**DEBER DE PUBLICIDAD – Entidades estatales exceptuadas del estatuto general de contratación de la administración pública**

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 estatales exceptuadas del estatuto general de contratación de la administración pública – Modificación artículo 53 de la Ley 2195 de 2022**

[…] 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.

**SECOP II – Deber de publicidad – Entidades estatales exceptuadas del estatuto general de contratación de la administración pública – 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 estatales exceptuadas del estatuto general de contratación de la administración pública – Uso**

[…] el artículo 53 *ibidem* no cambió la forma en que se perfeccionan los contratos suscritos por estas entidades exceptuadas. En ese sentido, dado que la disposición materia de estudio no definió la obligatoriedad sobre el uso transaccional del SECOP II para las entidades exceptuadas, estas podrán usarla de forma transaccional o publicitaria.

Por lo anterior, las entidades exceptuadas tienen la posibilidad de elegir cualquiera de las siguientes opciones para cumplir con el deber de publicidad que les asiste: i) firmar el contrato electrónicamente, es decir, realizar un uso transaccional de la plataforma; o ii) 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.

**SECOP II – Deber de publicidad – Entidades estatales exceptuadas del estatuto general de contratación de la administración pública – Documentos**

Con todo, resulta claro que las entidades exceptuadas se encuentran obligadas a publicar todos los documentos de su actividad contractual en el SECOP II, sin perjuicio de estar sometidas a regímenes de derecho privado. Ahora, el hecho de que su contratación no esté regida por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública deviene en que las entidades exceptuadas deban publicar unos documentos diferentes a los que les corresponde publicar a las entidades que si están sometidas a dicho régimen.

De esta manera, dado que en la actividad contractual adelantada en el marco del derecho privado y conforme a las reglas establecidas en los manuales de contratación de las respectivas entidades exceptuadas no se contemplan actuaciones como la expedición de certificado de disponibilidad presupuestal o el registro presupuestal, no son estos documentos que les corresponda publicar a dichas entidades. Sin embargo, si de acuerdo con el sistema de gestión financiera de la entidad en los procedimientos contractuales que se adelanten se expiden documentos equivalentes de los mencionados, la entidad en el estaría obligada a publicarlos.

**SECOP II – Deber de publicidad – Entidades estatales exceptuadas del estatuto general de contratación de la administración pública – Documentos – Certificado de disponibilidad presupuestal**

En virtud de lo anterior, respecto de su última pregunta le informamos que el campo *certificado de disponibilidad presupuestal* está habilitado en la creación y edición del proceso de contratación en la sección «*2. Configuración»,* sin embargo, no es un campo obligatorio, por lo que la entidad podría omitir el diligenciamiento del mismo. De igual modo, con relación a la información del registro presupuestal, si bien técnicamente este campo si es obligatorio para el inicio de ejecución del contrato electrónico en la plataforma, la entidad también puede relacionar la infamación que corresponda de acuerdo con el sistema de gestión financiera que maneja, en el caso de que la entidad no utilice propiamente esta figura.

**SECOP II – Deber de publicidad – Entidades estatales exceptuadas del estatuto general de contratación de la administración pública – Documentos – Banco de proyectos**

Por otro lado, con respecto a su inquietud sobre el banco de proyectos, le informamos que este campo no es obligatorio en la plataforma en vista de que, la interoperabilidad que tiene el SECOP II con el Sistema Unificado de Inversiones y Finanzas Públicas - SUIFP para la validación del Código BPIN se habilita únicamente en el caso de que en el campo de *"Destinación del gasto"* la entidad elija la opción "Inversión” siempre y cuando la fuente de los recursos corresponda a: Presupuesto general de la Nación - PGN: Sistema General de Participaciones - SGP: Sistema General de Regalías - SGR o Recursos Propios Alcaldías o Gobernaciones). En este sentido, si la entidad no ejecuta recursos provenientes de alguna de las fuentes de recursos mencionados anteriormente la validación del Código BPIN no será obligatoria.

