**CCE-DES-FM-17**

**SECOP – Publicidad – Entidades de régimen especial – Reiteración – Concepto unificado – CU-003 de 2020**

La obligatoriedad de publicar las actuaciones contractuales de las entidades no depende de su régimen de contratación, sino de la ejecución de recursos públicos, pues así lo determinó, provisionalmente, el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, en el auto del 14 de agosto de 2017, radicación número: 11001-03-26-000-2017-00031-00 [58.820], proferido por el Magistrado Jaime Orlando Santofimio. Ese deber no atiende a las condiciones fácticas que tengan las entidades excluidas del régimen de contratación estatal, sino ─se reitera─ al hecho de que la contratación implique la ejecución de recursos públicos. Así también lo indicó la Agencia Nacional de Contratación Pública en Concepto unificado CU-003 de 2020, que se reitera en esta oportunidad.

**SECOP – Publicidad ­– Documentos**

[…] el Decreto 103 de 2015 señala que los documentos que deberán publicar las entidades estatales, entre estas las empresas industriales y comerciales del Estado, son: i) las autorizaciones, requerimientos, aprobaciones o informes del supervisor o del interventor, que prueben la ejecución del contrato, ii) en relación con los procedimientos, lineamientos y políticas en materia de adquisición se deberán publicar los documentos previstos en el manual de contratación de la entidad y, finalmente, iii) el plan anual de adquisiciones.

Frente al segundo grupo de documentos, debido a que estas entidades están sometidas al derecho privado, y por lo tanto no celebran sus procesos de contratación con las modalidades de contratación previstas en la Ley 80 de 1993; cada una definirá en su manual de contratación el procedimiento para la contratación de sus bienes y servicios.

**SECOP – Publicidad ­– Oportunidad – 3 días**

El artículo 2.2.1.1.1.7.1. del Decreto 1082 de 2015 establece: «La Entidad Estatal está obligada a publicar en el SECOP los Documentos del Proceso y los actos administrativos del Proceso de Contratación, dentro de los tres (3) días siguientes a su expedición. La oferta que debe ser publicada es la del adjudicatario del Proceso de Contratación. Los documentos de las operaciones que se realicen en bolsa de productos no tienen que ser publicados en el SECOP». Por su parte, el artículo 2.2.1.1.1.3.1. del Decreto 1082 de 2015 dice que los «Documentos del Proceso son: (a) los estudios y documentos previos; (b) el aviso de convocatoria; (c) los pliegos de condiciones o la invitación; (d) las Adendas; (e) la oferta; (f) el informe de evaluación; (g) el contrato; y cualquier otro documento expedido por la Entidad Estatal durante el Proceso de Contratación». A su vez, el artículo 2.2.1.2.1.4.3. del mismo Decreto establece excepciones a la publicidad de los estudios y documentos previos, indicando: «Los estudios y documentos previos elaborados para los siguientes Procesos de Contratación no son públicos: a) la contratación de empréstitos; b) los contratos interadministrativos que celebre el Ministerio de Hacienda y Crédito Público con el Banco de la República, y c) los contratos a los que se refiere el 2.2.1.2.1.4.6 del presente decreto». Como puede observarse, el gobierno nacional estableció algunas excepciones a la publicidad de los documentos del proceso en el SECOP durante los tres (3) días siguientes a su expedición en la modalidad de contratación directa; lo que permite concluir que aquellos casos que no estén exceptuados en forma explícita de dicho deber ingresan dentro de la regla general. Con fundamento en esta idea, cabe precisar que en la contratación directa los documentos del proceso también deben ser publicados en la oportunidad indicada, teniendo en cuenta la causal de que se trate. Verbigracia, para la celebración de contratos de prestación de servicios profesionales, de apoyo a la gestión o para la realización de actividades artísticas que solo pueden encomendarse a determinadas personas naturales no se requiere expedir previamente el acto administrativo de justificación de la contratación directa. Por lo tanto, en este supuesto, por sustracción de materia, no hay que publicar dicho documento en el SECOP. Algo similar sucede en la contratación de urgencia manifiesta, en la cual no se requiere de la elaboración de estudios y documentos previos, de manera que, obviamente, estos no se publican.

**SECOP – Publicidad ­– Contratos fiduciarios**

[…] los contratos fiduciarios deberán ser publicados por la Entidad Estatal que lo suscriba, de acuerdo al régimen jurídico aplicable al contrato y según lo visto en párrafos precedentes. Igualmente, la publicación de la «contratación derivada» de los contratos de fiducia deberá realizarse, o por la Entidad Estatal fideicomitente con intervención de la fiduciaria para efectos de la firma del contrato −sería lo ideal−, o por la fiduciaria que actúe como vocero de los patrimonios autónomos en calidad de contratante, también teniendo en cuenta el régimen del contrato y lo explicado en el presente documento.

Bogotá D.C., **3/04/2020 Hora 14:8:18s**

**N° Radicado: 2202013000002427**

Señora

**Luisa Mora**

Bogotá

**Concepto C─265 de 2020**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**   | SECOP – Publicidad – Entidades de régimen especial – Reiteración de Concepto unificado CU-003 de 2020 / SECOP –Publicidad – Documentos / SECOP – Publicidad – Oportunidad – 3 días / SECOP – Publicidad – Contratos fiduciarios y la «contratación derivada» |
| **Radicación:**  | Respuesta a consultas # 4202012000002203 y 4202012000002363 |

Estimado señora Mora,

En ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública − Colombia Compra Eficiente responde sus consultas del 26 de marzo y el 1 de abril de 2020.

