**CCE-DES-FM-17**

**REGÍMEN ESPECIAL – Sujeto – Objeto**

[…] en el ordenamiento jurídico colombiano cuando se piensa en los regímenes especiales de contratación, por regla general se hace referencia al régimen de determinadas entidades estatales. Tal sería el caso de las empresas de servicios públicos domiciliarios, de conformidad con el artículo 31 de la Ley 142 de 1994, de las entidades señaladas en el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007, y de las universidades estatales u oficiales, según el artículo 93 de la Ley 30 de 1993.

Ahora bien, los regímenes especiales en el ordenamiento colombiano no se dan exclusivamente en atención a cierto tipo de sujetos (EICE, SEM, ESP), sino también para cierto tipo de objetos. Este es el caso del régimen jurídico establecido en el artículo 66 de la Ley 1523 de 2012 que establece un régimen especial de derecho privado en razón de la especial consideración que merece el objeto a contratar. Otro ejemplo en este sentido se puede encontrar en el Decreto 544 de 2020 que estableció un régimen de contratación sometido al derecho privado, que no se rige por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, para los contratos que «tengan por objeto la adquisición en el mercado internacional de los elementos que a continuación se indican».

**REGÍMEN ESPECIAL – Calamidad pública y desastre – Derecho privado – Derecho administrativo**

[…] el régimen de derecho privado que, por regla general, caracteriza a los regímenes especiales no significa que no existan «dosis» de derecho público-administrativo, que tienen como fin último garantizar que los regímenes especiales de contratación también se ordenen hacia la consecución de los fines del Estado.

Estas «dosis» de derecho administrativo encuentran su manifestación tanto en la forma de reglas como en la forma de principios aplicables al régimen especial. En relación con este segundo tipo, esto es, principios aplicables a regímenes especiales de contratación, la norma por antonomasia en el asunto es el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007.

**SECOP – Publicidad – Recursos públicos**

El criterio último para resolver cuestionamientos sobre la publicidad en el SECOP no es el tipo de entidad, o el régimen jurídico del respectivo contrato estatal, sino la presencia de recursos públicos en ese contrato en particular. Por lo mismo, las entidades que, como consecuencia del artículo 66 de la Ley 1523 de 2012, pueden, para los objetos allí señalados, contratar con sometimiento «a los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre particulares» deben publicar su actividad contractual en el SECOP como consecuencia de estar contratando con cargo a recursos públicos.

Bogotá D.C, **20/05/2020 5:06:38 p.m.**

**No. Radicado. 2202013000003953**

Señor

**WILLIAM RICARDO PRIETO LEÓN**

**Concepto C- 298 de 2020**

**Temas**: REGÍMEN ESPECIAL – En atención al sujeto y al objeto/ REGÍMEN ESPECIAL – calamidad pública y desastre Derecho privado con dosis de derecho administrativo / SECOP – Publicidad – Recursos Públicos

**Radicación**: Respuesta a consultas # 4202013000003129 y # 4202023000003501

Estimado señor Prieto León,

En ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública − Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 27 de abril de 2020.

**1. Problema planteado**

Usted eleva las siguientes consultas: (i) ¿Los contratos celebrados para la adquisición de bienes, realización de obras y prestación o suministro de servicios relacionados directamente con las actividades de respuesta, de rehabilitación y reconstrucción de las zonas declaradas en situación de desastre o calamidad pública, en aplicación de la Ley 1523 de 2012, deben ser publicados en el SECOP? (ii) De ser positiva la respuesta a lo anterior se pregunta: ¿Bajo qué parámetros se deben publicar dichos contratos en la plataforma SECOP, ya que actualmente NO existe una opción denominada “CALAMIDAD PUBLICA” o similar en la plataforma SECOP?, ya que dichos contratos difieren de la causal de contratación Directa de “URGENCIA MANIFIESTA”.

**2. Consideraciones**

Para dar solución a los interrogantes planteados, se analizarán los siguientes temas: (i) Consideraciones generales sobre los regímenes especiales (ii) El régimen especial del artículo 66 de la Ley 1523 de 2012 (iii) La obligación de publicación en el SECOP de todas las contrataciones con cargo a recursos públicos sin importar el régimen jurídico.