**ASOCIACIONES Y FUNDACIONES MIXTAS – Naturaleza jurídica**

El artículo 96 de la Ley 489 de 1998 regula lo concerniente a la constitución de asociaciones o fundaciones con participación mixta de entidades públicas y personas jurídicas de derecho privado. El mencionado artículo indica que, con independencia de su naturaleza u orden administrativo, las entidades públicas podrán, con la observancia de los principios de la función administrativa señalados en el artículo 209 de la Constitución Política, asociarse con personas jurídicas privadas con un objetivo común: el desarrollo de actividades que guarden relación con los cometidos y las funciones que la ley les haya asignado a las entidades públicas asociadas. Así las cosas, el artículo 96 permite que se constituyan nuevas personas jurídicas con participación mixta, es decir, como fruto de la asociación entre entes públicos y privados.

**ASOCIACIONES Y FUNDACIONES MIXTAS – Régimen contractual aplicable**

En cuanto a su régimen jurídico, su naturaleza es de carácter mixto, toda vez que las personas jurídicas creadas en virtud del artículo 96 de la Ley 489 de 1998 se rigen por una parte por el Código Civil en lo relativo a su constitución, organización, funcionamiento y procedimiento de transformación y, por el otro, se encuentran sujetas a las reglas y principios generales de contratación, pese a encontrarse sometida a un régimen de derecho privado. La conexidad que debe existir entre las actividades de la persona jurídica de carácter mixto y las funciones de las entidades estatales que la integran, así como el carácter público de la participación de las entidades públicas, determinan su sujeción, en algunas materias, a las normas propias del derecho público, evitando que este tipo de entes se conviertan en un mecanismo de «simple traslado de recursos públicos a particulares».

**ASOCIACIONES Y FUNDACIONES MIXTAS – Régimen contractual aplicable – Deber de publicidad – Modificación artículo 53 de la Ley 2195 de 2022**

La anterior conclusión hace forzoso aseverar que, entidades descentralizadas indirectas, como las creadas en atención a lo dispuesto en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, 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. Ahora bien, para efectos de la consulta conviene señalar que, la precipitada disposición 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. 1 de agosto de 2022

Señor

**Jaider Frederich Acosta Guzmán**

Ibagué, Tolima

 **Concepto C ‒ 552 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 – Vigencia / SECOP II – Deber de publicidad – Entidades estatales exceptuadas del estatuto general de contratación de la administración pública – Uso / SECOP II – Deber de publicidad – Entidades estatales exceptuadas del estatuto general de contratación de la administración pública – Documentos / SECOP II – Deber de publicidad – Entidades estatales exceptuadas del estatuto general de contratación de la administración pública – Documentos – Certificado de disponibilidad presupuestal / SECOP II – Deber de publicidad – Entidades estatales exceptuadas del estatuto general de contratación de la administración pública – Documentos – Banco de proyectos / ASOCIACIONES Y FUNDACIONES MIXTAS – Naturaleza jurídica / ASOCIACIONES Y FUNDACIONES MIXTAS – Régimen contractual aplicable / ASOCIACIONES Y FUNDACIONES MIXTAS – Régimen contractual aplicable – Deber de publicidad – Modificación artículo 53 de la Ley 2195 de 2022  |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta #P20220721007140 |

Estimado señor Acosta Guzmán:

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 21 de julio de 2022.

1. **Problema planteado**

Usted realiza la siguiente consulta referida a la aplicabilidad del artículo 53 de la Ley 2195 de 2022 a la asociaciones y fundaciones con participación mixta, creadas conforme al artículo 96 de la Ley 489 de 1998. Al respecto pregunta:

«1. ¿Con la entrada en vigencia de la Ley 2195 de 2022, las fundaciones de creación mixta tienen la obligación de publicar todo el proceso contractual de manera transaccional en el Secop 2?

2. En caso de que la respuesta a la anterior pregunta sea afirmativa:

- ¿cuál es el argumento legal para que las fundaciones de creación mixta tengan que cumplir con dicha obligación?

