**CCE-DES-FM-17**

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

[…] 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.

[…]

Dentro de los argumentos que consideró el máximo tribunal de lo contencioso administrativo, este no tuvo en cuenta razones de orden fáctico, como las relativas a las responsabilidades de las entidades o a la 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.

**SECOP – Publicidad – Sociedades de economía mixta**

[El artículo 5 de la Ley 1712 de 2014] contiene una lista cuyo propósito es incluir a cualquier entidad, órgano, organismo, o persona natural que desempeñe función pública o actúe como autoridad. El literal a) estableció que son sujetos obligados «toda entidad pública, incluyendo las pertenecientes a todas las Ramas del Poder Público». Al ser las sociedades de economía mixta una entidad pública que hace parte de la rama ejecutiva–según lo dispone el artículo 38, numeral 2º, literal f) de la Ley 489 de 1998–, se inscribe en la categoría de sujeto obligado prevista en el artículo 9 de la Ley 1712 de 2014 y en consecuencia debe publicar la información relativa a su contratación en el SECOP, pues este es un deber de las entidades estatales que contratan con recursos públicos, independientemente del régimen jurídico aplicable a dicha actividad contractual».

De manera más clara, el literal e) señaló que las empresas públicas, del Estado y las sociedades en donde el Estado tenga participación son sujetos obligados. Como consecuencia, las Sociedades de Economía Mixta son sujetos obligados para efectos de la Ley 1712 de 2014, pues son empresas en donde el Estado tiene participación.

**SECOP – Publicidad – Documentos que se deben publicar**

[…] , el Decreto 1081 de 2015 señala que los documentos que deben publicar las entidades del estado comprendidas en el ámbito de aplicación de la Ley 1712 de 2014, entre estas, por ejemplo, las empresas de economía mixta, 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.

Estas entidades están sometidas al derecho privado, y por lo tanto no realizan sus procesos de contratación mediante las modalidades previstas en la Ley 80 de 1993, por lo cual 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.

**SECOP – Publicidad – Documentos que se deben publicar – Reserva**

Igualmente, se tiene que poner de presente que, excepcionalmente, las entidades no se encuentran obligadas a publicar tal documentación, tal excepción puede provenir, por ejemplo, del hecho de que la contratación no se hará con cargo a recursos públicos, o porque existe una expresa disposición legal en ese sentido, como sería el caso de la información sometida a reserva por razones industriales o comerciales, o la publicación relacionada con proyectos de inversión para el caso concreto del Plan Anual de Adquisiciones. No obstante, si la reserva aplica solamente para parte del documento o proceso, se deberá publicar aquel aparte del documento o aquellas piezas del proceso que no se encuadren dentro de la respectiva causal de reserva de conformidad con lo señalado por el artículo 21 de la Ley 1712 de 2014.

Bogotá D.C., **04/08/2020 Hora 10:43:30s**

**N° Radicado: 220201300 0007066**

Señora

**María Paula Sarmiento Hincapié**

Bogotá D.C., Cundinamarca

**Concepto C – 494 de 2020**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:** | SECOP – Publicidad – Entidades de régimen especial – Reiteración de Concepto unificado CU-003 de 2020 / SECOP – Publicidad – Sociedades de economía mixta / SECOP – Publicidad – Documentos que se deben publicar |
| **Radicación:** | Respuesta a consulta 4202012000006056 |
|  |  |

Estimada señora Sarmiento:

En ejercicio de la competencia otorgada por los artículos 11, numeral 8º, y 3º, numeral 5º, del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública − Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 17 de julio de 2020.

1. **Problemas planteados**

Usted realiza las siguientes preguntas: «(i) ¿Qué información de la actividad contractual debe publicar en el SECOP una sociedad de economía mixta, que tiene régimen de contratación especial y cuya participación pública es inferior al 90% y superior al 50%? (ii) ¿Cuál es el fundamento normativo que obliga a las sociedades de economía mixta con régimen de contratación especial a publicar información de la gestión contractual en el SECOP? (iii) ¿Cuáles son los contratos que una sociedad de economía mixta, que tiene régimen especial de contratación, debe publicar a través del SECOP? (iv) ¿Si un contrato establece las excepciones de acceso a la información en los términos previstos del Título III de la Ley 1712 de 2014, de igual forma, se debe publicar en el SECOP? (v) ¿Las sociedades de economía mixta, que tienen régimen de contratación especial y participación pública inferior al 90% y superior al 50% deben publicar toda la información prevista en el artículo 11 de la Ley 1712 de 2014 a través del Sistema Electrónico para la Contratación Pública – SECOP? (vi) ¿Cuáles son los gastos de funcionamiento que deben publicar en el SECOP las sociedades de economía mixta, cuya participación pública es inferior al 90% y superior al 50%? 7. Teniendo en cuenta que en el artículo 9 de la Ley 1712 de 2014 sostiene que los sujetos obligados deben reportar los gastos de inversión (vii) ¿Qué se considera gasto de inversión en las sociedades de economía mixta cuya participación pública es inferior al 90% y superior 50% y su régimen de contratación es especial?»

