**EMPRESAS DE SERIVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS – Naturaleza jurídica – Régimen contractual**

[...] «las empresas de servicios públicos son sociedades por acciones cuyo objeto es la prestación de los servicios públicos […]». […]

[…]

[…] las empresas de servicios públicos tienen una naturaleza jurídica especial que viene dada directamente por el artículo 356 de la Constitución Política. El hecho de que su composición accionaria esté compartida por recursos públicos tiene su clasificación propia dependiendo de la composición de su capital accionario: empresas de servicios públicos oficiales, mixtas y privadas. Ahora, sin importar su clasificación, todas hacen parte de la Rama ejecutiva, del sector descentralizado por servicios.

[…] el artículo 31 de la le Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001, 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 de 1994, consagra el régimen de derecho privado para las empresas de servicios públicos domiciliarios, indicando que sus actos se rigen por los principios y reglas aplicables a los particulares.

[…] 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 –Ley 80 de 1993–. En otras palabras, dichas empresas 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, Ley 1150 de 2007 y demás normas complementarias.

**EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS – Aplicabilidad Ley 80 de 1993 – Ley 142 de 1994**

[…] a pesar de que las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios en lo concerniente a sus actividades contractuales, por regla general, se rigen por lo dispuesto en las normas del derecho privado, en casos en los que se establezcan cláusulas excepcionales en sus contratos, bien sea por mandato de las Comisiones de Regulación o por solicitud de dichas empresas, deberán someterse a lo dispuesto en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –Ley 80 de 1993–, la Ley 1150 de 2007 y demás normas complementarias, así como en las situaciones en las que la Ley 142 de 1994 u otras leyes especiales lo dispongan.

**PUBLICIDAD SECOP – Entidades exceptuadas – Estatuto general de contratación – Modificación del artículo 53 – Ley 2195 de 2022**

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

[…]

[…] la Ley 2195 de 2022, por medio de la cual se adoptan medidas en materia de transparencia, prevención y lucha contra la corrupción. Según lo dispone su artículo 1, esta Ley «[…] tiene por objeto adoptar disposiciones tendientes a prevenir los actos de corrupción, a reforzar la articulación y coordinación de las entidades del Estado y a recuperar los daños ocasionados por dichos actos con el fin de asegurar promover la cultura de la legalidad e integridad y recuperar la confianza ciudadana y el respeto por lo público». Dentro del capítulo VIII de esta Ley, que lleva por título «Disposiciones en materia contractual para la moralización y la transparencia», se ubica el artículo 53, mediante el cual se adiciona el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007. La referida disposición les asigna la obligación a las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública 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 – Documentos relacionados con la actividad contractual**

[…] 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 documentación pública.

En cuanto a los documentos que deben ser publicados en el SECOP II a efectos de dar cumplimiento al 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 que no puede colegirse que los procesos de contratación relacionados con asuntos «no misionales» estén per se excluidos del deber de publicidad.



Bogotá 29 de noviembre de 2022

Señor

**MARIO FERNANDO PÉREZ ROSERO**

Mocoa, Putumayo

 **Concepto C-821 de 2022**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**   | EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS – Naturaleza jurídica – Régimen contractual / EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS – Aplicabilidad Estatuto General de Contratación de la Administración Pública – Ley 142 de 1994 – Ley 689 de 2001 / PUBLICIIDAD SECOP – Entidades 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 exceptuadas – Documentos relacionados con la actividad contractual |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta # P20221013010349  |

Estimado señor Pérez:

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, y dentro de los términos establecidos en el artículo 14 de la Ley 1437 de 2011, modificados por el artículo 5 del Decreto Legislativo 491 del 28 de marzo de 2020, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente responde su consulta radicada el 13 de octubre de 2022.

**1.** **Problema planteado**

El peticionario planteó interrogantes relacionados con la obligatoriedad de publicación en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública –SECOP– por parte de las Empresas Prestadoras de Servicios Públicos Domiciliarios y, las circunstancias en las que referidas empresas deban contratar aplicando la Ley 80 de 1993 y sus normas complementarias, así:

«Obligación de las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios de cargar la información de su contratación en Secop II, si existe alguna disposición legal que obligue algunos cambios en los manuales de contratación de estas empresas, me gustaría también preguntar, si existe algún tope legal que determine los casos particulares, bajo los cuales estas empresas tengan que celebrar contratos bajo la figura de la licitación de la Ley 80 y sus normas complementarias, o el monto para usar el estatuto de contratación pública, es discrecional de la Junta directiva y su Manual de Contratación.[sic]»

**2.** **Consideraciones**

En ejercicio de las competencias establecidas en los artículos 3.5 y 11.8 del Decreto 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente resuelve las consultas sobre los asuntos de su competencia, esto es, sobre las temáticas de la contratación estatal y compras públicas relacionadas en los artículos citados.