- ¿cómo se realizarían dichas publicaciones, si este tipo de entidades no cuentan con figuras propias de la contratación pública como el certificado de disponibilidad presupuestal, el registro presupuestal, no tienen el presupuesto dividido en funcionamiento e inversión, por lo tanto, no tienen banco de proyectos, entre otras peculiaridades propias de las entidades estatales? […]» (SIC).

1. **Consideraciones**

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, 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 asociaciones y fundaciones mixtas.

Esta Agencia 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, C-510 del 8 de agosto de 2022 y C-508 del 30 de agosto de 2022. De igual forma se ha pronunciado sobre el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, convenios de asociación y la constitución de asociaciones o fundaciones, entre otros, en los conceptos C-723 del 09 de diciembre de 2020, C-724 de 14 de diciembre de 2020, C-749 del 23 de diciembre de 2020, C-758 del 04 de enero de 2021, C-806 de 8 de febrero de 2021, C-379 de 26 de julio de 2021, C-486 del 13 de septiembre de 2021, C-102 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 puedan 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 ser publicados en el SECOP II, a efectos de cumplir con 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**

De acuerdo con lo hasta aquí explicado, en virtud de la modificación realizada al artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 por el artículo 53 de la Ley 2195 de 2022, las entidades estatales con régimen de contratación exceptuado están obligadas a publicar los documentos que expidan en desarrollo de su actividad contractual en el SECOP II. A efectos de cumplir este mandato corresponde a las entidades exceptuadas en el marco de su autonomía realizar las respectivas publicaciones, valiéndose de las funcionalidades de la referida plataforma.

Al respecto, debe destacarse que la plataforma tiene dispuestos dos módulos para las entidades estatales con régimen especial, los cuales son: *i) Contratación Régimen Especial (con ofertas)*[[9]](#footnote-9)**:** 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; y ii)*Contratación Régimen Especial (sin ofertas)[[10]](#footnote-10):* 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.

Teniendo en cuenta lo anterior, frente a la inquietud dirigida a establecer si la entrada en vigencia de la Ley 2195 de 2022 supone la obligación de desarrollar el proceso contractual de manera transaccional a través del SECOP II, debe señalarse que, el artículo 53 *ibidem* no cambió la forma en que se perfeccionan los contratos suscritos por estas entidades exceptuadas. En ese sentido, dado que la disposición materia de estudio no definió la obligatoriedad sobre el uso transaccional del SECOP II para las entidades exceptuadas, estas podrán usarla de forma transaccional o publicitaria.

Por lo anterior, las entidades exceptuadas tienen la posibilidad de elegir cualquiera de las siguientes opciones para cumplir con el deber de publicidad que les asiste: i) firmar el contrato electrónicamente, es decir, realizar un uso transaccional de la plataforma; o ii) 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[[11]](#footnote-11). 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[[12]](#footnote-12), 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.

Con todo, resulta claro que las entidades exceptuadas se encuentran obligadas a publicar todos los documentos de su actividad contractual en el SECOP II, sin perjuicio de estar sometidas a regímenes de derecho privado. Ahora, el hecho de que su contratación no esté regida por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública deviene en que las entidades exceptuadas deban publicar unos documentos diferentes a los que les corresponde publicar a las entidades que si están sometidas a dicho régimen.

 De esta manera, dado que en la actividad contractual adelantada en el marco del derecho privado y conforme a las reglas establecidas en los manuales de contratación de las respectivas entidades exceptuadas no se contemplan actuaciones como la expedición de certificado de disponibilidad presupuestal o el registro presupuestal, no son estos documentos que les corresponda publicar a dichas entidades. Sin embargo, si de acuerdo con el sistema de gestión financiera de la entidad en los procedimientos contractuales que se adelanten se expiden documentos equivalentes de los mencionados, la entidad en el estaría obligada a publicarlos.