**2.1. Consideraciones generales sobre los regímenes especiales en materia de contratación estatal**

Lo primero que debe advertirse a efectos de absolver su consulta es que el ordenamiento jurídico colombiano contempla como categoría única la noción de «contratos estatales», pero acepta la posibilidad de que dichos contratos tengan regímenes jurídicos diferenciados. En virtud de ello se afirma que hay contratos estatales sometidos al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y disposiciones complementarias) y contratos estatales sometidos a reglas especiales.

La decisión hito-fundadora[[1]](#footnote-1) en este sentido es un Auto de 20 de agosto de 1998[[2]](#footnote-2) del Consejo de Estado en el cual esa corporación señaló[[3]](#footnote-3):

A juicio de la Sala es preciso reconocer que en las diversas regulaciones normativas sobre contratación de la administración pública, es posible identificar dos grandes categorías de actos contractuales:

1ª Contratos estatales, propiamente dichos, que son aquellos que celebran las entidades públicas a que se refiere la ley 80 de 1993, y que por ende se regulan íntegramente por el régimen establecido en esta ley. Por regla general, adquieren este carácter en razón del ente público contratante, es decir, se definen desde el punto de vista orgánico. Las controversias que se deriven de este tipo de contratos y de los procesos de ejecución o cumplimiento serán de conocimiento de la jurisdicción contenciosa administrativa.

2ª Contratos especiales sujetos a un régimen legal propio. Por regla general, el juez a quien compete conocer de sus controversias es el juez administrativo, en razón de que su celebración y ejecución constituye una actividad reglada, es decir, es el ejercicio pleno de una función administrativa, de conformidad con el art. 82 del C.C.A. antes referido.

El Consejo de Estado identificó la existencia de un único tipo de contrato, el contrato estatal, pero dos grandes categorías que responden a su régimen jurídico: contrato estatal propiamente dicho con un régimen jurídico de derecho público-administrativo y contrato estatal especial, con un régimen jurídico especial, por regla general de derecho privado.

En este punto vale la pena resaltar que en el ordenamiento jurídico colombiano cuando se piensa en los regímenes especiales de contratación, por regla general se hace referencia al régimen de determinadas entidades estatales. Tal sería el caso de las empresas de servicios públicos domiciliarios, de conformidad con el artículo 31 de la Ley 142 de 1994, de las entidades indicadas en el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007, y de las universidades estatales u oficiales, según el artículo 93 de la Ley 30 de 1993. Esta afirmación, sin embargo, no pretende desconocer que dicho régimen especial se otorga justamente en consideración al especial tipo de actividades desplegadas por estas entidades.

Ahora bien, los regímenes especiales en el ordenamiento colombiano no se dan exclusivamente en atención a cierto tipo de sujetos (EICE, SEM, ESP), sino también para cierto tipo de objetos. Este es el caso del régimen jurídico establecido en el artículo 66 de la Ley 1523 de 2012, que establece un régimen especial de derecho privado en razón de la especial consideración que merece el objeto a contratar. Otro ejemplo en este sentido se puede encontrar en el Decreto 544 de 2020 que estableció un régimen de contratación sometido al derecho privado, que no se rige por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, para los contratos que «tengan por objeto la adquisición en el mercado internacional de los elementos que a continuación se indican».

Con base en lo indicado, se podría, a grandes rasgos, hacer una clasificación general entre regímenes especiales, que atienden principalmente al sujeto, y regímenes especiales que atienden principalmente al objeto. Esta clasificación conceptual tiene como efecto práctico resaltar que unos y otros son regímenes especiales. Así, por ejemplo, tanto el régimen jurídico de las empresas industriales y comerciales del Estado, en competencia o mercado regulado, como el régimen del artículo 66 de la Ley 1562 de 2012, son regímenes especiales a la luz del derecho de la contratación estatal. Por lo mismo, tanto uno como otro régimen están sometidos, en principio, al derecho privado con algunas particularidades propias del derecho público.