Es necesario tener en cuenta que esta entidad solo tiene competencia para responder solicitudes sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. En ese sentido, resolver casos particulares desborda las atribuciones asignadas por el legislador extraordinario, que no concibió a Colombia Compra Eficiente como una autoridad para solucionar problemas jurídicos particulares de todos los partícipes de la contratación estatal.

La competencia de esta entidad se fija con límites claros, con el objeto de evitar que la Agencia actúe como una instancia de validación de las actuaciones de las entidades sujetas a la Ley 80 de 1993 o de los demás participantes de la contratación pública[[1]](#footnote-2). Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, ni a brindar asesorías sobre casos puntuales. Esto en la medida en que, para resolver una consulta de carácter particular, además de conocer un sinnúmero de detalles de la actuación administrativa, es necesario acceder al expediente y a los documentos del procedimiento contractual donde surge la inquietud.

De conformidad con lo anterior, la Subdirección de Gestión Contractual –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) naturaleza jurídica de las Empresas Prestadoras de Servicios Públicos Domiciliarios; ii) régimen contractual de las Empresas Prestadoras de Servicios Públicos Domiciliarios. Situaciones de aplicabilidad de la Ley 80 de 1993; iii) 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 y; iv) Uso del SECOP II por las entidades exceptuadas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se pronunció sobre las definiciones para la correcta aplicación e interpretación del régimen de servicios públicos domiciliarios en los conceptos 4201912000004354 –radicado de salida 2201913000006639– del 9 de septiembre de 2019 y 4201913000007243 –radicado de salida 2201913000008999– del 5 de diciembre de 2019 y C-307 de 18 de junio de 2021. Así mismo, se pronunció sobre el régimen contractual de los prestadores de servicios públicos domiciliarios en los Conceptos C-027 del 23 de enero de 2020, C-032 del 19 de febrero de 2020, C-157 del 16 de marzo de 2020, el C-147 del 17 de marzo de 2020, C-168 del 31 de marzo de 2020, C-158 del 3 de abril de 2020, C-227 del 7 de abril de 2020, C-362 del 3 de julio de 2020, C-462 del 24 de julio de 2020, C-718 del 17 de diciembre de 2020, C-053 del 9 de marzo de 2021, C-072 del 16 de marzo de 2021, C-077 del 16 de marzo de 2021, C-218 del 14 de mayo de 2021, C-290 del 15 de junio de 2021, C-163 del 29 de marzo de 2022 y C-651 del 07 de octubre de 2022.

Por otro lado, esta entidad se ha pronunciado en diferentes oportunidades respecto a la aplicación los principios de publicidad y de acceso a la información pública en la contratación estatal sus fundamentos normativos y el deber de publicar la documentación contractual en el SECOP, 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 y C-472 del 6 de septiembre de 2021. 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-480 del 18 de julio de 2022, C- 544 del 29 de agosto de 2022. y C-555 del 6 de septiembre de 2022[[2]](#footnote-3). Las tesis expuestas en los anteriores conceptos se reiteran a continuación y se complementan en lo pertinente:

**2.1. Naturaleza jurídica de las Empresas Prestadoras de Servicios Públicos Domiciliarios**

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

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

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

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

A su vez, el artículo 17 de la citada Ley señala que «las empresas de servicios públicos son sociedades por acciones cuyo objeto es la prestación de los servicios públicos de que trata esta ley». De otro lado, la Ley 489 de 1998 determina la integración de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, y en el artículo 38, numeral 2, literal d) señala que las empresas sociales del Estado y las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios pertenecen a las entidades de la Rama Ejecutiva del sector descentralizado por servicios. El artículo 68 ibídem, al enlistar las entidades descentralizadas del orden nacional, se refirió únicamente a las empresas oficiales de servicios públicos, esto es, aquellas en las que la participación del Estado es del 100%[[3]](#footnote-4)

