**CCE-DES-FM-17**

**PROPIEDAD PÚBLICA – Tipos de propiedad**

La Constitución Política reconoce tres tipos de propiedad: i) la propiedad privada, ii) la propiamente estatal y iii) la comunitaria. Estas especies del derecho de dominio están protegidas y garantizadas, no solamente en el texto superior, sino también en las leyes civiles.

**BIENES PÚBLICOS – Explotación comercial – Principios de la función administrativa**

De la naturaleza pública de los titulares del bien se derivan varias consecuencias. La primera de ellas, y quizás la más importante, es que la explotación comercial de los bienes debe observar los principios de la función administrativa contenidos en el artículo 209 superior. En consecuencia «la gestión de los bienes públicos debe ser *eficaz, eficiente y célere.* Esto implica que todos los medios puestos a disposición de la Administración deben ser utilizados según una relación costo beneficio teniendo en consideración las riquezas sociales y económicas que esos bienes pueden producir».

La segunda consecuencia de la naturaleza pública de los titulares, que atiende de manera más directa su consulta, es que la explotación del bien debe seguir las normas de derecho público imperativo aplicables al titular del bien. Ello incluye el deber de aplicar los *procedimientos públicos* para el otorgamiento de actos o contratos que permitan a terceros la explotación de bienes públicos.

**CONTRATACIÓN ESTATAL – Bienes intangibles – Régimen contractual - Ley 1955 de 2019**

La Ley 1955 de 2019 no creó un régimen especial de contratación aplicable a todas las entidades estatales en posición de negociar con bienes intangibles. Por lo tanto, el régimen jurídico de la gestión contractual de los derechos de propiedad intelectual debe definirse atendiendo al criterio orgánico, esto es, el régimen jurídico contractual aplicable a la persona de derecho público titular de esos bienes.

En otras palabras, si se trata de una entidad a la cual no se le ha dado un tratamiento jurídico preferente, se habrá de aplicar el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, pero si, por el contrario, se hace referencia a una entidad regida por las disposiciones de una ley especial, se aplicará lo establecido por el régimen especial, que por regla general es el derecho privado matizado por los principios de la función administrativa, la gestión fiscal y las inhabilidades e incompatibilidades, tal y como lo establece el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007.

**CONTRATACIÓN ESTATAL – Tipología contractual – Libertad de escogencia**

En relación con el tipo contractual que debe celebrarse, el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública no contiene un tipo contractual especial, de derecho público, a través del cual se deba canalizar la explotación de la propiedad intelectual del Estado. Por lo tanto, es relevante recordar que el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 otorga libertad en la escogencia del tipo contractual a las entidades estatales. El ejercicio de dicha discrecionalidad dependerá de las necesidades concretas. No obstante, tiene que aclararse que dicha discreción para la escogencia del tipo contractual se ve limitada por los elementos de cada contrato; es decir, si están presentes los elementos esenciales de cierta tipología imperativamente debe darse aplicación al régimen que a este corresponde. Por ejemplo, una vez están presentes los elementos esenciales de un contrato de obra, no podría la entidad intentar darle un tratamiento jurídico de un contrato de prestación de servicios, o viceversa.

En ese sentido, la disposición referida prescribe que son «contratos estatales» los acuerdos «a que se refiere el presente estatuto» pero además agrega que tendrán la calidad de tales los tipos contractuales «previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad». Sobre el punto, en la actualidad no existe discusión en relación con la posibilidad que tienen las entidades estatales de utilizar los tipos contractuales del derecho privado, bien sean jurídica o socialmente típicos, e incluso contratos atípicos.

**CONTRATACIÓN SOBRE BIENES INTANGIBLES – Tipología contractual**

[…] debido a las características de los bienes intangibles, y en particular la explotación de los derechos de propiedad intelectual, las entidades estatales pueden recurrir a los tipos contractuales que son usuales para este tipo de bienes, tales como los de licencia. Sobre el punto, además, deberán observarse las normas comunitarias sobre la materia, entre ellas la Decisión 486 de 2000 de la Comunidad Andina de Naciones.

En cualquier caso, dichos contratos serán considerados estatales para los efectos del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y deberán, por tanto, ceñirse a sus postulados, en la medida en que estos no resulten incompatibles con las normas comunitarias sobre la materia. La compatibilización de una y otra fuente normativa es un asunto de diseño contractual y estructuración de los proyectos que no cabe dentro del ámbito competencial de esta Agencia.