Entonces, el régimen de derecho privado que, por regla general, caracteriza a los regímenes especiales no significa que no existan «dosis» de derecho público administrativo que tienen como fin último garantizar que los regímenes especiales de contratación también se ordenen hacia la consecución de los fines del estado.

Estas «dosis» de derecho administrativo encuentran su manifestación tanto en la forma de reglas como en la forma de principios aplicables al régimen especial. En relación con este segundo tipo; esto es, principios aplicables a regímenes especiales de contratación, la norma por antonomasia en el asunto es el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 que preceptúa con toda claridad lo siguiente:

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](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991_pr006.html#209) y [267](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991_pr009.html#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

De conformidad con lo establecido en este artículo, las entidades estatales que cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública «aplicarán en desarrollo de su actividad contractual […] los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal […] y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal». En la inteligencia más adecuada que puede tener esta norma, esto es cierto tanto en el caso de que la entidad tenga un régimen especial por regla general, en razón de su actividad (EICE, ESM, ESP), como cuando la entidad tenga un régimen especial solamente para cierto tipo de contratos (artículo 66 de la Ley 1523 de 2012).

De otro lado, en lo que se refiere a las «dosis» de derecho administrativo que se otorgan en la forma de reglas concretas, el ordenamiento es rico en ellas y no se hará un análisis particularizado sobre el punto. Sin embargo, desde ya se advierte que una de las reglas de derecho público administrativo aplicable a todos los regímenes especiales de contratación es la obligación de publicar su actividad contractual en el SECOP. Esto resulta cierto para todos los regímenes especiales, sin importar si estos fueron otorgados por el legislador en atención a un sujeto (SEM, EICE, ESP) o a un objeto (Artículo 66 de la Ley 1523 de 2012, Decreto 544 de 2020).

**2.2. Régimen especial de contratación establecido en el artículo 66 de la Ley 1523 de 2012: supuesto de exclusión parcial del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública**

Antes de desarrollar esta segunda parte de las consideraciones, es relevante poner en su conocimiento que la Agencia Nacional de Contratación Pública se ha referido al régimen especial de contratación establecido en el artículo 66 de la Ley 1523 de 2012, además del comunicado de prensa del 17 de marzo de 2020[[4]](#footnote-4), en los Conceptos C-135, C-241, C-257, C-269, C-275 y C-300 de 2020. En ello se ha hecho especial énfasis en la diferencia entre este tipo de contratación y la urgencia manifiesta como causal de Contratación Directa establecida en el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007. En este concepto se recogen algunos apartes de aquellos.

De conformidad con el artículo 47, se constituyó el Fondo Nacional de Gestión de Riesgo de Desastres como un patrimonio autónomo –artículo 49–, administrado y representado en los términos del artículo 3° del Decreto 1547 de 1984 –modificado por el artículo 70 de Decreto-ley 919 de 1989[[5]](#footnote-5) (artículo 48)–, destinado a adoptar medidas de conocimiento y reducción del riesgo de desastres, preparación, respuesta, rehabilitación y reconstrucción, a través de mecanismos de financiación dirigidos a las entidades involucradas en los procesos y a la población afectada por la ocurrencia de desastres, cuyo régimen contractual es el de las empresas industriales y comerciales, sin perjuicio de las facultades especiales para atender situaciones de desastres y evitar la extensión de los efectos –parágrafo 3 del artículo 50–.

La disposición citada también establece que las entidades territoriales deben constituir sus propios *fondos de gestión del riesgo*, bajo el mismo esquema del Fondo Nacional, con el propósito de invertir, destinar y ejecutar sus recursos en la adopción de medidas de conocimiento y reducción del riesgo, preparación, respuesta, rehabilitación y reconstrucción en situaciones de desastre o calamidad pública –artículo 54[[6]](#footnote-6)–. En este contexto, el artículo 66 de la Ley 1523 de 2012 dispone lo siguiente:

“Art. 66. Salvo lo dispuesto para los contratos de empréstito interno y externo, los contratos que celebre la sociedad fiduciaria para la ejecución de los bienes, derechos e intereses del Fondo Nacional de Gestión del Riesgo o los celebrados por las entidades ejecutoras que reciban recursos provenientes de este fondo o los celebrados por las entidades territoriales y sus fondos de gestión del riesgo, relacionados directamente con las actividades de respuesta, de rehabilitación y reconstrucción de las zonas declaradas en situación de desastre o calamidad pública, se someterán a los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre particulares, con sujeción al régimen especial dispuesto en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, y podrán contemplar cláusulas excepcionales de conformidad con lo dispuesto en los artículos 14 a 18 de la Ley 80 de 1993.

Parágrafo. Los contratos celebrados por las entidades territoriales en virtud del artículo anterior se someterán al control fiscal dispuesto para los celebrados en el marco de la declaratoria de urgencia manifiesta contemplada en los artículos 42 y 43 de la Ley 80 de 1993 y demás normas que la modifiquen.

Sin perjuicio de las potestades exorbitantes, la norma precedente exceptúa del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública los contratos «[…] relacionados directamente con las actividades de respuesta, de rehabilitación y reconstrucción de las zonas declaradas en situación de desastre o calamidad pública […]» celebrados por: i) la sociedad fiduciaria que administra los recursos del Fondo Nacional de Gestión del Riesgo, ii) por las entidades ejecutoras que reciban recursos provenientes de este fondo y iii) los celebrados por las entidades territoriales y sus fondos de gestión del riesgo.

Cuando se declare la situación de desastre o la situación de calamidad pública, las instituciones mencionadas antes son las únicas excluidas de la Ley 80 de 1993; las demás siguen cubiertas por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, como es el caso de los ministerios, todas las entidades descentralizadas por servicios del orden nacional y territorial, las demás ramas del poder público, los órganos autónomos, y en general casi todas las instituciones públicas del país.

Además, según el parágrafo del mismo artículo, solo los contratos celebrados por las entidades territoriales se someten al control fiscal, con independencia de que sean producto de la contratación directa; razón por la cual también recae sobre aquellos que son resultado de procesos de selección competitivos.

En otras palabras, la pura y simple declaración de desastre o de calamidad pública conduce a que las autoridades mencionadas atrás se excluyan de la Ley 80 de 1993, y pasen a formar parte del régimen especial de contratación, siempre que los contratos estén relacionados directamente con las actividades de respuesta, de rehabilitación y reconstrucción para superar la situación de calamidad o desastre declarados, caso en el cual, inclusive, podrán pactar poderes excepcionales.

Este régimen especial de derecho, se recuerda, está moderado por la aplicación de reglas y principios provenientes de normas de derecho administrativo; tal es el caso de los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, y, como se pasa a exponer, la obligación relativa a la publicación en el SECOP.

**2.3.** **Sobre los documentos que deben publicar en el SECOP las entidades de régimen especial**

La Agencia Nacional de Contratación Pública estudió por primera vez este tema en la consulta No. 4201913000005397 del 9 de agosto de 2019 y reiteró la posición en las siguientes consultas: 4201912000006611 del 25 de septiembre de 2019, 4201913000006847 del 4 de octubre de 2019, 4201912000007762 del 18 de noviembre de 2019, y finalmente en la consulta 4201912000007828 del 13 de noviembre de 2019 y, finalmente la consulta CU-003 de 2020. En todas 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[[7]](#footnote-7).

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»[[8]](#footnote-8).

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»[[9]](#footnote-9). 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[[10]](#footnote-10), deben publicar la información relativa a su contratación. Esta obligación fue desarrollada por el Decreto Único Reglamentario 1081 de 2015[[11]](#footnote-11), 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[[12]](#footnote-12).

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[[13]](#footnote-13). 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. La Sección Tercera, Subsección C, en el Auto del 14 de agosto de 2017, Consejero Ponente Jaime Orlando Santofimio Gamboa, 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[[14]](#footnote-14).

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: un pronunciamiento del Consejo de Estado.