1. **Problemas planteados**

Usted informa que el Fondo de Energías no Convencionales y Gestión Eficiente de la Energía «FENOFE» está «reglamentado por el Ministerio de Minas y Energía», que los recursos de dicho fondo son administrados por la fiduciaria La Previsora S.A. y agrega que esta última actúa como «vocera y administradora del patrimonio autónomo». Con fundamento en lo anterior, pregunta: i) «¿[…] cómo debe ser la forma correcta de dar publicidad a los procesos de contratación respecto a la creación del proceso y del contrato y la gestión contractual de los mismos, teniendo en cuenta que la selección le corresponde al FENOFE, pero es la fiduciaria quien adelanta los trámites precontractuales y contractuales […]?»; ii) «¿[…] cómo podemos publicar dentro de los tres (3) días siguientes a la expedición de los documentos, si por el manejo normal de nuestro régimen de contratación especial no es posible que todo esté en estos términos […]?»; iii) ¿cuál es «la forma de llevar los procesos en nuestras otras dos modalidades (invitación abierta y cerrada) en donde la presentación de ofertas se hace de manera presencial en nuestras instalaciones, por lo que no es posible hacer una apertura de ofertas, publicación de la lista de oferentes y ofertas, posterior a eso subir los informes de evaluación y selección y todo el proceso que se hace normalmente por la plataforma secop ii?»[[1]](#footnote-2); y iv) el SECOP II, particularmente la herramienta para publicar procesos de régimen especial «de forma no transaccional» «¿en este momento se encuentra habilitad[a] y si nuestro fondo puede hacer uso de ella?».

**2. Consideraciones**

La Agencia Nacional de Contratación Pública se pronunció en relación con el SECOP, como plataforma que las entidades deben utilizar para publicar la actividad contractual, en la consulta del 9 de agosto de 2019 y reiteró la posición en las siguientes consultas: del 25 de septiembre de 2019, del 4 de octubre de 2019 y del 18 y 13 de noviembre de 2019 −radicados Nos. 4201913000005397, 4201912000006611, 4201913000006847, 4201912000007762 y 4201912000007828−. Finalmente, en el Concepto Unificado No. C-003 de 2020, cuya tesis se reiteró en los conceptos C-046, C-061, C-079, C-088, C-095, C-116, C-147 y C-149 de 2020, sostuvo las ideas que se reiteran a continuación.

Para desarrollar los problemas planteados se explicará cómo el SECOP es la plataforma que las entidades deben utilizar para publicar la actividad contractual, para luego determinar los documentos contractuales que deben publicar las empresas de la naturaleza indicada en la petición, y, por último, precisar el momento de su publicación. Finalmente, se informará al peticionario sobre la utilización de la plataforma electrónica SECOP, en lo que tiene que ver con los contratos de fiducias.

**2.1. Publicidad de los contratos en el Sistema Electrónico de Contratación Pública –SECOP–**

La Agencia Nacional de Contratación Pública estudió por primera vez este tema en la consulta del 9 de agosto de 2019 −radicado No. 4201913000005397− y reiteró la posición en las siguientes consultas: del 25 de septiembre de 2019, del 4 de octubre de 2019, y del 13 y 18 de noviembre de 2019 −radicados Nos. 4201912000006611, 4201913000006847

4201912000007828 y 4201912000007762−. Finalmente, en el Concepto CU−003 de 15 de enero 2020 unificó la tesis. En esta sostuvo la idea que se reitera a continuación:

Para la Corte Constitucional, el principio de publicidad es la garantía que tienen las personas de conocer las actuaciones judiciales y administrativas y con base en ese conocimiento tener la posibilidad de exigir que se surtan conforme a la ley:

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

La primera de ellas, como el derecho que tienen las personas directamente involucradas, al conocimiento de las actuaciones judiciales y administrativas, la cual se concreta a través de los mecanismos de comunicación y la segunda, como el reconocimiento del derecho que tiene la comunidad de conocer las actuaciones de las autoridades públicas y, a través de ese conocimiento, a exigir que ellas se surtan conforme a la ley[[2]](#footnote-3).

El principio de publicidad impone a las autoridades administrativas el deber de dar a conocer sus actos, contratos y decisiones, para que se divulguen y eventualmente se controlen las actuaciones.

El literal c) del artículo 3 de la Ley 1150 de 2007 establece que el Sistema Electrónico para la Contratación Pública «contará con la información oficial de la contratación realizada con dineros públicos, para lo cual establecerá los patrones a que haya lugar y se encargará de su difusión a través de canales electrónicos»[[3]](#footnote-4).

De otra parte, la Ley 1712 de 2014, 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 de máxima publicidad, transparencia en la información y buena fe. El principio de máxima publicidad establece que «toda información en posesión, bajo control o custodia de un sujeto obligado es pública y no podrá ser reservada o limitada sino por disposición constitucional o legal»[[4]](#footnote-5). El principio de transparencia en la información alude al deber de los sujetos de proporcionar y facilitar el acceso a la misma en los términos más amplios posibles, y a través de los medios y procedimientos que establezca la ley.

La ley citada establece, en el literal e) del artículo 9, que los sujetos obligados, que son todas las entidades públicas[[5]](#footnote-6), deben publicar la información relativa a su contratación. Esta obligación fue desarrollada por el Decreto Único Reglamentario 1081 de 2015[[6]](#footnote-7), el cual dispuso que la publicación de la información contractual de los sujetos obligados, que contratan con cargo a recursos públicos, debe hacerse en el Sistema Electrónico de Contratación Pública ─ SECOP.

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

El derecho de acceso a la información pública o de interés público permite a toda persona, sin necesidad de acreditar calidad, interés o condición particular, conocer la existencia de información pública, acceder a la misma y difundirla o publicarla, según su interés[[7]](#footnote-8).