**PRINCIPIO DE PUBLICIDAD – Ley 1150 de 2007**

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. Para estos efectos, el literal c) del artículo 3 de la Ley 1150 de 2007 establece que el sistema electrónico para la contratación pública –SECOP– «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».

**PRINCIPIO DE PUBLICIDAD – Publicación en el SECOP – Obligatoriedad**

Para el año 2013, la Agencia Nacional de Contratación Pública ─ Colombia Compra Eficiente, 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.

En ese orden de ideas, los sujetos obligados a publicar en el SECOP son las entidades estatales, bien sea en el sentido del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y el Decreto 1082 de 2015, o en el sentido más amplio de la Ley 1712 de 2015.

Bogotá D.C., **28/07/2020 Hora 18:15:53**

**N° Radicado: 2202013000006788**

Señor

**Gabriel Antonio Cancino González**

Bogotá, Colombia

**Concepto C- 488 de 2020**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:** | PROPIEDAD PÚBLICA – Tipos de propiedad/ BIENES PÚBLICOS – Explotación comercial – Principios de la función administrativa/ CONTRATACIÓN ESTATAL – Bienes intangibles – Régimen contractual – Ley 1955 de 2019/ CONTRATACIÓN ESTATAL – Tipología contractual – Libertad de escogencia/ CONTRATACIÓN SOBRE BIENES INTANGIBLES – Tipología contractual/ PRINCIPIO DE PUBLICIDAD – Ley 1150 de 2007/ PRINCIPIO DE PUBLICIDAD – Publicación en el SECOP – Obligatoriedad |
| **Radicación:** | Respuesta a consulta # 4202013000005941 |

Estimado señor Cancino:

La Agencia Nacional de Contratación Pública ― Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 13 de julio de 2020, en ejercicio de la competencia otorgada por los artículos 11, numeral 8º, y 3º, numeral 5º, del Decreto Ley 4170 de 2011.

1. **Problemas planteados**

Usted realiza las siguientes preguntas: «(i) ¿Cuál sería el régimen de contratación aplicable a las entidades públicas para la explotación de bienes intangibles o derechos de propiedad intelectual de los cuales sean titulares, en atención a lo previsto en el artículo 167 de la Ley 1955 de 2019? (ii) De acuerdo con la respuesta anterior, ¿El régimen de contratación descrito sería aplicable a todas las entidades públicas? (iii) En el marco del referido artículo, ¿Bajo qué modalidad o tipología contractual una entidad pública puede acordar los términos y condiciones para la explotación comercial de bienes intangibles y derechos de propiedad intelectual de los cuales sea titular? (iv) ¿Cómo procede la aplicación del artículo 167 en el caso de entidades públicas que no desarrollen o ejecuten programas, proyectos, actividades e iniciativas de ciencia, tecnología e innovación? es decir ¿cuál sería el régimen de contratación para estas entidades públicas? (v) ¿Colombia Compra Eficiente cuenta con alguna guía, manual o mecanismo que permita realizar la definición y valoración económica de bienes intangibles? En caso positivo ¿Es de carácter vinculante? (vi) ¿En desarrollo de las actividades contractuales planteadas en el artículo 167 de la ley 1955 de 2019, es posible la utilización de las plataformas electrónicas de Colombia Compra Eficiente?».

1. **Consideraciones**

Para responder los interrogantes que usted plantea es necesario analizar los siguientes aspectos. En primer lugar, se hará una breve referencia a los bienes públicos intangibles; luego, se analizará el régimen de contratación aplicable a la explotación de bienes intangibles o derechos de propiedad intelectual por parte de las entidades estatales, para así definir si la Ley 1955 de 2019 establece un régimen jurídico general aplicable a este tipo de actividad. Después, se hará un examen detenido sobre la tipología contractual a través de la cual se pueden pactar términos y condiciones para la explotación de bienes intangibles del Estado, se observarán las reglas aplicables a las entidades que no desarrollan o ejecutan programas, proyectos, actividades e iniciativas de ciencia, tecnología e innovación y, finalmente, se expondrá si las entidades que contratan con bienes públicos intangibles deben utilizar las plataformas electrónicas de la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente.