1. **Consideraciones**

Para responder las preguntas planteadas, se analizará el principio de publicidad que rige la actividad contractual de las entidades estatales, el deber de publicar en el SECOP, las particularidades de las entidades sometidas a regímenes especiales obligadas a publicar en el SECOP y los documentos que deben publicar, para, en general, alcanzar la comprensión de estos puntos a partir del caso de las sociedades de economía mixta. Finalmente, se realizará una breve referencia a lo que la jurisprudencia administrativa ha entendido por gastos de funcionamiento e inversión.

La Agencia Nacional de Contratación Pública estudió el alcance del principio de publicidad en la consulta del 9 de agosto de 2019 – radicado No. 4201913000005397 – y reiteró su posición en las 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 2020 unificó la tesis que venía construyendo en relación con el uso del SECOP, la cual se reiteró posteriormente, entre otros, en los conceptos C – 116 de 18 de febrero de 2020, C–061 del 3 de marzo de 2020, C-072 del 4 de marzo de 2020, C – 095 de 16 de marzo de 2020, C –110 de 16 de marzo de 2020, C – 115 de 24 de marzo de 2020, , C – 149 de 24 de marzo de 2020, C – 197 de 26 de marzo de 2020, C – 151 de 29 de marzo de 2020, C – 206 de 29 de marzo de 2020, C – 170 de 6 de abril de 2020, C – 171 del 7 de abril de 2020, C – 264 del 7 de abril de 2020, C – 011 del 27 de abril de 2020, C – 232 del 24 de junio de 2020, y C – 367 de 23 de julio de 2020. Las tesis propuestas se exponen y reiteran en este concepto.

**2.1. Publicidad de los contratos en el Sistema Electrónico de Contratación Pública –SECOP– por parte de entidades con régimen especial**

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[[1]](#footnote-2).

El mencionado principio 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.

Ahora bien, en relación con la contratación estatal, el literal c) del artículo 3 de la Ley 1150 de 2007 establece que la herramienta para tales fines es el Sistema Electrónico para la Contratación Pública «SECOP», que, según dicha norma, «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»[[2]](#footnote-3).

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»[[3]](#footnote-4). 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. El artículo 5 de la Ley 1512 de 2014 dispone:

Artículo 5. 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.

[…]

e) Las empresas públicas creadas por ley, las empresas del Estado y sociedades en que este tenga participación.

Este precepto contiene una lista cuyo propósito es incluir a cualquier entidad, órgano, organismo, o persona natural que desempeñe función pública o actúe como autoridad. El literal a) estableció que son sujetos obligados «toda entidad pública, incluyendo las pertenecientes a todas las Ramas del Poder Público». Al ser las sociedades de economía mixta una entidad pública que hace parte de la rama ejecutiva–según lo dispone el artículo 38, numeral 2º, literal f) de la Ley 489 de 1998–, se inscribe en la categoría de sujeto obligado prevista en el artículo 9 de la Ley 1712 de 2014 y en consecuencia debe publicar la información relativa a su contratación en el SECOP, pues este es un deber de las entidades estatales que contratan con *recursos públicos*, independientemente del régimen jurídico aplicable a dicha actividad contractual» «cursivas propias».

De manera más clara, el literal e) señaló que las empresas públicas, del Estado y las sociedades en donde el Estado tenga participación son sujetos obligados. Como consecuencia, las Sociedades de Economía Mixta son sujetos obligados para efectos de la Ley 1712 de 2014, pues son empresas en donde el Estado tiene participación.