Para el año 2013, la Agencia Nacional de Contratación Pública ─ Colombia Compra Eficiente, mediante la mediante la Circular Externa No 1 del 21 de junio de 2013, recopilada en la Circular Externa Única, recordó a todas las entidades del Estado el deber de publicar oportunamente su actividad contractual en el SECOP, sin distinción de su régimen jurídico, naturaleza jurídica o la pertenencia a una u otra rama del poder público[[8]](#footnote-9). Además, la Circular Externa Única, en el numeral 1.1., establece, de manera enunciativa, que deben publicar en el SECOP: «2. Las entidades del Estado que tienen un régimen especial de contratación, siempre y cuando el contrato ejecute o tenga como fuente de financiación dineros públicos, sin importar su proporción, a través del módulo [Régimen Especial], de acuerdo con lo establecido en su propio manual de contratación».

El debate sobre la obligatoriedad o no de publicar en el SECOP, para las entidades con régimen especial de contratación, ya fue definido, al menos de manera preliminar, por el Consejo de Estado, que expresó que la obligación prevista en la Circular Externa No. 1 se ajusta a la normativa superior:

[…] resulta razonable concluir, en esta oportunidad, que en virtud del deber de información prescrito en el literal c) del artículo 3 o de la Ley 1150 de 2007 los sujetos obligados bajo tal norma [todos los que realizan contratación con dineros públicos] deben suministrar información sobre su contratación en términos veraces, auténticos y completos en el sistema electrónico SECOP, lo que incluye, entonces, todo acto que sea expresión de ejercicio o despliegue de actividad contractual.

11.5. ─Y es que, si se quiere en términos más detallados el literal c) del artículo 3o de la Ley en comento responde claramente las siguientes inquietudes: ¿Quiénes están obligados? los que realizan contratación con dineros públicos; ¿en razón de qué están obligados? En razón al manejo de tales recursos públicos y no por razón diferente; ¿Cuál es el límite o la extensión de ese deber? Única y exclusivamente comprende la información relativa a lo que sea objeto de contratación con recursos públicos, se excluyen de allí la que se realice con otras fuentes. ¿Dónde se debe surtir ese deber de información? Por conducto del sistema electrónico SECOP.

[…]

Así, lo que resulta también razonable afirmar es que el aludido deber de informar ya se encontraba bien dispuesto y definido desde el precepto legal de 2007, pues del texto del inciso de marras se sabe qué, quién y cómo se debe satisfacer ese deber y no surgió, como parece anotarlo la Fundación, con la expedición de la Circular Externa contra la cual se promueve este juicio contencioso de legalidad. Y, agrega este Despacho, este deber vino a ser reiterado [no creado] en la Ley 1712 de 2014[[9]](#footnote-10).

Adicionalmente, el deber de hacer pública la información contractual oficial no se determina por la naturaleza de la entidad ejecutora ─pública o privada─, ni del régimen sustantivo contractual que aplique, sea de la Ley 80 de 1993 o de los regímenes exceptuados. En particular, sobre el deber de publicidad de estos, el Consejo de Estado sostuvo:

Por consiguiente, otra conclusión natural de lo que se viene de decir es que la exigibilidad prevista en el literal c) del artículo 3° de la Ley 1150 de 2007 y aquella reflejada en la Circular Externa sobre deber de informar no alteran ni trastocan el régimen jurídico contractual, por la potísima razón que lo único que impone o carga a cuenta de los sujetos obligados es hacer público, publicitar, reportar, informar ciertos asuntos específicos: la completa actividad contractual que hayan ejecutado con cargo a tales recursos públicos, de donde se desprende que no se estructura ese deber informativo en relación a los negocios que celebren con cargo a recursos de otra índole.

Nótese, entonces, que el Consejo de Estado asumió como criterio para determinar la obligatoriedad de publicar en el SECOP que la contratación se haga con recursos públicos, conclusión que extrajo del literal c) del artículo 3 de la Ley 1150 de 2007. Así pues, a partir de la anterior decisión, la obligación de publicar en el SECOP, por parte de las entidades con régimen especial, adquirió un elemento normativo adicional a las Leyes 1150 de 2007, 1712 de 2014 y la Circular Externa Única de Colombia Compra Eficiente, un pronunciamiento del Consejo de Estado.

Dentro de los fundamentos que consideró el máximo tribunal de lo contencioso administrativo, no tuvo en cuenta razones de orden fáctico, relativas a las responsabilidades de las entidades o su posible afectación en la competitividad para aquellas que operan en diferentes mercados. La razón relevante es que si la entidad contrata con dineros públicos debe publicar su proceso de contratación en el SECOP.

**2.2. Documentos que publican las entidades de régimen especial en el SECOP y término para hacerlo**

Determinada la obligación que tienen las entidades sujetas a un régimen especial de publicar su actividad contractual en el SECOP, a continuación se identificarán los documentos que deben publicar, no sin antes explicar la posición que la Agencia Nacional de Contratación Pública ─ Colombia Compra Eficiente ha adoptado desde el 2016 hasta el 2019.

En la consulta identificada con el Radicado No. 41612000877 del 15 de febrero de 2016, señaló que las empresas industriales y comerciales del Estado, las empresas de servicios públicos domiciliarios y las sociedades de economía mixta, todas sometidas a un régimen especial de contratación, debían publicar en el SECOP todos los documentos del proceso que define el Decreto 1082 de 2015, así como lo relativo a la ejecución del contrato. Lo anterior se fundamentó en el literal c) del artículo 3 de la Ley 1150 de 2007[[10]](#footnote-11).

En este sentido, la Agencia Nacional de Contratación Pública, en virtud del literal c) del artículo 3 de la Ley 1150 de 2007, reconoció la obligatoriedad, por parte de las entidades de régimen especial, de publicar su actividad contractual en el SECOP. Ahora, con fundamento en el artículo 2.2.1.1.1.3.1 del Decreto 1082 de 2015, normativa que aplica a las entidades que se rigen por la Ley 80 de 1993, se enunciaron los documentos del proceso que se debían publicar.