La Agencia Nacional de Contratación Pública estudió por primera vez lo relacionado con la publicidad y uso de las plataformas electrónicas de Colombia Compra Eficiente 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, 4201912000007828 del 13 de noviembre de 2019, y en el Concepto CU – 003 de 15 de enero 2020 unificó la tesis sobre el particular y en la consulta C – 095 del 16 de marzo de 2020 y C- 181 del 6 de mayo de 2020 reiteró lo anterior. Finalmente, en concepto CU-367 del 23 de julio de 2020 se unificó lo relativo a la documentación que debe publicarse en el SECOP.

**2.1. Contratación sobre bienes intangibles del Estado, el régimen artículo 167 de la Ley 1955 de 2019**

La Constitución Política reconoce tres tipos de propiedad, dentro de ellas, se encuentra la propiedad privada, la propiamente estatal y la comunitaria. Estas especies del derecho de dominio están protegidas y garantizadas, no solamente en el texto superior, sino también en las leyes civiles[[1]](#footnote-2).

La propiedad pública en el ordenamiento jurídico interno existe tanto sobre bienes de uso público como sobre bienes que el Código Civil llama fiscales. Colombia adoptó, en ese sentido, una tendencia que la doctrina ha denominado «propietarista»[[2]](#footnote-3). La titularidad pública sobre los bienes de uso público en particular se ha sustentado en los siguientes argumentos:

a) En primer lugar, la lectura en conjunto de los artículos 669 y 674 del C.C. permite afirmar, sin duda alguna, que cuando se afirma «se llaman bienes de la unión, aquellos cuyo dominio pertenece a la República», lo que se está afirmando es que esos bienes son de propiedad de la República, pues en el derecho nacional, propiedad y dominio son sinónimos; b) en segundo lugar, estos bienes son de propiedad de las diferentes personas de derecho público, pues estas son titulares de un patrimonio y gozan de todos les mecanismos propios a dicha categoría, tal y como lo reconoce el artículo 362 de la C.P.; c) pero, además, en tercer lugar, la forma en que se proveen bienes de uso público (compra, expropiación, cesiones obligatorias gratuitas, etc.) exige que se realice la transferencia del derecho de propiedad a favor de la entidad expropiante, en todos los casos; y d) los bienes de uso público, junto con los bienes fiscales, se integran en el Plan Único de Cuentas, como parte de los activos fijos de las entidades públicas propietarias[[3]](#footnote-4).

Así las cosas, tanto los bienes de uso público, como los bienes fiscales, son de titularidad estatal. Ahora bien, la naturaleza pública del titular de un bien es solo uno de los factores relevantes para determinar su régimen jurídico. En el ordenamiento jurídico la destinación, afectación, o protección jurídica de un bien puede atender a consideraciones que van más allá de la naturaleza pública o privada de su titular. Por lo anterior, por ejemplo, los bienes que se encuentren dentro de los límites de los parques naturales son inalienables, imprescriptibles e inembargables, y ello es así independientemente de que se trate de propiedad privada[[4]](#footnote-5).

Con base en esta premisa, la doctrina ha distinguido los diferentes aspectos que permiten determinar el régimen jurídico de un bien de la siguiente manera:

En primer lugar, es necesario afirmar que el régimen jurídico de un bien público se compone de una serie identificable de condiciones relativas al titular del bien (lo que hará de una cosa un bien público es su pertenencia a una persona de derecho público), a las características del bien y a las afectaciones que recaigan sobre él; se trata, en suma de un test de determinación del régimen jurídico[[5]](#footnote-6).

En este contexto, la determinación de los medios jurídicos para explotar un bien debe tener en consideración estos tres aspectos; esto es, la naturaleza jurídica de su titular, las características del bien, y su afectación, e incluso, la afectación que puedan tener los recursos que se generen con la explotación del bien.

Este marco analítico es fundamental, pues permite entender los mecanismos de gestión de los bienes públicos, y con base en él puede estudiarse el contenido del artículo 167 de la Ley 1955 de 2019. Este artículo prescribe:

ARTÍCULO 167. BIENES INTANGIBLES O DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS. La entidad pública que sea titular de bienes intangibles y derechos de propiedad intelectual podrá negociar su explotación comercial.

Los beneficios o regalías que se generen de la explotación comercial del bien intangible o derecho de propiedad intelectual de titularidad de la entidad pública, deberán ser destinados para el apoyo e inversión a los programas, proyectos, actividades e iniciativas de ciencia, tecnología e innovación de la entidad pública. Para lo anterior, la entidad pública podrá suscribir convenios de ejecución con fondos o fiducias que garanticen dicha destinación.