Lo anterior llevó a pensar a las entidades y participes del sistema de compras públicas que el legislador había excluido de la Rama Ejecutiva a las empresas de servicios públicos mixta –capital público superior al 50%– y las privadas –capital público inferior al 50%–. Sin embargo, la Corte Constitucional determinó que tanto las empresas de servicios públicos mixta como las privadas hacían parte de la Rama Ejecutiva, toda vez que el literal g) del artículo 38, numeral 2 de la Ley 489 de 1998 dice en su literal «g) Las demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la ley para que formen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público»

La Corte Constitucional, además de señalar la pertenencia a la Rama Ejecutiva de las empresas de servicios públicos mixtas y privadas, también sostuvo que se trataba de entidades descentralizadas por servicios, en los términos del artículo 68 de la Ley 489 de 1998:

“Nótese cómo una empresa de servicios públicos privada es aquella que mayoritariamente pertenece a particulares, lo cual a contrario sensu, significa que minoritariamente pertenece al Estado o a sus entidades. Y que una empresa de servicios públicos mixta es aquella en la cual el capital público es igual o superior al cincuenta por ciento (50%), lo cual significa que minoritariamente pertenece a particulares. Así las cosas, una y otra se conforman con aporte de capital público, por lo cual su exclusión de la estructura de la Rama Ejecutiva y de categoría jurídica denominada “entidades descentralizadas” resulta constitucionalmente cuestionable, toda vez que implica, a su vez, la exclusión de las consecuencias jurídicas derivadas de tal naturaleza jurídica, dispuestas expresamente por la Constitución.

No obstante, la Corte observa que una interpretación armónica del literal d) del artículo 38 de la Ley 489 de 1998, junto con el literal g) de la misma norma, permiten entender que la voluntad legislativa no fue excluir a las empresas de servicios públicos mixtas o privadas de la pertenencia a la Rama Ejecutiva del poder público. […]

Nótese como en el literal d) el legislador incluye a las “demás entidades nacionales con personería jurídica que creen organice o autorice la ley para que formen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público”, categoría dentro de la cual deben entenderse incluidas las empresas de servicios públicos mixtas o privadas, que, de esta manera, se entienden como parte de la Rama Ejecutiva en su sector descentralizado nacional.

Así las cosas, de cara a la constitucionalidad del artículo 38 de la Ley 489 de 1998, y concretamente de la expresión “las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios” contenida en su literal d), la Corte declarará su exequibiliad, por considerar que dentro del supuesto normativo del literal g) se comprenden las empresas mixtas o privadas de servicios públicos, que de esta manera viene a conformar también la Rama Ejecutiva del poder público.

[…]

Obsérvese que si bien sólo considera explícitamente como entidades descentralizadas a las empresas oficiales de servicios públicos, es decir a aquellas con un capital cien por ciento (100%) estatal, lo cual haría pensar que las mixtas y las privadas no ostentarían esta naturaleza jurídica, a continuación indica que también son entidades descentralizadas “las demás entidades creadas por la ley o con su autorización, cuyo objeto principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales o comerciales con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio” (Subraya la Corte). Así las cosas, de manera implícita incluye a las empresas de servicios públicos mixtas o privadas como entidades descentralizadas, por lo cual la Corte no encuentra obstáculo para declarar su constitucionalidad”.[[4]](#footnote-5)

 En esta providencia también se hace una aclaración que resulta importante: las empresas prestadoras de servicios públicos, de carácter mixto, no deben ser consideradas como sociedades de economía mixta. La anterior conclusión fue fundamentada sobre la idea del carácter o naturaleza especial que la Constitución les dio a las empresas de servicios públicos:

“No obstante, después de haber estudiado los conceptos de sociedad de economía mixta y de empresa de servicios públicos, la Corte estima que la naturaleza y el régimen jurídico especial de la prestación de los servicios públicos dispuesto por el constituyente de la Carta impiden considerar que las empresas de servicios públicos constituidas bajo la forma de sociedades por acciones, en las cuales concurran en cualquier proporción el capital público y el privado, sean “sociedades de economía mixta”, A juicio de la Corporación, y por lo dicho anteriormente, se trata de entidades de tipología especial expresamente definida por el legislador en desarrollo de las normas superiores antes mencionadas, que señalan las particularidades de esta actividad.