Posteriormente, en el año 2018, cambió el fundamento normativo que define los documentos que las entidades de régimen especial debían publicar en el SECOP. En el concepto con radicado No. 4201814000008329 del 8 de octubre de 2018 se dijo que en virtud del artículo 11 de la Ley 1712 de 2014, los destinatarios de las normas contenidas en la ley de transparencia deben publicar los procedimientos, lineamientos, políticas en materia de adquisiciones y compras, así como todos los datos de adjudicación y ejecución de contratos, incluidos concursos y licitaciones. Por lo tanto, los documentos que se deben publicar serán los previstos en el manual de contratación de cada entidad de régimen especial para la adquisición de un bien o servicio, y no los que define el artículo 2.2.1.1.1.3.1 del Decreto 1082 de 2015[[11]](#footnote-12).

Conforme a lo anterior, en un primer momento la Agencia Nacional de Contratación Pública definió los documentos del proceso que las entidades de régimen especial debían publicar en el SECOP, con fundamento en el artículo 2.2.1.1.1.3.1 del Decreto 1082 de 2015; en un segundo momento se identificaron los documentos en virtud del literal g), del artículo 11 de la Ley 1712 de 2014 y lo previsto en el Decreto 103 de 2015. Esta posición es la que se acogerá y desarrollará en esta consulta.

En efecto, la Ley 1712 de 2014 o Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública, señala en el literal g), artículo 11, que todo sujeto obligado debe publicar sus procedimientos, lineamientos, políticas en materia de adquisiciones y compras, así como todos los datos de adjudicación y ejecución de sus contratos. Lo anterior implica que se deberá publicar cada procedimiento para la adquisición de un producto o servicio, incluidos los datos de adjudicación y ejecución del contrato.

Luego, el Decreto reglamentario 103 de 2015, «Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 1712 de 2014 y se dictan otras disposiciones», en el artículo 8, señala, de forma enunciativa, que se debe publicar la información relativa a la ejecución del contrato, como las aprobaciones, autorizaciones, requerimientos o informes del supervisor o interventor, que aprueben la ejecución del contrato[[12]](#footnote-13). Por su parte, el artículo 9 señala que las entidades deberán publicar los procedimientos, lineamientos y políticas en materia de adquisición, que no son otros que los previstos en el manual de contratación, que se expidió de acuerdo con los lineamientos de la Agencia Nacional de Contratación Pública, el cual debe publicarse en el sitio web del sujeto obligado[[13]](#footnote-14). Finalmente, el artículo 10 establece la obligación que tienen las entidades de publicar en el SECOP el Plan Anual de Adquisiciones[[14]](#footnote-15).

De conformidad con lo anterior, el Decreto 103 de 2015 señala que los documentos que deben publicar las entidades estatales a quienes les aplica la Ley 1712 de 2014, entre estas, por ejemplo, las empresas de servicios públicos mixtas, oficiales y privadas con participación pública, son: i) las autorizaciones, requerimientos, aprobaciones o informes del supervisor o del interventor, que prueben la ejecución del contrato, ii) los procedimientos, lineamientos y políticas en materia de adquisición que corresponden a los documentos que los conforman, previstos en el manual de contratación de la entidad, y finalmente, iii) el plan anual de adquisiciones.

Frente al segundo grupo de documentos, debido a que estas entidades están sometidas al derecho privado, y por lo tanto no celebran sus procesos de contratación mediante las modalidades previstas en la Ley 80 de 1993, cada una definirá en su manual el procedimiento para contratar sus bienes y servicios.

En este sentido, la entidad lo hará ya sea por medio de un procedimiento público, mediante el cual se realice una convocatoria y una evaluación para seleccionar la oferta más favorable; o a través de una contratación directa, cuando no es necesario realizar un proceso competitivo. En estos casos, el manual definirá las etapas y los documentos que forman parte del procedimiento que realicen; y todos se publicarán en la plataforma del SECOP para cada procedimiento de contratación que se adelante, incluido el acto de adjudicación, por expresa disposición del literal g) del artículo 11 de la Ley 1712 de 2014.

Por lo tanto, en estos casos aplica la Ley 1712 de 2014 y el Decreto 103 de 2015, no el Decreto 1082 de 2015, porque esta última norma rige a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, y por lo tanto no aplica, por ejemplo, a las empresas de servicios públicos domiciliarios que, por regla general, se rigen por el derecho privado. Por su parte, la Ley 1712 de 2014 y el Decreto reglamentario 103 de 2015 rigen a cualquier entidad pública, incluyendo las pertenecientes a todas las Ramas del Poder Público, en todos los niveles de la estructura estatal, central o descentralizada por servicios o territorialmente, en los órdenes nacional, departamental, municipal y distrital.

Identificados los documentos que deben publicar las entidades de régimen especial y su fundamento normativo, a continuación se explicará cuándo se deben publicar, no sin antes explicar la posición que Colombia Compra Eficiente ha tenido en relación con este asunto.

En el año 2017, en la consulta con radicado No. 4201713000005390 se consideró que el plazo para publicar por parte de las entidades de régimen especial es el que se fije en el manual de contratación de la entidad[[15]](#footnote-16). Por su parte, en el año 2018, con la expedición de la Circular Externa Única, se cambió la postura y se indicó que «las entidades que aun utilizan el SECOP I están obligadas a publicar los documentos del proceso dentro de los tres (3) días siguientes a su expedición […][[16]](#footnote-17)». De lo regulado en la Circular Externa Única se infiere que se otorga un tratamiento igualitario a las entidades, independientemente de su régimen de contratación, por lo tanto, aplica el artículo 2.2.1.1.1.7.1. del Decreto 1082 de 2015.

En este sentido, se han tenido dos posturas frente a la oportunidad de publicar los documentos en el SECOP. En un primer momento la entidad tiene autonomía para determinar el plazo en su manual de contratación, debido a que no les aplica el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública; en un segundo momento, a partir de la expedición de la Circular Externa Única, tanto las entidades que se rigen por la Ley 80 como aquellas que tienen un estatuto de régimen especial, deberán publicar sus documentos dentro de los tres (3) días siguientes a su expedición, por expresa disposición del artículo 2.2.1.1.1.7.1. del Decreto 1082 de 2015. Esta última posición es la que se acogerá y se desarrollará en esta consulta.