Para aquellas entidades públicas que no desarrollen o ejecuten programas, proyectos, actividades e iniciativas de ciencia, tecnología e innovación, los beneficios o regalías que genere la explotación comercial de sus bienes intangibles o propiedad intelectual, deberá ser destinada a la promoción de industrias creativas de conformidad con el artículo 2o de la Ley 1834 de 2017.

La disposición transcrita, desde la perspectiva de la naturaleza del titular del bien, solamente se refiere a bienes de titularidad pública. En relación con las características del bien, la norma establece un ámbito de aplicación exclusivamente restringido a los bienes intangibles, esto es, los derechos de propiedad intelectual de las entidades públicas. En tercer lugar, desde la perspectiva de la afectación, la norma no establece una afectación jurídica que pese sobre el bien, pero sí prevé una destinación específica para los recursos recaudados –«deberán ser destinados para el apoyo e inversión a los programas, proyectos, actividades e iniciativas de ciencia, tecnología e innovación de la entidad pública»–.

Estas tres características permiten determinar el régimen y los medios jurídicos previstos por el ordenamiento para la explotación de este tipo de bienes.

De la naturaleza pública de los titulares del bien se derivan varias consecuencias. La primera, y quizás la más importante, es que la explotación comercial de los bienes debe observar los principios de la función administrativa contenidos en el artículo 209 superior. En consecuencia «la gestión de los bienes públicos debe ser *eficaz, eficiente y célere.* Esto implica que todos los medios puestos a disposición de la Administración deben ser utilizados según una relación costo beneficio teniendo en consideración las riquezas sociales y económicas que esos bienes pueden producir»[[6]](#footnote-7).

La segunda consecuencia de la naturaleza pública de los titulares, que atiende de manera más directa su consulta, es que la explotación del bien debe seguir las normas de derecho público imperativo aplicables al titular del bien. Ello incluye el deber de aplicar los *procedimientos públicos* para el otorgamiento de actos o contratos que permitan a terceros la explotación de bienes públicos[[7]](#footnote-8).

Con ello se pone de presente que el ordenamiento nacional reconoce una plétora de mecanismos de gestión de bienes públicos que incluye la gestión y explotación a través de actos administrativos y a través de contratos. Sin embargo, en virtud de las competencias asignadas a la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, este concepto solamente se referirá a la gestión contractual de los bienes públicos.

En el marco preciso de la contratación estatal, la primera labor que debe realizarse es identificar el régimen contractual aplicable al objeto y a la entidad contratante. Es decir, si se trata de un contrato estatal propiamente dicho, sometido al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, o si se trata de un Contrato Estatal especial, sometido al derecho privado y a la observancia de los principios de la función administrativa y la gestión fiscal, así como al régimen de inhabilidades e incompatibilidades.

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».

La Ley 1955 de 2019 no creó un régimen especial de contratación aplicable a todas las entidades estatales en posición de negociar con bienes intangibles. Por lo tanto, el régimen jurídico de la gestión contractual de los derechos de propiedad intelectual debe definirse atendiendo al criterio orgánico, esto es, el régimen jurídico contractual aplicable a la persona de derecho público titular de esos bienes.

En otras palabras, si se trata de una entidad a la cual no se le ha dado un tratamiento jurídico preferente, se habrá de aplicar el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, pero si, por el contrario, se hace referencia a una entidad regida por las disposiciones de una ley especial, se aplicará lo establecido por el régimen especial, que por regla general es el derecho privado matizado por los principios de la función administrativa, los de la gestión fiscal y las inhabilidades e incompatibilidades, como lo establece el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007.

Ahora bien, esta Subdirección no pasa por alto que la estructura pre-contractual y contractual de la Ley 80 de 1993 fue pensada primordialmente para la adquisición de bienes y servicios en el mercado, y no para el caso contrario: cuando las entidades actúan como oferentes de bienes y servicios. En este sentido la doctrina ha dicho:

De manera general, la Ley 80 de 1993 fue construida sobre la base de la Administración que solicita un servicio o un bien de un particular, es decir que la economía de este contrato estatal está fundada sobre la idea de compra pública; en este sentido en el que se debe comprender la condición previa de todo contrato administrativo de emitir el certificado de disponibilidad presupuestal, siempre que con el referido negocio jurídico se afecte el presupuesto de la entidad pública[[8]](#footnote-9).

A pesar de esta aparente incompatibilidad, lo cierto es que el Estatuto General tiene, desde su diseño, el objetivo de ser un Estatuto Único, con diferencias para ciertos casos puntuales, aplicable a toda la actividad contractual de la Administración[[9]](#footnote-10).