En virtud de lo anterior, respecto de su última pregunta le informamos que el campo *certificado de disponibilidad presupuestal* está habilitado en la creación y edición del proceso de contratación en la sección «*2. Configuración»,* sin embargo, no es un campo obligatorio, por lo que la entidad podría omitir el diligenciamiento del mismo. De igual modo, con relación a la información del registro presupuestal, si bien técnicamente este campo si es obligatorio para el inicio de ejecución del contrato electrónico en la plataforma, la entidad también puede relacionar la infamación que corresponda de acuerdo con el sistema de gestión financiera que maneja, en el caso de que la entidad no utilice propiamente esta figura.

Adicionalmente, cabe aclarar que, si la entidad opta por hacer un uso meramente publicitario de la plataforma para la gestión y publicación de sus procesos de contratación, conforme a lo establecido en la Circular No. 02 del de 2022 expedida por el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República el pasado 01 de junio, este campo no sería necesario, teniendo en cuenta que la entidad no generaría el contrato de forma electrónica en el SECOP II sino de manera externa y daría publicidad a todos los documentos de su actividad contractual a través de la sección de modificaciones del proceso.

Por otro lado, con respecto a su inquietud sobre el banco de proyectos, le informamos que este campo no es obligatorio en la plataforma en vista de que, la interoperabilidad que tiene el SECOP II con el Sistema Unificado de Inversiones y Finanzas Públicas - SUIFP para la validación del Código BPIN se habilita únicamente en el caso de que en el campo de *"Destinación del gasto"* la entidad elija la opción "Inversión” siempre y cuando la fuente de los recursos corresponda a: Presupuesto general de la Nación - PGN: Sistema General de Participaciones - SGP: Sistema General de Regalías - SGR o Recursos Propios Alcaldías o Gobernaciones). En este sentido, si la entidad no ejecuta recursos provenientes de alguna de las fuentes de recursos mencionados anteriormente la validación del Código BPIN no será obligatoria.

**2.3. Régimen contractual de las asociaciones y fundaciones mixtas. Análisis de la aplicación del artículo 53 de la Ley 2195 de 2022**

El artículo 96 de la Ley 489 de 1998 regula lo concerniente a la constitución de asociaciones o fundaciones con participación mixta de entidades públicas y personas jurídicas de derecho privado[[13]](#footnote-13). El mencionado artículo indica que, con independencia de su naturaleza u orden administrativo, las entidades públicas podrán, con la observancia de los principios de la función administrativa señalados en el artículo 209 de la Constitución Política, asociarse con personas jurídicas privadas con un objetivo común: el desarrollo de actividades que guarden relación con los cometidos y las funciones que la ley les haya asignado a las entidades públicas asociadas. Así las cosas, el artículo 96 permite que se constituyan nuevas personas jurídicas con participación mixta, es decir, como fruto de la asociación entre entes públicos y privados.

Para entender la naturaleza y régimen de las asociaciones y fundaciones para el cumplimiento de las actividades propias de las entidades públicas con participación de particulares, el inciso tercero del artículo antes citado dispone que «Cuando en virtud de lo dispuesto en el presente artículo, surjan personas jurídicas sin ánimo de lucro, éstas se sujetarán a las disposiciones previstas en el Código Civil para las asociaciones civiles de utilidad común».

En cuanto a su régimen jurídico, su naturaleza es de carácter mixto, toda vez que las personas jurídicas creadas en virtud del artículo 96 de la Ley 489 de 1998 se rigen por una parte por el Código Civil en lo relativo a su constitución, organización, funcionamiento y procedimiento de transformación y, por el otro, se encuentran sujetas a las reglas y principios generales de contratación, pese a encontrarse sometida a un régimen de derecho privado[[14]](#footnote-14). La conexidad que debe existir entre las actividades de la persona jurídica de carácter mixto y las funciones de las entidades estatales que la integran, así como el carácter público de la participación de las entidades públicas, determinan su sujeción, en algunas materias, a las normas propias del derecho público, evitando que este tipo de entes se conviertan en un mecanismo de «simple traslado de recursos públicos a particulares»[[15]](#footnote-15)*.*