[…]

Al parecer la Corte, la interpretación según la cual las empresas de servicios públicos son sociedades de economía mixta resulta contraria a la Constitución. Ciertamente, según se dijo arriba, del artículo 365 superior se desprende que régimen y la naturaleza jurídica de los prestadores de servicios públicos es especial; además, del numeral 7° del artículo 150 de la Carta, se extrae que el legislador está constitucionalmente autorizado para crear o autorizar la creación de” otras entidades del orden nacional “, distintas de los establecimientos públicos, las empresas comerciales e industriales del Estado y las Sociedades de economía mixta”.[[5]](#footnote-6)

Así las cosas, es preciso afirmar que las empresas de servicios públicos tienen una naturaleza jurídica especial que viene dada directamente por el artículo 356 de la Constitución Política. El hecho de que su composición accionaria esté compartida por recursos públicos tiene su clasificación propia dependiendo de la composición de su capital accionario: empresas de servicios públicos oficiales, mixtas y privadas. Ahora, sin importar su clasificación, todas hacen parte de la Rama ejecutiva, del sector descentralizado por servicios. Una vez expuesta la naturaleza jurídica de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, teniendo en cuenta el objeto de la consulta, a continuación, se procede a explicar el régimen contractual que les aplica.

**2.2. Régimen contractual de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios. Situaciones de aplicabilidad de la Ley 80 de 1993**

La Constitución Política de 1991 incorporó un modelo de liberación 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.[[6]](#footnote-7) 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 liberación 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 Ibidem 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[[7]](#footnote-8).

Ahora bien, en lo que atañe específicamente al régimen de contratación, el artículo 31 de la le Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001, 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 de 1994, consagra el régimen de derecho privado para las empresas de servicios públicos domiciliarios, indicando que sus actos se rigen por los principios y reglas aplicables a los particulares[[8]](#footnote-9).

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 –Ley 80 de 1993–[[9]](#footnote-10). En otras palabras, dichas empresas 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, Ley 1150 de 2007 y demás normas complementarias.

Lo anterior no significa que la actividad contractual de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios se rija por un «derecho privado puro», pues este se encuentra irrigado, entre otras cosas, por los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, previstos en los artículos 209 y 267 de la Constitución, toda vez que así lo dispone el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007[[10]](#footnote-11).

Ahora bien, pese a que el artículo 31 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001, dispuso que los contratos celebrados por las entidades prestadoras de servicios públicos no se regirían por las disposiciones contenidas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, dicha norma estableció como excepción a esta regla general, las situaciones en las que estas entidades deberán aplicarlo, así:

ARTÍCULO 31. RÉGIMEN DE LA CONTRATACIÓN.

[…]

Las Comisiones de Regulación podrán hacer obligatoria la inclusión, en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos, de cláusulas exorbitantes y podrán facultar, previa consulta expresa por parte de las empresas de servicios públicos domiciliarios, que se incluyan en los demás. ***Cuando la inclusión sea forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993,*** y los actos y contratos en los que se utilicen esas cláusulas y/o se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa. Las Comisiones de Regulación contarán con quince (15) días para responder las solicitudes elevadas por las empresas de servicios públicos domiciliarios sobre la inclusión de las cláusulas excepcionales en los respectivos contratos, transcurrido este término operará el silencio administrativo positivo. [Énfasis fuera de texto]

[…]

De lo anterior se colige, que a pesar de que las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios en lo concerniente a sus actividades contractuales, por regla general, se rigen por lo dispuesto en las normas del derecho privado, en casos en los que se establezcan cláusulas excepcionales en sus contratos, bien sea por mandato de las Comisiones de Regulación o por solicitud de dichas empresas, deberán someterse a lo dispuesto en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –Ley 80 de 1993–, la Ley 1150 de 2007 y demás normas complementarias, así como en las situaciones en las que la Ley 142 de 1994 u otras leyes especiales lo dispongan.