Como consecuencia, a pesar de la aparente incompatibilidad que puede surgir entre, por ejemplo, la estructura de ciertas modalidades de selección y la explotación de bienes intangibles, el Estatuto debe y puede ser compatibilizado para su uso en esos casos.

En ese sentido, la doctrina ha hecho esfuerzos para estudiar dicha compatibilización, cuando se presenta esta clase de retos en la práctica[[10]](#footnote-11). No obstante, la estructuración particular del procedimiento de selección no hace parte de las funciones y competencias de la Agencia Nacional de Contratación Pública.

En relación con el tipo contractual que debe celebrarse, el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública no contiene un tipo contractual especial, de derecho público, a través del cual se deba canalizar la explotación de la propiedad intelectual del Estado. Por lo tanto, es relevante recordar que el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 otorga libertad en la escogencia del tipo contractual a las entidades estatales. El ejercicio de dicha discrecionalidad dependerá de las necesidades concretas. No obstante, tiene que aclararse que dicha discreción para la escogencia del tipo contractual se ve limitada por los elementos de cada contrato; es decir, si están presentes los elementos esenciales de cierta tipología imperativamente debe darse aplicación al régimen que a este corresponde. Por ejemplo, una vez están presentes los elementos esenciales de un contrato de obra, no podría la entidad intentar darle un tratamiento jurídico de un contrato de prestación de servicios, o viceversa.

En ese sentido, la disposición referida prescribe que son «contratos estatales» los acuerdos «a que se refiere el presente estatuto», pero, además, agrega que tendrán la calidad de tales los tipos contractuales «previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad». Sobre el punto, en la actualidad no existe discusión en relación con la posibilidad que tienen las entidades estatales de utilizar los tipos contractuales del derecho privado, bien sean jurídica o socialmente típicos, e incluso a contratos atípicos[[11]](#footnote-12).

En ese orden de ideas, debido a las características de los bienes intangibles, y en particular la explotación de los derechos de propiedad intelectual, las entidades estatales pueden recurrir a los tipos contractuales que son usuales para este tipo de bienes, tales como los de licencia. Sobre el punto, además, deberán observarse las normas comunitarias sobre la materia, entre ellas la Decisión 486 de 2000 de la Comunidad Andina de Naciones.

En cualquier caso, dichos contratos serán considerados estatales para los efectos del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y deberán, por tanto, ceñirse a sus postulados, en la medida en que estos no resulten incompatibles con las normas comunitarias sobre la materia. La compatibilización de una y otra fuente normativa es un asunto de diseño contractual y estructuración de los proyectos que no cabe dentro del ámbito competencial de esta Agencia.

Finalmente, se llama la atención sobre el inciso final del artículo 167 de la Ley 1955 de 2019, al tenor del cual:

[…] Para aquellas entidades públicas que no desarrollen o ejecuten programas, proyectos, actividades e iniciativas de ciencia, tecnología e innovación, los beneficios o regalías que genere la explotación comercial de sus bienes intangibles o propiedad intelectual, deberá ser destinada a la promoción de industrias creativas de conformidad con el artículo 2° de la Ley 1834 de 2017.

Esta norma no establece un régimen de contratación, sino una destinación específica para los recursos recaudados como consecuencia de la explotación de derechos de propiedad intelectual. La disposición remite a la Ley 1834 de 2017, por medio de la cual se fomenta la economía creativa o Ley Naranja. En esa Ley están contenidas las reglas relativas al fomento de dichas industrias que incluye incentivos, entre otros medios propios de esa actividad administrativa, ámbito del derecho administrativo que también excede las competencias de la Agencia Nacional de Contratación Pública.

**2.2. Publicación de la actividad contractual en el Sistema Electrónico de Contratación Pública – SECOP**

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 cumplan 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[[12]](#footnote-13).

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. Para estos efectos, el literal c) del artículo 3 de la Ley 1150 de 2007 establece que el sistema electrónico para la contratación pública –SECOP– «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).

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»[[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, 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 son todas las entidades públicas, y deben publicar la información relativa a su contratación[[15]](#footnote-16). Esta obligación fue desarrollada por el Decreto Único Reglamentario 1081 de 2015, 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[[16]](#footnote-17).

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[[17]](#footnote-18).