La Ley 1712 de 2014 y el Decreto reglamentario 103 de 2015, normativas que identifican los documentos que se deben publicar, no señalan el momento para su divulgación, y en ese sentido existe un vacío normativo. En los casos que no exista norma aplicable, la Corte Constitucional, en la sentencia C-083 de 1995, reconoce a la analogía como una fuente de derecho autónoma a la que se pueden acudir para suplir el vacío. De esta forma, reconoce que: «la analogía es la aplicación de la ley a situaciones no contempladas expresamente a ellas, pero que sólo difieren a las que sí lo están en aspectos jurídicamente irrelevantes, es decir, ajenos a aquellos que explican y fundamentan la razón de ser de la norma»[[17]](#footnote-18). En este sentido, el juez razona por analogía, cuando aplica una ley frente una situación no contemplada explícitamente en ella, a partir del estudio de situaciones fácticas que fueron tratadas por el legislador y guardan similitud con el asunto tratado.

El Decreto 1082 de 2015, en el artículo 2.2.1.1.1.7.1, normativa que regula la publicidad en el SECOP, establece que las entidades están obligadas a publicar los documentos del proceso y los actos administrativos del proceso de contratación, dentro de los tres (3) días siguientes a su expedición. Además, indica el deber de las entidades de publicar oportunamente el aviso de convocatoria o la invitación en los procesos de contratación de mínima cuantía y el proyecto de pliego de condiciones en el SECOP para que presenten observaciones o soliciten aclaraciones[[18]](#footnote-19). En este sentido, las entidades sometidas al régimen de contratación de Ley 80 de 1993 publican en el SECOP sus documentos dentro de los 3 días siguientes a su expedición.

Si bien el Decreto 1082 de 2015 en principio no aplica a las entidades estatales exceptuadas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, porque su régimen de contratación es el derecho privado, es posible aplicarle el artículo 2.2.1.1.1.7.1. en virtud de la analogía. Lo anterior, debido a que esta norma guarda similitud con el asunto tratado, ya que regula la publicidad de los documentos del SECOP y, por lo tanto, es viable aplicarles su consecuencia jurídica a las entidades de régimen especial.

A su vez, no es posible que las entidades definan en su manual de contratación el momento en el cual publicarán sus documentos contractuales, porque este es un asunto que debe definir el legislador o el gobierno por medio de un reglamento.

Conforme a lo anterior, las entidades de régimen especial deben publicar sus documentos del proceso de contratación dentro de los tres (3) días siguientes a su expedición; porque a pesar de que en principio el artículo 2.2.1.1.1.7.1 del Decreto 1082 de 2015 no les aplica, sí es posible y necesario en virtud de la analogía.

Es del caso precisar que el deber antes referido es de rango legal. En consecuencia, su cumplimiento es imperativo para las entidades públicas, de lo que se deriva que estas, especialmente las que tienen un régimen de contratación especial, deben adaptar sus prácticas contractuales para cumplir con el deber de publicar sus documentos del proceso de contratación dentro de los tres (3) días siguientes a su expedición formal. No puede ocurrir, pues, que, amparadas en su régimen, algunas entidades pretendan incumplir su deber legal o cumplirlo de tal manera que se ajuste a las particularidades de sus trámites internos, pues es la entidad la que debe ajustar sus prácticas contractuales al ordenamiento jurídico, y no el ordenamiento jurídico el que debe adaptarse o acondicionarse a las prácticas de aquellas.

En todo caso, si se adoptara la posición del Consejo de Estado, explicada con anterioridad, es decir, que la obligación de publicar en el SECOP se apoya del literal c) del artículo 3 de la Ley 1150 de 2007, entonces también se debe publicar toda la contratación realizada con recursos públicos, independientemente del régimen de contratación de la entidad, porque el Decreto 1082 de 2015 reglamenta el artículo 3 de la Ley 1150 de 2007, y se aplicaría el artículo 2.2.1.1.1.7.1. del Decreto 1082 de 2015.

**2.3. Publicidad de los contratos fiduciarios**

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente realizó el despliegue de SECOP II a nivel territorial en el 2018 y 2019, por lo cual se expidió la Circular Externa No. 1 de 2019 sobre la obligatoriedad del uso del SECOP II en el 2020, que dispone: «A partir del 1 de enero de 2020, todos los procesos de contratación de las entidades relacionadas en el Anexo 1 de esta circular deberán gestionarse, exclusivamente, en el SECOP ll. La medida aplica para los procesos de contratación que se inicien a partir del 1 de enero de 2020.

Este plazo fue prorrogado por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, mediante la Circular Externa No. 2 de 2019, a través de la cual se amplió «la entrada en vigencia de la obligatoriedad del SECOP ll. En consecuencia, las alcaldías capitales de departamento (Administración central) y los departamentos (Administración central) gestionarán todos sus procesos de contratación, exclusivamente en el SECOP ll, a partir del 1 de abril de 2020». Con todo, de acuerdo a lo que se dispuso en la Circular Externa No. 3 de 2020, existen dos grupos de entidades que podrán seguir gestionando sus procesos contractuales por medio de la plataforma SECOP I: por un lado, la Gobernación del Chocó, la Gobernación del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, la Alcaldía de Quibdó, la Gobernación del Cauca y la Alcaldía de Popayán y, por el otro, la Gobernación de Guainía, la Alcaldía de Inírida, la Gobernación del Amazonas, la Alcaldía de Leticia, la Gobernación del Vichada, la Alcaldía de Puerto Carreño, la Gobernación del Guaviare, la Alcaldía de San José del Guaviare, la Gobernación de Vaupés y la Alcaldía de Mitú.