En lo que respecta a la existencia de «topes legales» que determinen las circunstancias en las que las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios deban contratar bajo la modalidad de selección licitación pública, a la cual hace alusión en su consulta, no se observa en la Ley 142 de 1994, Ley 689 de 2001, Ley 80 de 1993 y Ley 1150 de 2007, disposición que establezca cuantía alguna para que estas entidades regidas por el derecho privado deban adelantar sus contrataciones mediante licitación pública o en aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –Ley 80 de 1993–. Sin embargo, resulta pertinente señalar que la Ley 142 de 1994 en su artículo 35 dispuso:

ARTÍULO 35. DEBER DE BUSCAR ENTRE LO PÚBLICO LAS MEJORES CONDICIONES OBJETIVAS. Las empresas de servicios públicos que tengan posición dominante en un mercado, y cuya principal actividad sea la distribución de bienes o servicios provistos por terceros, tendrán que adquirir el bien o servicio que distribuyan por medio de procedimientos que aseguren posibilidad de concurrencia a los eventuales contratistas, en igualdad de condiciones. En estos casos, y en los de otros contratos de las empresas, las comisiones de regulación podrán exigir, por vía general, que se celebren previa licitación pública, o por medio de otros procedimientos que estimulen la concurrencia de oferentes. [Énfasis fuera de texto]

Del artículo citado, es posible concluir que el Legislador determinó una situación particular en la que las empresas de servicios públicos deban adelantar sus procesos de contratación mediante la modalidad de selección por licitación pública prevista en el numeral 1 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 o a través de cualquier otro procedimiento que estimule la concurrencia de oferentes.

**2.3. 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**

Uno de los postulados más importantes de un Estado Social y Democrático de Derecho es el principio de publicidad, pues este permite que las actuaciones de las autoridades gocen de visibilidad. En tal sentido, la filosofía política explica que la democracia «[…] es idealmente el gobierno de un poder visible, es decir, el gobierno cuyos actos se realizan ante el público y bajo la supervisión de la opinión pública»[[11]](#footnote-12). El secreto generalizado en el ejercicio del poder político constituye, por el contrario, una negación de la democracia, porque dificulta la supervisión de las autoridades y de la sociedad civil y establece una barrera para la participación ciudadana.

Inspirada en esta concepción axiológica, la Constitución Política de 1991 consagra en varios artículos la publicidad como un principio rector del Estado colombiano. Entre los más destacados, puede mencionarse el 209, que afirma que la publicidad es uno de los principios que fundamentan el ejercicio de la función administrativa y el 74, que consagra la garantía de acceso a los documentos públicos que no gocen de reserva –y esta, además, es excepcional, pues solo procede si existe causal constitucional o legal expresa–. En tal perspectiva, la Corte Constitucional ha señalado que el principio de publicidad es la garantía que tienen las personas de conocer las actuaciones judiciales y administrativas. De este modo, explica:

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

La primera de ellas, como el derecho que tienen las personas directamente involucradas, al conocimiento de las actuaciones judiciales y administrativas, la cual se concreta a través de los mecanismos de comunicación y la segunda, como el reconocimiento del derecho que tiene la comunidad de conocer las actuaciones de las autoridades públicas y, a través de ese conocimiento, a exigir que ellas se surtan conforme a la ley[[12]](#footnote-13).»

El principio de publicidad impone a las autoridades el deber de dar a conocer sus actos, contratos y decisiones, para que se divulguen y eventualmente se controlen dichas actuaciones. Es por eso que, en materia de la contratación estatal, el literal c) del artículo 3 de la Ley 1150 de 2007 establece el Sistema Electrónico para la Contratación Pública –SECOP– como un mecanismo que «contará con la información oficial de la contratación realizada con dineros públicos, para lo cual establecerá los patrones a que haya lugar y se encargará de su difusión a través de canales electrónicos»[[13]](#footnote-14).

La Ley 1712 de 2014 – 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»[[14]](#footnote-15). 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 legales. 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[[15]](#footnote-16).

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[[16]](#footnote-17).

Esta obligación fue desarrollada por el artículo 2.1.1.2.1.7. del Decreto Único Reglamentario 1081 de 2015[[17]](#footnote-18), el cual dispuso que la publicación de la información contractual de los sujetos obligados, que contratan con cargo a recursos públicos, debe hacerse en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública ─­ ­SECOP–

Así mismo, de acuerdo con el literal g) del artículo 11 de la misma Ley, todos los destinatarios de la Ley de Transparencia deben garantizar la publicidad de «sus procedimientos, lineamientos, políticas en materia de adquisiciones y compras, así como todos los datos de adjudicación y ejecución de contratos, incluidos concursos y licitaciones», y esta información también debe estar en el SECOP.