El deber de publicidad de los documentos expedidos en virtud de la actividad contractual que se desprende del artículo 3 de la Ley 1150 de 2007, se encuentra regulado por el artículo 2.2.1.1.1.7.1. del Decreto 1082 de 2015 el cual establece los documentos que se deben publicar y al SECOP como medio de publicación[[18]](#footnote-19), lo que permite controlar las actuaciones y decisiones de la Administración y el cumplimiento de los demás principios de la contratación pública. Así lo confirma el Consejo de Estado, analizando el principio de publicidad:

En virtud del principio de publicidad: las autoridades deben dar a conocer sus actuaciones y decisiones mediante las comunicaciones, notificaciones o publicaciones que ordena la ley, con el propósito de que sean vinculantes y puedan ser acatadas por sus destinatarios. Publicidad significa anunciar, divulgar, difundir, informar y revelar las decisiones y su motivación para hacerlas saber a quiénes va dirigida, de manera que puedan ser obligatorias, controvertibles y controlables.

En efecto, los posibles oferentes y la comunidad en general deben tener conocimiento o la oportunidad de conocer tanto la convocatoria y reglas del proceso de selección o llamado a la licitación, como los actos y hechos del procedimiento y los participantes de presentar observaciones (art. 24 Nos. 2 y 6 y 30 No. 3 Ley 80 de 1993). La actuación de la administración debe ser abierta al público y a los participantes o concurrentes, quienes, incluso, en el caso de la licitación pueden hacer uso del ejercicio del derecho a la audiencia pública (art. 24 No. 3 ibídem en armonía con el artículo 273 de la Constitución Política).

Este principio-deber también se traduce en el correlativo derecho de los interesados de enterarse de esas actuaciones de la administración, pedir por parte de quien demuestre un interés legítimo información y solicitar las copias de los documentos que la integran, con sujeción a la reserva de ley (art. 23 y 74 de la C.P., No. 4 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, entre otros)[[19]](#footnote-20).

De acuerdo con esto, las entidades deben cumplir con el principio de publicidad respecto de su actividad contractual como garantía para los administrados, para conocer las actuaciones y participar en el control de estas, siendo el SECOP la herramienta que dispuso el Estado para que las entidades cumplan el principio de publicidad.

Conforme a lo anterior, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, en el concepto de 4 de diciembre de 2019 –4201912000007289–, sostuvo que la disposición del artículo 3 de la Ley 1150 de 2007 debe armonizarse con lo dispuesto por el artículo 2.2.1.1.1.7.1. del Decreto 1082 de 2015 citado, donde se relacionan los documentos que se deben publicar en el SECOP, como un desarrollo de los principios de transparencia y publicidad, que busca permitir, mediante la publicación, que la ciudadanía pueda conocer la actividad contractual de las entidades, comoquiera que tales documentos dan cuenta de las decisiones de la Administración pública en beneficio del interés general y que por tanto incumben a la ciudadanía.

En conclusión, el artículo 3 de la Ley 1150 de 2007 desarrolla los principios de publicidad y transparencia de las actuaciones contractuales, del cual se desprende un deber de publicar las actuaciones contractuales, el cual implica que todas las entidades estatales, publiquen los documentos en los que se evidencia el desarrollo de sus procesos de contratación, esto comoquiera que el objetivo del deber de dar publicidad a las actuaciones contractuales es materializar el derecho a conocer e intervenir de las decisiones de la Administración Pública.

En ese orden de ideas, los sujetos obligados a publicar en el SECOP son las entidades estatales, bien sea en el sentido del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y el Decreto 1082 de 2015, o en el sentido más amplio de la Ley 1712 de 2015.

A la luz de lo anterior, por no existir ninguna excepción de origen legal para la contratación relacionada con la explotación comercial de propiedad intelectual a la que se refiere el artículo 167 de la Ley 1955 de 2019, las entidades estatales se encuentran obligadas a publicar su actividad contractual en el SECOP, con independencia del régimen jurídico aplicable; esto es, si se trata de entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, o a regímenes especiales.

1. **Respuesta**

«(i) ¿Cuál sería el régimen de contratación aplicable a las entidades públicas para la explotación de bienes intangibles o derechos de propiedad intelectual de los cuales sean titulares, en atención a lo previsto en el artículo 167 de la Ley 1955 de 2019?»