Para comprender lo afirmado anteriormente, en especial, sobre la naturaleza, estructura de organización y régimen contractual de las asociaciones y fundaciones de participación mixta, se acude a la jurisprudencia constitucional, la cual ha tratado el tema en varias sentencias. Al respecto, la Sentencia C-949 de 2001 analizó el siguiente problema jurídico: ¿se vulnera el artículo [123](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991_pr004.html#123) Constitucional cuando se establece que en tratándose de las asociaciones y fundaciones de participación mixta, sólo se consideran servidores públicos sus representantes legales y los funcionarios de los niveles directivo, asesor o ejecutivo o sus equivalentes, en quienes se delegue la celebración de contratos en representación de estas? En esta decisión, la Corte Constitucional manifestó lo siguiente:

*La ley permite a las asociaciones y fundaciones de participación mixta, someterse a la Ley 80 de 1993, con la precisión de que los funcionarios autorizados para suscribir contratos en su nombre, tienen la calidad de servidores públicos para esos efectos, pero para adelantar otras actividades ajenas a los procesos contractuales se someten al régimen de los particulares. Significa esto, que dichos funcionarios responden como servidores públicos en materia penal, disciplinaria y fiscal en el evento en que incurran en irregularidades en la gestión contractual*.

Las consideraciones que justifican atribuirle la calidad de servidores públicos a estos funcionarios no están relacionadas únicamente con el tema de la responsabilidad, sino también con la capacidad de contratación, *en la medida en que si estas asociaciones y fundaciones de participación mixta manejan recursos públicos, su ejecución para los fines de la correspondiente entidad debe hacerse a través de la institución del contrato estatal.*

No obstante, es claro que dichos funcionarios no podrían suscribir los respectivos contratos estatales como particulares, porque es bien sabido que una de las características esenciales del contrato estatal consiste en que uno de los extremos de la relación contractual esté representado por el Estado, y en nombre de él sólo pueden actuar personas que tienen la calidad de servidores públicos.

Por lo tanto, es razonable que tratándose de las asociaciones y fundaciones de participación mixta se le atribuya la calidad de servidor público a los representantes legales y funcionarios de los niveles directivo, asesor o ejecutivo o sus equivalentes en quienes se delegue la celebración de contratos en representación de aquéllas, pues es obvio que en virtud del acto de delegación estas personas comprometen contractualmente la respectiva entidad[[16]](#footnote-16) (Cursivas fuera del original).

Siguiendo con esta línea, también es necesario tener en cuenta la Sentencia C-671 de 1999, en la que se demandaron apartes de los artículos 95 y 96 de la Ley 489 de 1998*,* por presunta violación de los artículos 150 numeral 7º, 189 numeral 26, 209 210, 38, 71 y 103 de la Carta Política. La Corte Constitucional analizó, en esa oportunidad, si tales normas quebrantan o no el artículo 355 de la Constitución por permitir el otorgamiento de auxilios con dineros públicos a entidades privadas. Dentro de lo explicado, se destaca lo expuesto en la revisión de constitucionalidad del artículo 95 de la Ley 489 de 1998, que si bien tiene un contenido diferente al artículo 96 de la misma ley en algunos aspectos, en ambas se regula la creación de corporaciones y fundaciones sin ánimo de lucro, al tiempo que se establece que se sujetan a las disposiciones previstas en el Código Civil. En efecto, la discusión gira entorno a determinar la naturaleza y el régimen jurídico de este tipo de entidades sin ánimo de lucro. Para dilucidar ese punto de derecho, la Corte Constitucional expresó:

[…] la disposición en estudio sólo podrá considerarse ajustada a las normas superiores cuando la asociación surgida se sujete al mismo régimen que, en consonancia con la naturaleza de las entidades participantes y el régimen propio de función administrativa o de servicio público a su cargo hubiere señalado la ley de creación o autorización de éstas.

Además, en todo caso, el ejercicio de las prerrogativas y potestades públicas, los regímenes de los actos unilaterales, de la contratación, los controles y la responsabilidad serán las propios de las entidades estatales según lo dispuesto en las leyes especiales sobre dichas materias.