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 lo dispone su artículo 1, esta Ley «[…] tiene por objeto adoptar disposiciones tendientes a prevenir los actos de corrupción, a reforzar la articulación y coordinación de las entidades del Estado y a recuperar los daños ocasionados por dichos actos con el fin de asegurar promover la cultura de la legalidad e integridad y recuperar la confianza ciudadana y el respeto por lo público». Dentro del capítulo VIII de esta Ley, que lleva por título «Disposiciones en materia contractual para la moralización y la transparencia», se ubica el artículo 53, mediante el cual se adiciona el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007. La referida disposición les asigna la obligación a las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública 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 de texto].

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 documentación pública.

En cuanto a los documentos que deben ser publicados en el SECOP II a efectos de dar cumplimiento al 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 que no puede colegirse que los procesos de contratación relacionados con asuntos «no misionales» estén per se excluidos del deber de publicidad.

Así las cosas, 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[[18]](#footnote-19). 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.

Ahora bien, teniendo en cuenta la consulta realizada, resulta pertinente señalar que, para que las entidades con regímenes exceptuados cumplan con el deber de publicidad consagrado en la norma en estudio no se dispuso que las entidades deban modificar sus manuales de contratación, so pena en aquellos casos en los que estos sean contrarios a la ley.

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 trataba un período concedido por el Legislador a las entidades con 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 estaba comprendido entre el 18 de enero y el 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[[19]](#footnote-20).

Así mismo, es importante mencionar que, La Circular Externa Única expedida por la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente estableció que todas las entidades del Estado tienen el deber de publicar oportunamente la información oficial de la contratación en el SECOP, sin distinción de su régimen jurídico, naturaleza jurídica o la pertenencia a una u otra rama del poder público[[20]](#footnote-21).

Ahora bien, de lo expuesto en los considerandos de este concepto, de cara a la consulta planteada acerca de la obligación de las empresas de servicios públicos, se concluye que estas empresas, 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–a los cuales se ha hecho mención en el presente concepto, 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.

**2.4. 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[[21]](#footnote-22), tiene dispuesto dos módulos para las entidades estatales con régimen especial, los cuales son:

* Contratación Régimen Especial (con ofertas)[[22]](#footnote-23): 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)[[23]](#footnote-24): 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.

**3. Respuesta**

«Obligación de las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios de cargar la información de su contratación en Secop II, si existe alguna disposición legal que obligue algunos cambios en los manuales de contratación de estas empresas, me gustaría también preguntar, si existe algún tope legal que determine los casos particulares, bajo los cuales estas empresas tengan que celebrar contratos bajo la figura de la licitación de la Ley 80 y sus normas complementarias, o el monto para usar el estatuto de contratación pública, es discrecional de la Junta directiva y su Manual de Contratación»[sic].

Por un lado, de conformidad con lo expuesto en este concepto, el artículo 53 de la Ley 2195 de 2022 hace referencia a la obligación de las entidades exceptuadas de publicar 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, 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, 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. 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 2.3 y 2.4. 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.

Ahora bien, para que las entidades exceptuadas cumplan con el deber de publicidad consagrado en la precitada norma, esta no dispuso que deban modificar sus manuales de contratación, so pena en aquellos casos en los que estos sean contrarios a la ley

Por otro lado, el artículo 31 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001, dispuso que las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios en lo concerniente a sus actividades contractuales, por regla general, se rigen por lo dispuesto en las normas del derecho privado, en casos en los que se establezcan cláusulas excepcionales en sus contratos, bien sea por mandato de las Comisiones de Regulación o por solicitud de dichas empresas, deberán someterse a lo dispuesto en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –Ley 80 de 1993–, la Ley 1150 de 2007 y demás normas complementarias, así como en las situaciones en las que la Ley 142 de 1994 u otras leyes especiales lo dispongan.

Respecto de la existencia de «topes legales» que determinen las circunstancias en las que las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios deban contratar bajo la modalidad de selección de licitación pública, no se observa en la Ley 142 de 1994, Ley 689 de 2001, Ley 80 de 1993 y Ley 1150 de 2007, disposición que establezca cuantía alguna para que estas entidades regidas por el derecho privado deban adelantar sus contrataciones mediante licitación pública o en aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

No obstante lo anterior, resulta pertinente señalar que la Ley 142 de 1994 en su artículo 35 dispuso que: «las empresas de servicios públicos que tengan una posición dominante en el mercado, y cuya principal actividad sea la distribución de bienes o servicios provistos por terceros, tendrán que adquirir el bien o servicio que distribuyan por medio de procedimientos que aseguren posibilidad de concurrencia a los eventuales contratistas, en igual de condiciones. En estos casos, y en los de otros contratos de las empresas, las comisiones de regulación podrán exigir, por vía general, que se celebren previa licitación pública […].»