La Ley 1955 de 2019 no creó un régimen especial de contratación aplicable a todas las entidades estatales en posición de negociar con bienes intangibles. Por lo tanto, el régimen jurídico de gestión contractual de los derechos de propiedad intelectual debe definirse atendiendo al criterio orgánico, esto es, el régimen jurídico contractual aplicable a la persona de derecho público titular de esos bienes.

En otras palabras, si se trata de una entidad a la cual no se le ha dado un tratamiento jurídico preferente, se habrá de aplicar el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, pero si, por el contrario, se hace referencia a una entidad regida por las disposiciones de una ley especial, se aplicará lo establecido por el régimen especial, que, por regla general, es el derecho privado matizado por los principios de la función administrativa, la gestión fiscal y las inhabilidades e incompatibilidades, tal y como lo establece el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007.

«(ii) De acuerdo con la respuesta anterior, ¿El régimen de contratación descrito sería aplicable a todas las entidades públicas?»

De conformidad con la respuesta anterior, el régimen jurídico de la gestión contractual de los derechos de propiedad intelectual debe definirse atendiendo al criterio orgánico, esto es, el régimen jurídico contractual aplicable a la persona de derecho público titular de esos bienes.

En otras palabras, si se trata de una entidad a la cual no se le ha dado un tratamiento jurídico preferente, se habrá de aplicar el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, pero si, por el contrario, se hace referencia a una entidad regida por las disposiciones de una ley especial, se aplicará lo establecido por el régimen especial, que por regla general es el derecho privado matizado por los principios de la función administrativa, la gestión fiscal y las inhabilidades e incompatibilidades, tal y como lo establece el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007.

«(iii) En el marco del referido artículo, ¿Bajo qué modalidad o tipología contractual una entidad pública puede acordar los términos y condiciones para la explotación comercial de bienes intangibles y derechos de propiedad intelectual de los cuales sea titular?»

En relación con el tipo contractual que debe celebrarse, el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública no contiene un tipo contractual especial, de derecho público, a través del cual se deba canalizar la explotación de la propiedad intelectual del Estado. Por lo tanto, es relevante recordar que el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 otorga libertad en la escogencia del tipo contractual a las entidades estatales; el ejercicio de dicha discrecionalidad dependerá de las necesidades concretas. No obstante, tiene que aclararse que dicha discreción para la escogencia del tipo contractual se ve limitada por los elementos de cada contrato; es decir, si están presentes los elementos esenciales de cierta tipología imperativamente debe darse aplicación al régimen que a este corresponde. Por ejemplo, una vez están presentes los elementos esenciales de un contrato de obra, no podría la entidad intentar darle un tratamiento jurídico de un contrato de prestación de servicios, o viceversa.

En ese sentido, la disposición referida prescribe que son «contratos estatales» los acuerdos «a que se refiere el presente estatuto», pero además agrega que tendrán la calidad de tales los tipos contractuales «previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad». Sobre el punto, en la actualidad no existe discusión en relación con la posibilidad que tienen las entidades estatales de utilizar los tipos contractuales del derecho privado, bien sean jurídica o socialmente típicos, e incluso contratos atípicos.

En ese orden de ideas, debido a las características de los bienes intangibles, y en particular la explotación de los derechos de propiedad intelectual, las entidades estatales pueden recurrir a los tipos contractuales que son usuales para este tipo de bienes, tales como los de licencia. Sobre el punto, además, deberán observarse las normas comunitarias sobre la materia, entre ellas la Decisión 486 de 2000 de la Comunidad Andina de Naciones.

«(iv) ¿Cómo procede la aplicación del artículo 167 en el caso de entidades públicas que no desarrollen o ejecuten programas, proyectos, actividades e iniciativas de ciencia, tecnología e innovación? es decir ¿cuál sería el régimen de contratación para estas entidades públicas?»

El artículo 167 de la Ley 1955 de 2019 no establece un régimen de contratación, sino una destinación específica para los recursos recaudados como consecuencia de la explotación de derechos de propiedad intelectual. La disposición remite a la Ley 1834 de 2017, por medio de la cual se fomenta la economía creativa o Ley Naranja. En esa Ley están contenidas las reglas relativas al fomento de dichas industrias que incluye incentivos, entre otros medios propios de esa actividad administrativa, ámbito del derecho administrativo que también excede las competencias de la Agencia Nacional de Contratación Pública.

«(v) ¿Colombia Compra Eficiente cuenta con alguna guía, manual o mecanismo que permita realizar la definición y valoración económica de bienes intangibles? En caso positivo ¿Es de carácter vinculante?»

