecuencia, su uso obligatorio empezará a regir después de las 23:59 horas del 17 de julio de 2022, sin que sea posible, por vía reglamentaria o a través de los manuales internos de contratación, extender el plazo previsto en la Ley de Transparencia. Todos los procesos de contratación creados en el SECOP I antes de las 23:59 horas del 17 de julio de 2022, por parte de estas Entidades Estatales, podrán continuar siendo gestionados en esta plataforma». [↑](#footnote-ref-8)
9. Decreto 4170 de 2011: «Artículo 3. Funciones: La Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente– ejercerá las siguientes funciones: [...]

»8. Desarrollar y administrar el Sistema Electrónico para la Contratación Pública (SECOP) o el que haga sus veces, y gestionar nuevos desarrollos tecnológicos en los asuntos de su competencia, teniendo en cuenta los parámetros fijados por el Consejo Directivo. [...]». [↑](#footnote-ref-9)
10. En el siguiente link se puede consultar la Guía para gestionar o publicar los procesos de Régimen Especial con oferta en el SECOP II: <https://www.colombiacompra.gov.co/node/23628>

 [↑](#footnote-ref-10)
11. En el siguiente link se puede consultar la Guía para gestionar o publicar los procesos de Régimen Especial sin oferta en el SECOP II: <https://www.colombiacompra.gov.co/node/30741> [↑](#footnote-ref-11)
12. Decreto 1081 de 2015 «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 cargo a recursos públicos deben publicar la información de su gestión contractual en el plazo previsto en el artículo 19 del Decreto 1510 de 2013, o el que lo modifique, sustituya o adicione.

   »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-12)
13. El Departamento Administrativo de la Presidencia de la Republica profirió la Circular 02 del 2022, del 1 de junio de 2022, mediante la cual se imparten instrucciones sobre la aplicación del artículo 53 de la Ley 2195 de 2022. [↑](#footnote-ref-13)
14. Así lo ha reconocido la doctrina en la materia, al afirmar: «El modelo que se adoptó en la Constitución de 1991 para los servicios públicos se caracteriza por la liberalización de su prestación, por un fuerte poder del Estado para intervenir en ellos y por la adopción de instituciones para lidiar con los principales problemas que respecto de las tarifas enfrentaron históricamente estos servicios: la interferencia política en su fijación y el abuso por parte de los prestadores de su posición cuando no tienen suficiente competencia en sus mercados.

»Como base del modelo de liberalización, la Constitución removió las barreras jurídicas de entrada a la prestación de los servicios públicos y estableció como regla general que ellos “podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas o por particulares” […].

»Al establecer esta libertad de entrada, la Constitución abrió la puerta para romper con el modelo de prestación basado exclusivamente en los monopolios estatales que estuvo vigente por más de medio siglo. Y aunque bajo la Constitución de 1991 es posible aún la creación de monopolios de derecho para los servicios públicos, para ello deben cumplirse procedimientos muy exigentes desde el punto de vista político y jurídico: debe hacerse mediante una ley de iniciativa gubernamental aprobada por ambas cámaras del Congreso y, en todo caso, puede ocurrir solo mediando indemnización previa y plena» (NÚÑEZ FORERO, Felipe. Servicios públicos domiciliarios, telecomunicaciones e infraestructura (instituciones, regulación y competencia). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017. p. 43). [↑](#footnote-ref-14)
15. En efecto, dicho artículo establece: «Pueden prestar los servicios públicos:

»15.1. Las empresas de servicios públicos.

»15.2. Las personas naturales o jurídicas que produzcan para ellas mismas, o como consecuencia o complemento de su actividad principal, los bienes y servicios propios del objeto de las empresas de servicios públicos.

»15.3. Los municipios cuando asuman en forma directa, a través de su administración central, la prestación de los servicios públicos, conforme a lo dispuesto en esta Ley.

»15.4. Las organizaciones autorizadas conforme a esta Ley para prestar servicios públicos en municipios menores en zonas rurales y en áreas o zonas urbanas específicas.

»15.5. Las entidades autorizadas para prestar servicios públicos durante los períodos de transición previstos en esta Ley.

»15.6. Las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional que al momento de expedirse esta Ley estén prestando cualquiera de los servicios públicos y se ajusten a lo establecido en el parágrafo del artículo 17». [↑](#footnote-ref-15)
16. Así lo establece la norma: «Salvo en cuanto la Constitución Política o esta Ley dispongan expresamente lo contrario, la constitución, y los actos de todas las empresas de servicios públicos, así como los requeridos para la administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas que sean socias de ellas, en lo no dispuesto en esta Ley, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado.

»La regla precedente se aplicará, inclusive, a las sociedades en las que las entidades públicas sean parte, sin atender al porcentaje que sus aportes representen dentro del capital social, ni a la naturaleza del acto o del derecho que se ejerce.

»Se entiende que la autorización para que una entidad pública haga parte de una empresa de servicios públicos organizada como sociedad por acciones, faculta a su representante legal, de acuerdo con los estatutos de la entidad, para realizar respecto de la sociedad, las acciones y los derechos inherentes a ellas [y] todos los actos que la ley y los estatutos permiten a los socios particulares». [↑](#footnote-ref-16)
17. Consejo de Estado. Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 13 de abril de 2011. Exp. 37423. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. En similar sentido, puede verse la Sentencia del Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B, del 15 de noviembre de 2011. Exp. 21178. Consejera ponente: Ruth Stella Correa Palacio. [↑](#footnote-ref-17)
18. Esta norma dispone: «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.

»<Inciso adicionado por el artículo 53 de la Ley 2195 de 2022. El nuevo texto es el siguiente:> 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 poscontractual.

»<Inciso adicionado por el artículo 53 de la Ley 2195 de 2022. El nuevo texto es el siguiente:> 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». [↑](#footnote-ref-18)
19. Consejo de Estado. Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 13 de abril de 2011. Exp. 37423. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. En similar sentido, puede verse la Sentencia del Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B, del 15 de noviembre de 2011. Exp. 21178. Consejera ponente: Ruth Stella Correa Palacio. [↑](#footnote-ref-19)