Ahora bien, el literal e) del artículo 5 que se analiza fue declarado condicionalmente exequible, en sentencia C-274 de 2013, ya que «[…] la información solicitada puede referirse a la actividad propia, industrial o comercial, cuya divulgación facilitaría una ventaja competitiva a otras empresas privadas que operen en el mismo sector, en detrimento de la actividad que las primeras desarrollan». Por ello, el referido literal e) es constitucional «en el entendido de que las personas obligadas, en relación con su actividad propia, industrial o comercial, no están sujetas al deber de información, con respecto a dicha actividad». Lo anterior es congruente con otras normas del ordenamiento jurídico, como el artículo 18, literal c), de la Ley 1712 que establece como excepción al acceso a la información «c) Los secretos comerciales, industriales y profesionales» y el numeral 6 del artículo 24 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo que otorga carácter reservado a los documentos «[…] protegidos por el secreto comercial o industrial, así como los planes estratégicos de las empresas públicas de servicios públicos».

La ley 1712 de 2015 establece, en el literal e) del artículo 9, que los sujetos obligados deben publicar la información relativa a su contratación. Esta obligación fue desarrollada por el Decreto Único Reglamentario 1081 de 2015[[4]](#footnote-5), 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[[5]](#footnote-6).

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[[6]](#footnote-7). 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[[7]](#footnote-8).

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.

Dentro de los argumentos que consideró el máximo tribunal de lo contencioso administrativo, este no tuvo en cuenta razones de orden fáctico, como las relativas a las responsabilidades de las entidades o a la 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.

De cualquier manera, se pone de presente que la obligación de publicar en el SECOP debe tomar consideración de la Setencia C-274 de 2013, según la cual las empresas públicas son sujetos obligados para los efectos de la Ley 1712 de 2014, «en el entendido de que las personas obligadas, en relación con su actividad propia, industrial o comercial, no están sujetas al deber de información, con respecto a dicha actividad».

**2.2. Documentos que deben publicar las entidades con régimen especial en el SECOP**

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 la actualidad.

Al respecto, en la consulta del 15 de febrero de 2016 – radicado No. 41612000877–, se 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[[8]](#footnote-9).

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[[9]](#footnote-10).

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», estableció algunas reglas que en la actualidad se encuentran compiladas en el Decreto 1081 de 2015, y que se pasan a explicar.

El artículo 2.1.1.2.1.8. del Decreto 1081 de 2015 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[[10]](#footnote-11). Por su parte, el artículo 2.2.1.1.2.1.9. establece 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 de la respectiva entidad, el cual debe publicarse en el sitio web del sujeto obligado[[11]](#footnote-12). Finalmente, el artículo 2.1.1.2.1.10. establece la obligación para las entidades de publicar en el SECOP el Plan Anual de Adquisiciones[[12]](#footnote-13).

De conformidad con lo anterior, el Decreto 1081 de 2015 señala que los documentos que deben publicar las entidades del estado comprendidas en el ámbito de aplicación de la Ley 1712 de 2014, entre estas, por ejemplo, las empresas de economía mixta, 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.

Estas entidades están sometidas al derecho privado, y por lo tanto no realizan sus procesos de contratación mediante las modalidades previstas en la Ley 80 de 1993, por lo cual 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.

Igualmente, se tiene que poner de presente que, excepcionalmente, las entidades no se encuentran obligadas a publicar tal documentación, tal excepción puede provenir, por ejemplo, del hecho de que la contratación no se hará con cargo a recursos públicos, o porque existe una expresa disposición legal en ese sentido, como sería el caso de la información sometida a reserva por razones industriales o comerciales, o la publicación relacionada con proyectos de inversión para el caso concreto del Plan Anual de Adquisiciones. No obstante, si la reserva aplica solamente para parte del documento o proceso, se deberá publicar aquel aparte del documento o aquellas piezas del proceso que no se encuadren dentro de la respectiva causal de reserva de conformidad con lo señalado por el artículo 21 de la Ley 1712 de 2014.

De otra parte, según se indicó, las empresas públicas del Estado, y aquellas donde este tenga participación, son sujetos obligados, según el literal e) del artículo 5 de la Ley 1712 de 2015[[13]](#footnote-14) y, en consecuencia, se encuentran obligadas a publicar el plan anual de adquisiciones en relación con toda la contratación que realicen con cargo a recursos públicos.

No obstante, la Ley 1474 de 2011 establece una norma adicional que es relevante mencionar. El parágrafo del artículo 74 de la Ley 1474 de 2011 señala que las empresas industriales y comerciales del estado y las sociedades de economía mixta no están obligadas a publicar información relacionada con los «proyectos de inversiones».