Los primeros, porque no alcanzaron a ser capacitados en el uso de la plataforma SECOP II, habida cuenta que los programas de formación a cargo de esta entidad se suspendieron por la emergencia en salud pública ocasionada por el Coronavirus - COVID 19. Los segundos, debido a que «las velocidades de carga son insuficientes para operar la plataforma en [sus] territorios», esto es, por problemas de capacidad técnica de las redes.

Ahora bien, en relación con los contratos fiduciarios, por medio de la Circular Externa No. 2 de 2019, se aclaró que, si bien es cierto que las sociedades fiduciarias no se encuentran obligadas a publicar su actividad contractual en el SECOP II, también lo es que «[…] en relación con los contratos fiduciarios suscritos con las entidades estatales obligadas en el 2020 deberán publicar la actividad contractual derivada de esos negocios en el SECOP ll, pero solo en caso de que la entidad pública que los contrata no lo cumpla, en la forma prevista en el numeral 1.8 de la Circular Externa Única». Al respecto, el literal e) de esta última Circular establece lo siguiente:

(e) El SECOP debe contar con la información oficial de la contratación realizada con recursos públicos. *Los contratos fiduciarios entendidos como los suscritos entre la Entidad Estatal y la fiduciaria deberán ser publicados por la Entidad Estatal que lo suscriba*. Los contratos que realice la fiduciaria en virtud del contrato de fiducia o encargo fiduciario, es decir, la contratación derivada, también deberán ser publicados por la Entidad Estatal con la intervención de la fiduciaria para efectos de la firma del contrato. (Cursivas propias)

Para el cumplimiento de la obligación transcrita se debe distinguir si el contrato a publicar está o no sometido al Régimen General de Contratación de la Administración Pública. Si sí lo está, «la Entidad Estatal deberá usar la funcionalidad de la modalidad de selección correspondiente», como lo dispone la Circular Externa Única de Colombia Compra Eficiente. Si no lo está, la entidad debe utilizar el módulo «Régimen Especial» del SECOP II, Para tales fines, la plataforma tiene habilitados dos módulos: i) el *Módulo Régimen Especial −con ofertas−*, dispuesto para los procesos competitivos; y ii) *Módulo Régimen Especial −sin ofertas−*, diseñado para aquellos eventos en los que no se requiere adelantar un proceso competitivo. En ambos casos, la entidad puede elegir si firma el contrato electrónicamente, esto es, utiliza el módulo de gestión contractual del SECOP II con registro por parte del Proveedor y firma electrónica, o si firma el contrato en físico y publica los documentos de ejecución en la etapa precontractual del SECOP II «Etapa de Proceso».

En ese sentido, «quien firma por parte de la fiduciaria tendría que crear un usuario del SECOP II y solicitar acceso a la cuenta de la Entidad Estatal para realizar la firma electrónica. En el segundo caso, quien firma por parte de la fiduciaria suscribiría el contrato en físico y la Entidad Estatal cargaría del contrato en la fase de “Proceso”. Para poder publicar el contrato y cualquier documento de ejecución contractual en la fase “Proceso” no se debe finalizar dicha etapa, pues esta acción cierra el expediente contractual impidiendo cualquier publicación posterior», según lo expone la referida Circular Externa.

Es del caso precisar que si la entidad se niega a publicar la «contratación derivada», con la intervención de la fiduciaria para efectos de la firma del contrato a publicar, la fiduciaria que actúe como vocero del patrimonio autónomo en calidad de contratante, queda en el deber de «publicar toda la actividad contractual derivada en el SECOP I, mediante una cuenta de entidad compradora en el módulo de régimen especial»[[19]](#footnote-20).

En suma, los contratos fiduciarios deberán ser publicados por la Entidad Estatal que lo suscriba, de acuerdo al régimen jurídico aplicable al contrato y según lo visto en párrafos precedentes. Igualmente, la publicación de la «contratación derivada» de los contratos de fiducia deberá realizarse, o por la Entidad Estatal fideicomitente, con intervención de la fiduciaria para efectos de la firma del contrato, o por la fiduciaria que actúe como vocero de los patrimonios autónomos en calidad de contratante, también teniendo en cuenta el régimen del contrato y lo explicado en el presente documento.

En relación con la «contratación derivada», se debe optar por una de las opciones, esto es, que lo haga la entidad o que lo haga la sociedad fiduciaria, con el objetivo de evitar la duplicidad de la información.

**3. Respuesta**

i) «¿[…] cómo debe ser la forma correcta de dar publicidad a los procesos de contratación respecto a la creación del proceso y del contrato y la gestión contractual de los mismos, teniendo en cuenta que la selección le corresponde al FENOFE, pero es la fiduciaria quien adelanta los trámites precontractuales y contractuales […]?»; y iii) ¿cuál es «la forma de llevar los procesos en nuestras otras dos modalidades (invitación abierta y cerrada) en donde la presentación de ofertas se hace de manera presencial en nuestras instalaciones, por lo que no es posible hacer una apertura de ofertas, publicación de la lista de oferentes y ofertas, posterior a eso subir los informes de evaluación y selección y todo el proceso que se hace normalmente por la plataforma secop ii?».

Los contratos fiduciarios deben ser publicados por la Entidad Estatal que lo suscriba, de acuerdo al régimen jurídico de la entidad. Igualmente, la publicación de la «contratación derivada» de los contratos de fiducia tiene que realizarla la Entidad Estatal fideicomitente con intervención de la fiduciaria para efectos de la firma del contrato. Si esta no lo hace, la fiduciaria que actúe como vocero de los patrimonios autónomos en calidad de contratante, está obligada a hacerlo. Para el caso de la entidad, también teniendo en cuenta su régimen jurídico. En todo caso, frente a la «contratación derivada», se debe evitar la duplicidad de la información.