Así las cosas la disposición acusada será declarada exequible bajo la consideración de que las características de persona jurídica sin ánimo de lucro y la sujeción al derecho civil se entienden sin perjuicio de los principios y reglas especiales propios de la función administrativa establecidos en el artículo 209 de la Constitución, que para el derecho civil y normas complementarias no resultan de aplicación estricta e imperativa[[17]](#footnote-17).

Por su parte, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha reconocido como *entidades descentralizadas* a los tipos de personas jurídicas cuya creación autoriza el artículo 96 de la Ley 489 de 1998. Respecto de las asociaciones y funciones con participación mixta, la Sala de Consulta y Servicio Civil se ha referido en lo siguientes términos:

La segunda situación que regula el artículo 96 es la “constitución de asociaciones y fundaciones para el cumplimiento de las actividades propias de las entidades públicas con participación de particulares”, previendo la posibilidad de que las entidades públicas “cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo” se asocien con “personas jurídicas particulares” creando personas jurídicas que desarrollen sus cometidos y funciones. […]De los textos del parágrafo del artículo 49 y del artículo 96, surge un tema común: ambos conciernen a las “entidades descentralizadas indirectas”, y para referirse a ellas usan los términos *constitución* y *acto constitutivo.* Como se dijo atrás, estas entidades indirectas son una especie del género entidades descentralizadas, por ello y porque *gozan de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio o capital independiente,* es decir,reúnen los requisitos establecidos para las entidades descentralizadas por el artículo 68 de la ley 489 de 1998, forman parte del sector descentralizado de la administración pública; y en el caso de las asociaciones y fundaciones de que trata el artículo 96, tienen como objeto principal “el cumplimiento de actividades propias de las entidades públicas”[[18]](#footnote-18).

De conformidad con lo anterior, las personas jurídicas creadas en virtud de lo dispuesto en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 se ajustan a la noción general de entidades descentralizadas establecida en el artículo 68 de la Ley 489 de 1998, de las cuales, serían una especie[[19]](#footnote-19). En tales términos, las personas jurídicas creadas en virtud de la asociación entre entidades públicas y particulares son una manifestación de la descentralización administrativa por servicios, por lo que son consideradas entidades descentralizadas indirectas o de segundo grado, creadas con autorización de la ley.

En virtud de dicho carácter, así como del desarrollo de actividades asociadas a cometidos estatales y el interés general, es posible afirmar que, entidades creadas en virtud de la asociación entre entidades estatales con particulares, son instituciones a través de las cuales entes que hacen parte de la Administración Pública central se articulan con otros actores para cumplir sus cometidos. Por esta razón, la creación de estas personas jurídicas constituye un mecanismo regulado por las normas orgánicas de la Administración Pública, por lo que resulta claro que estas entidades descentralizadas indirectas son entes del Estado, independientemente del régimen jurídico al que se encuentren sujetos sus actos y contratos.

La anterior conclusión hace forzoso aseverar que, entidades descentralizadas indirectas, como las creadas en atención a lo dispuesto en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, 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. Ahora bien, para efectos de la consulta conviene señalar que, la precipitada disposición 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 interpretación antes señalada 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**

«[…] 1. ¿Con la entrada en vigencia de la Ley 2195 de 2022, las fundaciones de creación mixta tienen la obligación de publicar todo el proceso contractual de manera transaccional en el Secop 2?»