Ello quiere decir que, pese a la obligación general de publicar el Plan Anual que existe para las Sociedades de Economía Mixta, esta obligación no se extiende a los proyectos de inversiones.

**3. Respuestas**

«(i) ¿Qué información de la actividad contractual debe publicar en el SECOP una sociedad de economía mixta, que tiene régimen de contratación especial y cuya participación pública es inferior al 90% y superior al 50%?»

De conformidad con lo anterior, el Decreto 1081 de 2015 señala que los documentos que deben publicar las entidades del Estado comprendidas en el ámbito de aplicación de la Ley 1712 de 2014, entre estas, por ejemplo, las sociedades de economía mixta, 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.

Estas entidades están sometidas al derecho privado, y por lo tanto no realizan sus procesos de contratación mediante las modalidades previstas en la Ley 80 de 1993, por lo cual 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.

Igualmente, se tiene que poner de presente que, excepcionalmente, las entidades no se encuentran obligadas a publicar tal documentación. Tal excepción puede provenir, por ejemplo, del hecho de que la contratación no se hará con cargo a recursos públicos, o porque existe una expresa disposición legal en ese sentido, como sería el caso de la información sometida a reserva por razones industriales o comerciales, o la publicación relacionada con proyectos de inversión para el caso concreto del Plan Anual de Adquisiciones.

(ii) «¿Cuál es el fundamento normativo que obliga a las sociedades de economía mixta con régimen de contratación especial a publicar información de la gestión contractual en el SECOP?»

En relación con la contratación estatal, el literal c) del artículo 3 de la Ley 1150 de 2007 establece que la herramienta para tales fines es el Sistema Electrónico para la Contratación Pública «SECOP», que, según dicha norma, «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»[[14]](#footnote-15).

El artículo 5 de la Ley 1712 de 2014 contiene una lista cuyo propósito es incluir a cualquier entidad, órgano, organismo, o persona natural que desempeñe función pública o actúe como autoridad. El literal a) estableció que son sujetos obligados «toda entidad pública, incluyendo las pertenecientes a todas las Ramas del Poder Público». Al ser las sociedades de economía mixta entidades públicas que hacen parte de la rama ejecutiva –según lo dispone el artículo 38, numeral 2º, literal f) de la Ley 489 de 1998–, se inscriben en la categoría de sujetos obligados, prevista en el artículo 9 de la Ley 1712 de 2014 y en consecuencia debe publicar la información relativa a su contratación en el SECOP, pues este es un deber de las entidades estatales que contratan con *recursos públicos*, independientemente del régimen jurídico aplicable a dicha actividad contractual» [cursivas propias].

De manera más clara, el literal e) señaló que las empresas públicas, del Estado y las sociedades en donde el Estado tenga participación son sujetos obligados. Como consecuencia, las sociedades de economía mixta son sujetos obligados para efectos de la Ley 1712 de 2014, pues son empresas en donde el Estado tiene participación.

La ley 1712 de 2014 establece, en el literal e) del artículo 9, que los sujetos obligados deben publicar la información relativa a su contratación. Esta obligación fue desarrollada por el Decreto Único Reglamentario 1081 de 2015[[15]](#footnote-16), 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.

(iii) «¿Cuáles son los contratos que una sociedad de economía mixta, que tiene régimen especial de contratación, debe publicar a través del SECOP?»

De conformidad con las respuestas anteriores, las sociedades de economía mixta deben publicar la información relativa a todos los contratos y procesos de contratación realizados con cargo a recursos públicos y que no se encuentren dentro de algunas de las excepciones legales que autoricen su no publicación, como sería el caso de la información y documentación reservada, o la información de los proyectos de inversión para el caso del Plan Anual de Adquisiciones.

(iv) «¿Si un contrato establece las excepciones de acceso a la información en los términos previstos del Título III de la Ley 1712 de 2014, de igual forma, se debe publicar en el SECOP?»