 Es del caso precisar que, sin distingo de la modalidad de selección de contratistas o del régimen contractual aplicable a las entidades públicas, estas se encuentran obligadas a publicar en el SECOP los documentos elaborados al interior de sus procesos contractuales. Esto, claro está, atendiendo a las particularidades de cada proceso, esto es, si el trámite se adelanta según las etapas y formalidades establecidas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, o según el manual interno de contratación de la entidad, pero, de todas formas, sin exceder el término de tres (3) días con el que se cuenta para hacer dicha publicación.

ii) «¿[…] cómo podemos publicar dentro de los tres (3) días siguientes a la expedición de los documentos, si por el manejo normal de nuestro régimen de contratación especial no es posible que todo esté en estos términos […]?».

Si bien el Decreto 1082 de 2015, en principio, no aplica a las entidades estatales exceptuadas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, porque su régimen de contratación es el derecho privado, es posible aplicarle el artículo 2.2.1.1.1.7.1. en virtud de la analogía. En ese sentido, las entidades de régimen especial deben publicar sus documentos del proceso de contratación dentro de los tres (3) días siguientes a su expedición; porque a pesar de que en principio el artículo 2.2.1.1.1.7.1 del Decreto 1082 de 2015 no les aplica, sí es posible y necesario en virtud de la analogía.

Este deber es de rango legal. En consecuencia, su cumplimiento es imperativo para las entidades públicas, de lo que se deriva que estas, especialmente las que tienen un régimen de contratación especial, deben adaptar sus prácticas contractuales para cumplir con el deber de publicar sus documentos del proceso de contratación dentro de los tres (3) días siguientes a su expedición. No puede ocurrir, pues, que, amparadas en el carácter especial de su régimen contractual, algunas entidades pretendan incumplir su deber legal o cumplirlo de tal manera que se ajuste a las particularidades de sus trámites internos, pues es la entidad la que debe ajustar sus prácticas contractuales al ordenamiento jurídico, y no el ordenamiento jurídico el que debe adaptarse o acondicionarse a las prácticas de aquellas.

iii) el SECOP II, particularmente la herramienta para publicar procesos de régimen especial «de forma no transaccional» «¿en este momento se encuentra habilitad[a] y si nuestro fondo puede hacer uso de ella?».

Para cumplir con la publicidad relacionada con los contratos fiduciarios, la plataforma tiene habilitados dos módulos: i) el Módulo Régimen Especial −con ofertas−, dispuesto para los procesos competitivos; y ii) Módulo Régimen Especial −sin ofertas−, diseñado para aquellos eventos en los que no se requiere adelantar un proceso competitivo. En ambos casos la entidad puede elegir si firma el contrato electrónicamente, esto es, utiliza el módulo de gestión contractual del SECOP II con registro por parte del Proveedor y firma electrónica, o si firma el contrato en físico y publica los documentos de ejecución en la etapa precontractual del SECOP II «Etapa de Proceso».

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | David Castellanos CarreñoContratista de Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Fabián Gonzalo Marín CortésSubdirector de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Fabián Gonzalo Marín CortésSubdirector de Gestión Contractual |

1. Esta pregunta solo está en la solicitud con número 4202012000002363. [↑](#footnote-ref-2)
2. Corte Constitucional. Sentencia C- 341 del 4 de junio de 2014. M. P. Mauricio González Cuervo. [↑](#footnote-ref-3)
3. Ley 1150 de 2007: «Artículo 3. De conformidad con lo dispuesto en la Ley 527 de 1999, la sustanciación de las actuaciones, la expedición de los actos administrativos, los documentos, contratos y en general los actos derivados de la actividad precontractual y contractual, podrán tener lugar por medios electrónicos. Para el trámite, notificación y publicación de tales actos, podrán utilizarse soportes, medios y aplicaciones electrónicas. Los mecanismos e instrumentos por medio de los cuales las entidades cumplirán con las obligaciones de publicidad del proceso contractual serán señalados por el Gobierno Nacional.

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

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

[…]

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

«a) Toda entidad pública, incluyendo las pertenecientes a todas las Ramas del Poder Público, en todos los niveles de la estructura estatal, central o descentralizada por servicios o territorialmente, en los órdenes nacional, departamental, municipal y distrital». [↑](#footnote-ref-6)
6. «Artículo 2.1.1.2.1.7. 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-7)
7. Corte Constitucional. Sentencia C─274 de 9 de mayo de 2013. M.P. María Victoria Calle Correa. [↑](#footnote-ref-8)
8. «Numeral 1.1 […] Las Entidades que contratan con cargo a recursos públicos están obligadas a publicar oportunamente su actividad contractual en el SECOP, sin que sea relevante para la exigencia de esta obligación su régimen jurídico, naturaleza de público o privado o la pertenencia a una u otra rama del poder público». [↑](#footnote-ref-9)
9. Consejo de Estado. Sección Tercera. Auto del 14 de agosto de 2017. Exp: 58.820. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. [↑](#footnote-ref-10)
10. La anterior posición fue reiterada en las siguientes consultas de los años 2016 y 2017: 416130000999 del 23 de febrero de 2016, 4201613000005457 del 24 de octubre de 2016, 42017000001243 del 15 de marzo de 2017, 4201714000003623 del 21 de julio de 2017, entre otras. En estas consultas se señaló que las entidades con régimen especial de contratación publicarán los documentos del proceso que define el Decreto 1082 de 2015, es decir: a) los estudios y documentos previos, b) el aviso de convocatoria; c) los pliegos de condiciones o la invitación; d) las Adendas; e) la oferta; f) el informe de evaluación; g) el contrato; y cualquier otro documento expedido por la Entidad Estatal durante el Proceso. [↑](#footnote-ref-11)
11. Esta posición se reiteró en las siguientes consultas: No. 4201813000006842 del 16 de agosto de 2018, 4201813000010011 del 5 de diciembre de 2018, 4201813000009778 del 29 de octubre de 2018, entre otros, Al respecto se indicó lo siguiente: «Las Entidades con regímenes especiales de contratación están obligadas publicar en el SECOP la información resultante de su actividad contractual en todas sus fases que se ejecute con cargo a recursos públicos, según los procedimientos de selección que tengan definidos en su manual de contratación. Estos documentos incluyen invitaciones a participar, documentos de apertura de procesos, términos de referencia, pliegos de condiciones o sus equivalentes, documentos relativos al procedimiento de selección como observaciones y respuesta, informes de evaluación, ofertas ganadoras, contratos, evidencia del seguimiento a la ejecución, actas de liquidación, entre otros.