Según se desprende de 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 a partir del 18 de julio de 2022, 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, el artículo 53 *ibidem* no cambió la forma en que se perfeccionan los contratos suscritos por las entidades exceptuadas. En ese sentido, dado que la disposición materia de estudio no definió la obligatoriedad sobre el uso transaccional del SECOP II para las entidades exceptuadas, estas podrán usarla de forma transaccional o publicitaria. Por lo anterior, las entidades exceptuadas tienen la posibilidad de elegir cualquiera de las siguientes opciones para cumplir con el deber de publicidad que les asiste:1) firmar el contrato electrónicamente, es decir, realizar un uso transaccional de la plataforma o; 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 relación con las asociaciones y fundaciones para el cumplimiento de las actividades propias de las entidades públicas con participación de particulares, creadas en virtud del artículo 96 de la Ley 489 de 1998, debe señalarse que, son entidades descentralizadas indirectas con un régimen jurídico de carácter mixto, en la medida que se rigen por una parte por el Código Civil en lo relativo a su constitución, organización, funcionamiento y procedimiento de transformación y, por el otro, se encuentran sujetas a las reglas y principios generales de contratación, sin perjuicio de que puedan estar sometidas de manera general a un régimen de contratación de derecho privado. En ese sentido, tratándose de entidades exceptuadas, las referidas entidades se encuentran dentro del ámbito de aplicación 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 asociaciones y fundaciones de carácter mixto pueden estar 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. Esto máxime aun considerado que, de conformidad con el literal e) del artículo 9 y el literal g) del artículo 11 de la Ley 1712 de 2014, reglamentados 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.

«2. En caso de que la respuesta a la anterior pregunta sea afirmativa:

- ¿cuál es el argumento legal para que las fundaciones de creación mixta tengan que cumplir con dicha obligación?»

Conforme a lo expuesto, las entidades estatales exceptuadas del Estatuto General de Contratación de la Administración Publica tienen la obligación de publicar su actividad contractual en el SECOP en virtud las normas consagradas en la Ley 1712 de 2014, en especial de lo dispuesto en el literal e) del artículo 9, que señala que los sujetos obligados deben publicar la información relativa a su contratación, y del literal g) del artículo 11, que indica que 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.

Así mismo, 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». A las anteriores disposiciones se suma el artículo 53 de la Ley 2195 de 2022, a través del cual se adiciona el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, 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.

«- ¿cómo se realizarían dichas publicaciones, si este tipo de entidades no cuentan con figuras propias de la contratación pública como el certificado de disponibilidad presupuestal, el registro presupuestal, no tienen el presupuesto dividido en funcionamiento e inversión, por lo tanto, no tienen banco de proyectos, entre otras peculiaridades propias de las entidades estatales? […]»

De acuerdo con lo considerado, la actividad contractual adelantada en el marco del derecho privado y conforme a las reglas establecidas en los manuales de contratación de las respectivas entidades exceptuadas no se contemplan actuaciones como la expedición de certificado de disponibilidad presupuestal o el registro presupuestal, por lo que no son estos documentos que les corresponda publicar a las entidades exceptuadas. Sin embargo, si de acuerdo con el sistema de gestión financiera de la entidad en los procedimientos contractuales que se adelanten se expiden documentos equivalentes de los mencionados, la entidad en el estaría obligada a publicarlos.

Teniendo en cuenta esto le informamos que el campo *certificado de disponibilidad presupuestal* está habilitado en la creación y edición del proceso de contratación en la sección *2 Configuración,* sin embargo, no es un campo obligatorio, por lo que la entidad podría omitir el diligenciamiento del mismo. De igual modo, con relación a la información del registro presupuestal, si bien técnicamente este campo si es obligatorio para el inicio de ejecución del contrato electrónico en la plataforma, la entidad también puede relacionar la información que corresponda de acuerdo con el sistema de gestión financiera que maneja, en el caso de que la entidad no utilice propiamente esta figura.

Adicionalmente, cabe aclarar que, si la entidad opta por hacer un uso meramente publicitario de la plataforma para la gestión y publicación de sus procesos de contratación, conforme a lo establecido en la Circular No. 02 del de 2022 expedida por el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República el pasado 01 de junio, este campo no sería necesario, teniendo en cuenta que la entidad no generaría el contrato de forma electrónica en el SECOP II sino de manera externa y daría publicidad a todos los documentos de su actividad contractual a través de la sección de modificaciones del proceso.