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente no cuenta con ningún manual, guía o directriz general para definir la valoración económica de los bienes intangibles con los cuales decide contratar determinada entidad estatal.

«(vi) ¿En desarrollo de las actividades contractuales planteadas en el artículo 167 de la ley 1955 de 2019, es posible la utilización de las plataformas electrónicas de Colombia Compra Eficiente?»

Los sujetos obligados a publicar en el SECOP son las entidades estatales, bien sea en el sentido del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y el Decreto 1082 de 2015, o en el sentido más amplio de la Ley 1712 de 2015.

A la luz de lo anterior, por no existir ninguna excepción de origen legal para la contratación relacionada con la explotación comercial de propiedad intelectual a la que se refiere el artículo 167 de la Ley 1955 de 2019, las entidades estatales se encuentran obligadas a publicar su actividad contractual en el SECOP, con independencia del régimen jurídico aplicable; esto es, si se trata de entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, o a regímenes especiales.

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

Atentamente,



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

1. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Compendio de Derecho Administrativo. Universidad Externado de Colombia, 2017, párrafo 2591. [↑](#footnote-ref-2)
2. ROBLEDO, Paula, SANTELLA, Héctor SANTAELLA Y COVILLA, Juan. Los bienes públicos y su régimen territorial. En: Derecho de las entidades territoriales. Universidad Externado de Colombia, 2018, pp. 453-492 [↑](#footnote-ref-3)
3. PIMIENTO ECHEVERRI, Julián. El aprovechamiento económico de los bienes de uso público. Reflexiones con ocasión de la reciente unificación sobre la improcedencia del contrato de arrendamiento, Revista digital de Derecho Administrativo, n.º 22. Universidad Externado de Colombia, 2019, p. 38. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/6034/7757> [↑](#footnote-ref-4)
4. En ese sentido la Corte Constitucional ha señalado: «Es necesario precisar, que dentro de las zonas delimitadas y, por consiguiente, reservadas o destinadas a parques naturales, no sólo se comprenden terrenos de propiedad estatal, sino de propiedad privada. Si bien en estos casos subsiste la propiedad privada, que es enajenable, ella esta afectada a la finalidad de interés público o social propia del sistema de parques nacionales, afectación que implica la imposición de ciertas limitaciones o cargas al ejercicio de dicho derecho, acordes con dicha finalidad. No obstante, debe aclararse, que en cuanto se afecte el núcleo esencial del derecho de propiedad con la referida afectación el respectivo inmueble debe ser adquirido mediante compra o expropiación» (CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-649 de 1997, M.P. Antonio Barrera Carbonell). [↑](#footnote-ref-5)
5. PIMIENTO ECHEVERRI, Julián Andrés. Derecho administrativo de bienes. Los bienes públicos: historia, clasificación, régimen jurídico. Universidad Externado de Colombia. 2015. P. 271. [↑](#footnote-ref-6)
6. PIMIENTO, Op.cit., p. 384. [↑](#footnote-ref-7)
7. Ibíd., p. 385. [↑](#footnote-ref-8)
8. Ibíd., pp. 601 y ss. [↑](#footnote-ref-9)
9. DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo, Régimen Jurídico de la Contratación Estatal, Recuperado de <https://xperta.legis.co>, Capítulo 2: características del Estatuto. Estatuto Único. [↑](#footnote-ref-10)
10. BARRETO CIFUENTES. Carlos Sebastián. Generación y gestión del espacio público en las ciudades: una perspectiva desde el derecho colombiano. En: RINCÓN CÓRDOBA. Jorge Iván. Ordenación de territorio y derecho urbano: planificación, gestión del territorio y desafíos urbanos. Universidad Externado de Colombia, 2020. pp. 330. [↑](#footnote-ref-11)
11. CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 5 de septiembre de 2018. Radiación: 2386. C.P. Edgar González López. [↑](#footnote-ref-12)
12. Corte Constitucional. Sentencia C-341 del 4 de junio de 2014. Magistrado Ponente: 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 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». Obsérvese que este artículo no efectúa distinción alguna sobre el régimen jurídico aplicable a los sujetos obligados. [↑](#footnote-ref-16)
16. «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-17)
17. Corte Constitucional. Sentencia C-274 de 9 de mayo de 2013. M.P. María Victoria Calle Correa. [↑](#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. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 14 de diciembre de 2007. Exp. 24.715. C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

    [↑](#footnote-ref-20)