»Así las cosas, se precisa que en la normativa no existe una lista taxativa de los documentos que debe contener cada etapa del Proceso de Contratación, ya que algunos de dichos documentos dependerán de la dinámica en la que se desarrolle la actividad contractual de la Entidad Estatal y de lo establecido en el manual de contratación». [↑](#footnote-ref-12)
12. Decreto 103 de 2015: «Artículo 8°. Publicación de la ejecución de contratos. Para efectos del cumplimiento de la obligación contenida en el literal g) del artículo 11 de la Ley 1712 de 2014, relativa a la información sobre la ejecución de contratos, el sujeto obligado debe publicar las aprobaciones, autorizaciones, requerimientos o informes del supervisor o del interventor, que prueben la ejecución del contrato». [↑](#footnote-ref-13)
13. Decreto 103 de 2015: «Artículo 9°. Publicación de procedimientos, lineamientos y políticas en materia de adquisición y compras. Para los sujetos obligados que contratan con cargo a recursos públicos, los procedimientos, lineamientos y políticas en materia de adquisición y compras de los que trata el literal g) del artículo 11 de la Ley 1712 de 2014 son los previstos en el manual de contratación expedido conforme a las directrices señaladas por la Agencia Nacional de Contratación Pública ─ Colombia Compra Eficiente, el cual debe estar publicado en el sitio web oficial del sujeto obligado». [↑](#footnote-ref-14)
14. Decreto 103 de 2015: «Artículo 10. Publicación del Plan Anual de Adquisiciones. Los sujetos obligados que contratan con cargo a recursos públicos deben publicar en su página web y en el Secop el Plan Anual de Adquisiciones, de acuerdo con lo previsto en el artículo 74 de la Ley 1474 de 2011, el literal e) del artículo 9° de la Ley 1712 de 2014 y el Decreto 1510 de 2013, o el que lo modifique, sustituya o adicione.

»Los sujetos obligados que no contratan con cargo a recursos públicos no están obligados a publicar su Plan Anual de Adquisiciones.

»Los sujetos obligados que contratan con cargo a recursos públicos y recursos privados, deben publicar en su página web y en el SECOP el Plan Anual de Adquisiciones para los recursos de carácter público que ejecutarán en el año.

»Se entenderá como definición de Plan Anual de Adquisiciones respecto a todos los sujetos obligados que contratan con recursos públicos, la prevista en el artículo 3° del Decreto 1510 de 2013, o el que lo modifique, sustituya o adicione». [↑](#footnote-ref-15)
15. Esta posición fue acogida en las siguientes consultas Rad. 4201813000006240: «Las Entidades Estatales que cuentan con régimen especial de contratación pueden aplicar las reglas contenidas en su propio manual de contratación, en consecuencia, estas entidades pueden establecer un término diferente a los 3 días que determina el Decreto 1082 de 2015 para publicar su actividad contractual en SECOP.

»En todo caso, en virtud del principio de transparencia al cual están sujetas las entidades de régimen especial, el término que establezcan en su manual de contratación debe garantizar que el SECOP cuente con la información del Sistema de Compra Pública de forma oportuna. Recomendamos a las entidades de régimen especial publicar su información contractual una vez la tengan disponible ya que esa información es relevante para el Sistema de Compra Pública». [↑](#footnote-ref-16)
16. Circular Externa Única: «Numeral 1.2 Oportunidad en la publicación de la información en el SECOP: Las Entidades que aún utilizan el SECOP I están obligadas a publicar en el SECOP los Documentos del Proceso dentro de los tres (3) días siguientes a su expedición.

»La información registrada por las Entidades en el SECOP II y en la Tienda Virtual del Estado Colombiano, está disponible en tiempo real en razón a que las actuaciones del Proceso de Contratación tienen lugar electrónicamente a través de dichas plataformas transaccionales».

»Con respecto a los documentos que no son generados electrónicamente, el SECOP II permite publicarlos a través de un “mensaje público” o como un “documento del proceso”, para la publicidad de dichos documentos la Entidad Estatal tiene el plazo de tres días siguientes a su expedición». [↑](#footnote-ref-17)
17. Corte Constitucional. Sentencia C- 083 del 1 de marzo de 1995. M.P. Carlos Gaviria Díaz. [↑](#footnote-ref-18)
18. Decreto 1082 de 2015 «Artículo 2.2.1.1.1.7.1. Publicidad en el SECOP. La Entidad Estatal está obligada a publicar en el SECOP los Documentos del Proceso y los actos administrativos del Proceso de Contratación, dentro de los tres (3) días siguientes a su expedición. La oferta que debe ser publicada es la del adjudicatario del Proceso de Contratación. Los documentos de las operaciones que se realicen en bolsa de productos no tienen que ser publicados en el SECOP.

»La Entidad Estatal está obligada a publicar oportunamente el aviso de convocatoria o la invitación en los Procesos de Contratación de mínima cuantía y el proyecto de pliegos de condiciones en el SECOP para que los interesados en el Proceso de Contratación puedan presentar observaciones o solicitar aclaraciones en el término previsto para el efecto en el artículo 2.2.1.1.2.1.4 del presente decreto». [↑](#footnote-ref-19)
19. Circular Única Externa de Colombia Compra Eficiente. Numeral 1.8. Literal e). Pág. 18. [↑](#footnote-ref-20)