Por otro lado, con respecto a su inquietud sobre el banco de proyectos, le informamos que este campo no es obligatorio en la plataforma en vista de que, la interoperabilidad que tiene el SECOP II con el Sistema Unificado de Inversiones y Finanzas Públicas - SUIFP para la validación del Código BPIN se habilita únicamente en el caso de que en el campo de *"Destinación del gasto"* la entidad elija la opción "Inversión” siempre y cuando la fuente de los recursos corresponda a: Presupuesto general de la Nación - PGN: Sistema General de Participaciones - SGP: Sistema General de Regalías - SGR o Recursos Propios Alcaldías o Gobernaciones). En este sentido. si la entidad no ejecuta recursos provenientes de alguna de las fuentes de recursos mencionados anteriormente la validación del Código BPIN no será obligatoria.

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: | Alejandro Sarmiento CantilloGestor 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. En el siguiente enlace 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-9)
10. En el siguiente enlace 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-10)
11. 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-11)
12. 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-12)
13. «Articulo 96. Constitución de asociaciones y fundaciones para el cumplimiento de las actividades propias de las entidades públicas con participación de particulares. Las entidades estatales, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo podrán, con la observancia de los principios señalados en el artículo 209 de la Constitución, asociarse con personas jurídicas particulares, mediante la celebración de convenios de asociación o la creación de personas jurídicas, para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que les asigna a aquéllas la ley.

»Los convenios de asociación a que se refiere el presente artículo se celebrarán de conformidad con lo dispuesto en el artículo 355 de la Constitución Política, en ellos se determinará con precisión su objeto, término, obligaciones de las partes, aportes, coordinación y todos aquellos aspectos que se consideren pertinentes.

»Cuando en virtud de lo dispuesto en el presente artículo, surjan personas jurídicas sin ánimo de lucro, éstas se sujetarán a las disposiciones previstas en el Código Civil para las asociaciones civiles de utilidad común.

»En todo caso, en el correspondiente acto constitutivo que dé origen a una persona jurídica se dispondrá sobre los siguientes aspectos:

»a) Los objetivos y actividades a cargo, con precisión de la conexidad con los objetivos, funciones y controles propios de las entidades públicas participantes;

»b) Los compromisos o aportes iniciales de las entidades asociadas y su naturaleza y forma de pago, con sujeción a las disposiciones presupuestales y fiscales, para el caso de las públicas;

»c) La participación de las entidades asociadas en el sostenimiento y funcionamiento de la entidad;

»d) La integración de los órganos de dirección y administración, en los cuales deben participar representantes de las entidades públicas y de los particulares;

»e) La duración de la asociación y las causales de disolución». [↑](#footnote-ref-13)
14. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia de 5 de febrero de 2015, expediente 76001-2331-000-2008-01176-01. C.P. Marco Antonio Velilla Moreno. [↑](#footnote-ref-14)
15. Corte Constitucional. Sentencia C-506 de 1994. M.P. Fabio Morón Díaz. [↑](#footnote-ref-15)
16. Corte Constitucional. Sentencia C- 949 de 2001. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

 [↑](#footnote-ref-16)
17. Corte Constitucional. Sentencia C-671 de 1999. M.P. Alfredo Beltrán Sierra. [↑](#footnote-ref-17)
18. CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 22 de octubre de 2007. Exp. No. 1844. C.P. Enrique José Arboleda Perdomo. [↑](#footnote-ref-18)
19. Ley 489 de 1998: «Artículo 68. Entidades descentralizadas. Son entidades descentralizadas del orden nacional, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta, las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica, las empresas sociales del Estado, las empresas oficiales de servicios públicos y las demás entidades creadas por la ley o con su autorización, cuyo objeto principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales o comerciales con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio.

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

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

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

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

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

»Parágrafo 3°. Lo dispuesto en el presente artículo no se aplica a las corporaciones civiles sin ánimo de lucro de derecho privado, vinculadas al Ministerio del Medio Ambiente, creadas por la Ley 99 de 1993». [↑](#footnote-ref-19)