Para concluir, se debe reiterar que el criterio último para resolver cuestionamientos sobre la publicidad en el SECOP no es el tipo de entidad, o el régimen jurídico del respectivo contrato estatal, o si dicho régimen es asignado como consecuencia de un tipo especial de sujetos o para determinados objetos en razón de las especiales circunstancias de la contratación, sino la presencia de recursos públicos en ese contrato en particular. Por lo mismo, las entidades que, como consecuencia del artículo 66 de la Ley 1523 de 2012 pueden, para los objetos allí señalados, contratar con sometimiento «a los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre particulares», deben publicar su actividad contractual en el SECOP como consecuencia de estar contratando con cargo a recursos públicos.

En relación con su segunda pregunta, que se refiere particularmente a la ausencia de una causal de contratación denominada «Calamidad pública» en la plataforma SECOP, se absuelve la misma con referencia a lo dicho en este concepto en el sentido de que este tipo de contrataciones no son una causal de contratación directa al interior del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, sino un régimen especial que «excluye» a la entidad del ámbito de aplicación de este instrumento normativo.

A la luz de lo dicho, desde una perspectiva técnica, la entidad estatal para los efectos de la contratación en aplicación del artículo 66 de la Ley 1523 de 2012 se considera una entidad estatal con «régimen especial» y es, técnicamente, a través de esta posibilidad habilitada en el SECOP, que se debe realizar la correspondiente publicación.

Las entidades obligadas a aplicar la Ley 80 de 1993 y gestionar sus procesos de contratación a través del SECOP II, para este caso específico, pueden adelantar sus procesos en esta plataforma de manera transaccional o como herramienta de publicidad.

En caso de que la entidad desee gestionar sus procesos de manera transaccional deberá utilizar el módulo de “Contratación Régimen Especial”, para lo cual requerirá que el proveedor se encuentre inscrito en la plataforma del SECOP II. Lo anterior le permitirá a la entidad estructurar el proceso de contratación, generar el contrato en línea y realizar la gestión contractual a través de la plataforma.

Si la entidad decide utilizar el SECOP II como herramienta de publicidad, puede crear el proceso de contratación en el SECOP II mediante el módulo “Contratación Régimen Especial”, y publicar todos los documentos del proceso en la fase de proceso. La publicación de los documentos de gestión contractual incluido el contrato con firma manuscrita se realiza mediante la opción modificaciones al proceso. Quien utilice esta opción no debe dar clic en la opción “Finalizar”, puesto que la plataforma cierra el expediente y no permite la publicación posterior de ningún documento.

Al hacer uso del módulo “Contratación Régimen Especial” de manera publicitaria no es necesario que el proveedor o contratista esté registrado en SECOP II, puesto que la entidad deberá publicar todos los documentos de su proceso y no habría una interacción a través de la plataforma SECOP II entre la entidad y los contratistas.

Dado que los módulos de régimen especial están habilitados, en principio, para las entidades que contratan bajo derecho privado, las entidades, para dar publicidad a los procesos realizados en virtud del artículo 66 de la Ley 1523 de 2012, deben solicitar la habilitación del módulo a la Mesa de Servicio de la Agencia.

**3. Respuestas**

(i) ¿Los contratos celebrados para la adquisición de bienes, realización de obras y prestación o suministro de servicios relacionados directamente con las actividades de respuesta, de rehabilitación y reconstrucción de las zonas declaradas en situación de desastre o calamidad pública, en aplicación de la Ley 1523 de 2012, deben ser publicados en el SECOP?

El criterio último para resolver cuestionamientos sobre la publicidad en el SECOP no es el tipo de entidad, o el régimen jurídico del respectivo contrato estatal, sino la presencia de recursos públicos en ese contrato en particular. Por lo mismo, las entidades que, como consecuencia del artículo 66 de la Ley 1523 de 2012, pueden, para los objetos allí señalados, contratar con sometimiento «a los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre particulares», deben publicar su actividad contractual en el SECOP, por estar contratando con cargo a recursos públicos.