Conforme se advirtió en el cuerpo de este concepto, las sociedades de economía mixta son sujetos obligados para efectos de la Ley 1712 de 2014. Sin embargo, dicha calidad, de conformidad con la sentencia C-274 de 2013, se da «en el entendido de que las personas obligadas, en relación con su actividad propia, industrial o comercial, no están sujetas al deber de información, con respecto a dicha actividad». Lo anterior es congruente con otras normas del ordenamiento jurídico, como el artículo 18, literal c), de la Ley 1712 que establece como excepción al acceso a la información «c) Los secretos comerciales, industriales y profesionales» y el numeral 6 del artículo 24 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo que otorga carácter reservado a los documentos «[…] protegidos por el secreto comercial o industrial, así como los planes estratégicos de las empresas públicas de servicios públicos».

Lo anterior quiere decir que, si un contrato o proceso contractual se encuadra dentro de las excepciones del artículo 18 de la Ley 1712 de 2014, o 25 del CPACA, la empresa del estado no estará sometida a la obligación de publicar dicha información en el SECOP. No obstante, si la reserva aplica solamente para parte del documento o proceso, se deberá publicar aquel aparte del documento o aquellas piezas del proceso que no se encuadren dentro de la respectiva causal de reserva de conformidad con lo señalado por el artículo 21 de la Ley 1712 de 2014.

«(v) ¿Las sociedades de economía mixta, que tienen régimen de contratación especial y participación pública inferior al 90% y superior al 50% deben publicar toda la información prevista en el artículo 11 de la Ley 1712 de 2014 a través del Sistema Electrónico para la Contratación Pública – SECOP?»

Conforme se señaló para la respuesta (ii), las sociedades de economía mixta son sujetos obligados para los efectos de la Ley 1712 de 2014. 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.

(vi) «¿Cuáles son los gastos de funcionamiento que deben publicar en el SECOP las sociedades de economía mixta, cuya participación pública es inferior al 90% y superior al 50%?»

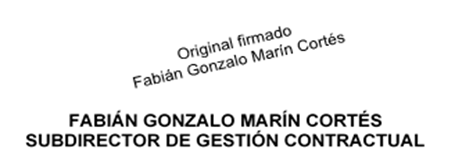
(vii) «Teniendo en cuenta que en el artículo 9 de la Ley 1712 de 2014 sostiene que los sujetos obligados deben reportar los gastos de inversión ¿Qué se considera gasto de inversión en las sociedades de economía mixta cuya participación pública es inferior al 90% y superior 50% y su régimen de contratación es especial?»

De conformidad con la competencia otorgada por el numeral 5 del artículo 3 y el numeral 8 del artículo 11 del Decreto 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente tiene competencia para atender consultas relativas a temas contractuales, y solo para «absolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general». Esto significa que no podemos pronunciarnos sobre casos particulares o sobre preguntas que no contengan dudas sobre la aplicación de una norma general en materia de contratación pública.

Teniendo en cuenta que su pregunta se relaciona con asuntos presupuestales que exceden las competencias de esta agencia, desafortunadamente, no podemos responder su inquietud, pues no se refiere al alcance de alguna norma que rija la contratación de las entidades públicas.

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

Atentamente,



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

1. Corte Constitucional. Sentencia C- 341 del 4 de junio de 2014. M. P. Mauricio González Cuervo. [↑](#footnote-ref-2)
2. 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-3)
3. 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-4)
4. «Artículo 2.1.1.2.1.7. Publicación de la información contractual. De conformidad con el literal (c) del artículo 3° de la Ley 1150 de 2007, el sistema de información del Estado en el cual los sujetos obligados que contratan con cargo a recursos públicos deben cumplir la obligación de publicar la información de su gestión contractual es el Sistema Electrónico para la Contratación Pública [SECOP]

   […]

   »Los sujetos obligados que contratan con recursos públicos y recursos privados, deben publicar la información de su gestión contractual con cargo a recursos públicos en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública [SECOP]». [↑](#footnote-ref-5)
5. Corte Constitucional. Sentencia C─274 de 9 de mayo de 2013. M.P. María Victoria Calle Correa. [↑](#footnote-ref-6)
6. «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-7)
7. 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-8)
8. 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-9)
9. 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-10)
10. Decreto 1081 de 2015: «Artículo 2.1.1.2.1.8. 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-11)
11. Decreto 1081 de 2015: «Artículo 2.1.1.2.1.9. 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-12)
12. Decreto 1081 de 2015: «Artículo 2.1.1.2.1.10. 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-13)
13. El literal e) dispone que sob sujetos obligados: «Las empresas públicas creadas por ley, las empresas del Estado y sociedades en que este tenga participación». [↑](#footnote-ref-14)
14. 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-15)
15. «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-16)