 Del artículo citado, se concluye que el Legislador determinó una situación particular en la que las empresas de servicios públicos deban adelantar sus procesos de contratación mediante la modalidad de selección de licitación pública dispuesta en el numeral 1 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 o a través de cualquier otro procedimiento que estimule la concurrencia de oferentes.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Nasly Yeana Mosquera RivasAnalista T2–06 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Martha Alicia Romero Vargas Gestor T1-15 Subdirección Contractual |
| Aprobó: | Nohelia del Carmen Zawady PalacioSubdirectora de Gestión Contractual ANCP – CCE |

1. La Agencia Nacional de Contratación Pública ‒ Colombia Compra Eficiente fue creada por el Decreto Ley 4170 de 2011. Su objetivo es servir como ente rector de la política de compras y contratación del Estado. Para tales fines, como órgano técnico especializado, le corresponde formular políticas públicas y normas y unificar los procesos de contratación estatal, con el fin de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado. El artículo 3 *ibidem* señala, de manera precisa, las funciones de Colombia Compra Eficiente. Concretamente, el numeral 5º de este artículo establece que le corresponde a esta entidad: «[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general y expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública». Seguidamente, el numeral 8º del artículo 11 ibidem señala que es función de la Subdirección de Gestión Contractual: «[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general». [↑](#footnote-ref-2)
2. Los conceptos indicados pueden consultarse en el siguiente enlace: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos>. [↑](#footnote-ref-3)
3. 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. [↑](#footnote-ref-4)
4. Corte Constitucional. Sentencia C-736 de 2007. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. [↑](#footnote-ref-5)
5. Ibid. [↑](#footnote-ref-6)
6. 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-7)
7. 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-8)
8. 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-9)
9. 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-10)
10. 8 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» [↑](#footnote-ref-11)
11. BOBBIO, Norberto. Democracia y secreto. México: Fondo de Cultura Económica, 2013. p. 27. [↑](#footnote-ref-12)
12. Corte Constitucional. Sentencia C- 341 del 4 de junio de 2014. M. P. Mauricio González Cuervo. [↑](#footnote-ref-13)
13. Ley 1150 de 2007: «Artículo 3. De conformidad con lo dispuesto en la Ley 527 de 1999, la sustanciación de las actuaciones, la expedición de los actos administrativos, los documentos, contratos y en general los actos derivados de la actividad precontractual y contractual, podrán tener lugar por medios electrónicos. Para el trámite, notificación y publicación de tales actos, podrán utilizarse soportes, medios y aplicaciones electrónicas. Los mecanismos e instrumentos por medio de los cuales las entidades cumplirán con las obligaciones de publicidad del proceso contractual serán señalados por el Gobierno Nacional.

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

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

[…]

»c) Contará con la información oficial de la contratación realizada con dineros públicos, para lo cual establecerá los patrones a que haya lugar y se encargará de su difusión a través de canales electrónico». [↑](#footnote-ref-14)
14. 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-15)
15. 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-16)
16. 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-17)
17. «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-18)
18. 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-19)
19. En armonía con lo anterior, en la Circular Externa 002 de esta Agencia se establece, que: «Todos los procesos de contratación creados en el SECOP I antes del 18 de julio de 2022, 23:59 horas, por parte de estas entidades estatales, podrán continuar siendo gestionados en esta plataforma». [↑](#footnote-ref-20)
20. «Numeral 1.1 […] Las Entidades que contratan con cargo a recursos públicos están obligadas a publicar oportunamente su actividad contractual en el SECOP, sin que sea relevante para la exigencia de esta obligación su régimen jurídico, naturaleza de público o privado o la pertenencia a una u otra rama del poder público. Esta obligación deberá cumplirse, inclusive, si la ejecución del contrato no implica erogación presupuestal». [↑](#footnote-ref-21)
21. 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-22)
22. 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-23)
23. 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-24)