(ii) De ser positiva la respuesta a lo anterior se PREGUNTA: ¿Bajo qué parámetros se deben publicar dichos contratos en la plataforma SECOP, ya que actualmente NO existe una opción denominada “CALAMIDAD PUBLICA” o similar en la plataforma SECOP?, ya que dichos contratos difieren de la causal de contratación Directa de “URGENCIA MANIFIESTA”.

Desde una perspectiva técnica, la entidad estatal, para los efectos de la contratación, en aplicación del artículo 66 de la Ley 1523 de 2012, se considera una entidad estatal con régimen especial y es, técnicamente, a través de esta posibilidad habilitada en el SECOP, que se debe realizar la correspondiente publicación.

Dado que los módulos de régimen especial están habilitados, en principio, para las entidades que contratan bajo derecho privado, las entidades, para dar publicidad a los procesos realizados en virtud del artículo 66 de la Ley 1523 de 2012, deben solicitar la habilitación del módulo a la Mesa de Servicio de la Agencia.

Atentamente, 

|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Sebastián Barreto Cifuentes  Contratista de la Dirección y la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Cristian Andrés Díaz Díez  Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Fabián Gonzalo Marín Cortés  Subdirector de Gestión Contractual |

1. Medina, Diego Eduardo López. El derecho de los jueces: obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial. Legis, 2006. [↑](#footnote-ref-1)
2. Juan Carlos Expósito Vélez, Definición de los «Contratos Estatales». Contratos Estatales propiamente dichos y Contratos Estatales Especiales. Regulación del Contrato suscrito con entidades estatales. Jurisidcción Competente. En: Andrés Fernando Ospina Garzón. Los Grandes Fallos de la Jurisprudencia Administrativa Colombiana. Universidad Externado de Colombia, 2013. [↑](#footnote-ref-2)
3. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de 20 de Agosto de 1998, expediente: 14.202. [↑](#footnote-ref-3)
4. https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce\_public/files/cce\_documentos/comunicado\_covid\_19.pdf. [↑](#footnote-ref-4)
5. El inciso 1 de la norma en comento dispone que «El Fondo Nacional de Calamidades [ahora denominado Fondo Nacional de Gestión de Riesgo de Desastres, en virtud del artículo 47 de la Ley 1543 de 2012] será manejado por la Sociedad Fiduciaria La Previsora Limitada, empresa industrial y comercial del Estado, vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público» (Corchetes fuera de texto). [↑](#footnote-ref-5)
6. «Artículo 54. Fondos territoriales. Las administraciones departamentales, distritales y municipales, en un plazo no mayor a noventa (90) días posteriores a la fecha en que se sancione la presente ley, constituirán sus propios fondos de gestión del riesgo bajo el esquema del Fondo Nacional, como cuentas especiales con autonomía técnica y financiera, con el propósito de invertir, destinar y ejecutar sus recursos en la adopción de medidas de conocimiento y reducción del riesgo de desastre, preparación, respuesta, rehabilitación y reconstrucción. Podrá establecer mecanismos de financiación dirigidos a las entidades involucradas en los procesos y a la población afectada por la ocurrencia de desastres o calamidad. El Fondo podrá crear subcuentas para los diferentes procesos de la gestión del riesgo.

   »Parágrafo. Los recursos destinados a los fondos de los que habla este artículo, serán de carácter acumulativo y no podrán en ningún caso ser retirados del mismo, por motivos diferentes a la gestión del riesgo. En todo caso el monto de los recursos deberá guardar coherencia con los niveles de riesgo de desastre que enfrenta el departamento, distrito o municipio». [↑](#footnote-ref-6)
7. Corte Constitucional. Sentencia C- 341 del 4 de junio de 2014. M. P. Mauricio González Cuervo [↑](#footnote-ref-7)
8. 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-8)
9. 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-9)
10. 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-10)
11. «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-11)
12. Corte Constitucional. Sentencia C─274 de 9 de mayo de 2013. M.P. María Victoria Calle Correa. [↑](#footnote-ref-12)
13. «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-13)
14. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Auto del 14 de agosto de 2017. Exp. 58.820. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. [↑](#footnote-ref-14)