



DEBER DE PUBLICIDAD – Entidades estatales exceptuadas del estatuto general de contratación de la administración pública – 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. En virtud de ello, en el ámbito de la contratación estatal el literal c) del artículo 3 de la Ley 1150 de 2007 establece el Sistema Electrónico para la Contratación Pública – SECOP – como un mecanismo que «contará con la información oficial de la contratación realizada con dineros públicos, para lo cual establecerá los patrones a que haya lugar y se encargará de su difusión a través de canales electrónicos».

DEBER DE PUBLICIDAD – Entidades estatales exceptuadas del estatuto general de contratación de la administración pública – Ley 1212 de 2014

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 principio de máxima publicidad, el principio de transparencia en la información y el principio de buena fe. El principio de máxima publicidad establece que «toda información en posesión, bajo control o custodia de un sujeto obligado es pública y no podrá ser reservada o limitada sino por disposición constitucional o legal». El principio de transparencia en la información alude al deber de los sujetos de proporcionar y facilitar el acceso a la misma en los términos más amplios posibles, a través de los medios y procedimientos que establezca la ley. Finalmente, el principio de buena fe hace referencia al deber de todo sujeto obligado de cumplir con las obligaciones derivadas del derecho de acceso a la información pública con motivación honesta, leal y desprovista de cualquier intención dolosa o culpable.

La citada ley establece, en el literal e) del artículo 9, que los *sujetos obligados* deben publicar la información relativa a su contratación. El artículo 5 *ibidem*, al describir qué se entiende por sujetos obligados, consagra una lista cuyo propósito es incluir a cualquier entidad, órgano, organismo, o persona natural que desempeñe funciones públicas o administre recursos públicos. Igualmente, establece que son sujetos obligados las empresas públicas, las empresas del Estado y las sociedades en las que el Estado tenga participación, sin que importe su monto. 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.

DEBER DE PUBLICIDAD – SECOP II – Entidades estatales exceptuadas del estatuto general de contratación de la administración pública – Modificación artículo 53 de la Ley 2195 de 2022

Las disposiciones normativas antes señaladas referentes a la obligación de las entidades con regímenes especiales de publicar en el SECOP lo relativo a su actividad contractual, fueron complementadas con la expedición de la Ley 2195 de 2022, «Por medio de la cual se adoptan medidas en materia de transparencia, prevención y lucha contra la corrupción y se dictan otras disposiciones». Según el artículo 1, esta Ley «[...] tiene por objeto adoptar disposiciones tendientes a prevenir los actos de corrupción, a reforzar la articulación y coordinación de las entidades del Estado y a recuperar los daños ocasionados por dichos actos con el fin de asegurar promover la cultura de la legalidad e integridad y recuperar la confianza ciudadana y el respeto por lo público». Dentro del capítulo VIII de la mencionada Ley, que lleva por título «Disposiciones en materia contractual para la moralización y la transparencia», se ubica el artículo 53,





mediante el cual se adiciona el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007. La referida disposición les asigna a las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, la obligación de publicar los documentos relacionados con su actividad contractual en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública –SECOP II– o la plataforma transaccional que haga sus veces.

DEBER DE PUBLICIDAD – SECOP II – Entidades estatales exceptuadas del estatuto general de contratación de la administración pública – Modificación artículo 53 de la Ley 2195 de 2022 – Alcance

Esta Agencia considera, que la obligación de publicar en el SECOP II todos los documentos relacionados con la actividad contractual de las entidades con regímenes especiales contenida en el artículo 53 de la Ley 2195 de 2022, debe interpretarse de forma sistemática con los preceptos que existen sobre la materia, como, entre otros, los siguientes enunciados normativos: i) los artículos 74 y 209 de la Constitución, ii) el artículo 3, literal c) de la Ley 1150 de 2007, iii) los artículos 3, 9, literal e) y 11, literal g), de la Ley 1712 de 2014, y iv) los artículos 7 al 10 del Decreto 103 de 2015 –compilado en los artículos 2.1.1.1.1. al 2.1.1.6.1. del Decreto 1081 de 2015–.

Así las cosas, dado que el artículo 53 de la Ley 2195 de 2022 complementó las disposiciones ya establecidas en la Ley 1150 de 2007, la lectura que se haga de dicho artículo debe efectuarse de forma sistemática. En este sentido, debe señalarse que *contratación con cargo a recursos públicos* es un concepto al que alude expresamente la Ley 1150 de 2007, incluso desde el mismo título, pues este indica que dicha Ley es «Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con *Recursos Públicos*». Asimismo, la terminología *contratación con cargo recursos públicos* se encuentra en el artículo primero, al definir el ámbito de aplicación de sus disposiciones y en el literal c) del artículo 3 –del que surge el deber de publicar en el SECOP–, que expresamente establece que ese aparte del artículo se aplica a la «*contratación realizada con dineros públicos*». Esta interpretación concuerda con el ámbito al que se encuentran destinadas las disposiciones del Título II de dicha norma, titulado «DISPOSICIONES GENERALES PARA LA CONTRATACION CON RECURSOS PUBLICOS», en el cual se ubica el artículo 13 que fue modificado por el artículo 53 de la Ley 2195 de 2022.

DEBER DE PUBLICIDAD – SECOP II – Entidades estatales exceptuadas del estatuto general de contratación de la administración pública – Modificación artículo 53 de la Ley 2195 de 2022 – Procedencia de los recursos

De las normas antes citadas es posible establecer que la obligación de publicar la actividad contractual siempre ha estado encaminada a que se publique aquella información relacionada con la ejecución de dineros públicos. Por tal razón, puede concluirse, a la luz de las disposiciones que regulan la materia, que el artículo 53 –al ampliar la obligación de las entidades con regímenes especiales de publicar su actividad contractual en el SECOP II– se refiere a aquella actividad contractual cuya fuente de financiación provenga de recursos públicos.

EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVICIOS PÚBLICOS – Naturaleza jurídica

El artículo 14 de dicha Ley clasificó a las empresas de servicios públicos domiciliarios así: i) oficial –«[...] aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o estas tienen el 100% de los aportes»–, ii) mixta –«[...] aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o éstas tienen aportes iguales o superiores al





50%»– y iii) privada –«[...] aquella cuyo capital pertenece mayoritariamente a particulares, o a entidades surgidas de convenios internacionales que deseen someterse íntegramente para estos efectos a las reglas a las que se someten los particulares»–.

EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVICIOS PÚBLICOS– Régimen contractual aplicable

En lo que atañe específicamente al régimen de contratación, el artículo 31 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001, al cual se hace mención en la consulta que nos convoca, dispone que los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos domiciliarios «no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa». Por su parte, el artículo 32 de la Ley 142 consagra el régimen de derecho privado para las empresas de servicios públicos domiciliarios, indicando que sus actos se rigen por las reglas del derecho privado.

En consecuencia, de la lectura sistemática de las normas referidas puede concluirse que el régimen jurídico que, por regla general, debe aplicarse a la contratación que efectúan las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios es el derecho privado, y solo excepcionalmente el contenido en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. En otras palabras, las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios se sujetan, en su actividad contractual, a las disposiciones del derecho privado, salvo en aquellos casos en los que la Constitución, la Ley 142 de 1994 u otras leyes especiales, sometan tal conducta al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, es decir, a la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007 y demás normas complementarias.

EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVICIOS PÚBLICOS – Régimen contractual aplicable – Deber de publicidad – Modificación artículo 53 de la Ley 2195 de 2022

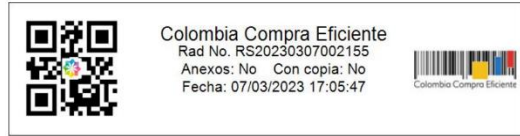
Así las cosas, el hecho de que las empresas de servicios públicos domiciliarios no estén sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública no significa que su actividad contractual se rija por un «derecho privado puro», pues este se encuentra irrigado por los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, previstos en los artículos 209 y 267 de la Constitución. Asimismo, les aplica el régimen de inhabilidades e incompatibilidades y están obligadas a cumplir con el deber de publicar su actividad contractual en los términos analizados en los numerales anteriores de este concepto, conforme lo dispone el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 53 de la Ley 2195 de 2022.

De lo expuesto se concluye que las empresas de servicios públicos domiciliarios, independientemente de que el régimen contractual que les aplica sea el derecho privado, deben publicar su actividad en el SECOP II o la plataforma transaccional que haga sus veces, de acuerdo con lo establecido en el artículo 53 de la Ley 2195 de 2022. La disposición citada no consagra ninguna excepción respecto a su aplicación, por lo cual todas las entidades que no se encuentran sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública deberán cumplir con el deber de publicación analizado en el presente concepto, sin que sea posible modular sus efectos.





Bogotá D.C., 06 de marzo del 2023



Señor:

Juan Marcos Pérez

consultorjuridico67@outlook.com

Concepto C-024 del 2023.

Temas: COLOMBIA COMPRA EFICIENTE – Competencia Consultiva – DEBER DE PUBLICIDAD – Entidades estatales exceptuadas del estatuto general de contratación de la administración pública – Ley 1150 de 2007 / DEBER DE PUBLICIDAD – Entidades estatales exceptuadas del estatuto general de contratación de la administración pública – Ley 1212 de 2014 / DEBER DE PUBLICIDAD – SECOP II – Entidades estatales exceptuadas del estatuto general de contratación de la administración pública – Modificación artículo 53 de la Ley 2195 de 2022 / DEBER DE PUBLICIDAD – SECOP II – Entidades estatales exceptuadas del estatuto general de contratación de la administración pública – Modificación artículo 53 de la Ley 2195 de 2022 – Alcance / DEBER DE PUBLICIDAD – SECOP II – Entidades Estatales exceptuadas del estatuto general de contratación de la administración pública – Modificación artículo 53 de la Ley 2195 de 2022 – Procedencia de los recursos/ EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVICIOS PÚBLICOS – Naturaleza jurídica / EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVICIOS PÚBLICOS– Régimen contractual aplicable / EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVICIOS PÚBLICOS – Régimen contractual aplicable – Deber de publicidad – Modificación artículo 53 de la Ley 2195 de 2022.

Radicación: Respuesta a consulta P20230124000581.

Respetado Juan Marcos Pérez;

En ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública — Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 19 de enero del 2023, la cual fue trasladada por el



DEPARTAMENTO
NACIONAL DE PLANEACIÓN

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente

Tel. [601] 7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



www.colombiacompra.gov.co



Departamento Administrativo de la Función Pública, mediante Radicado Nro. 20232040023941 del 23 de enero del 2023, específicamente el numeral 3.1. de la petición.

1. Problema planteado

Respecto de la aplicación del artículo 53 de la Ley 2195 de 2022, usted realiza la siguiente consulta:

«3. Si se considera que las empresas de servicios públicos mixtas y privadas las cuales haya cualquier porcentaje de participación pública son entidades estatales:

1. ¿Deben estas empresas reportar información al SECOP II conforme con el artículo 13 de la ley 1150 de 2007(modificado por el artículo 53 de la Ley 2195 de 2022)?»

2. Consideraciones

En ejercicio de las competencias establecidas en los artículos 3.5 y 11.8 del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente resuelve las consultas sobre los asuntos de su competencia, esto es, sobre las temáticas de la contratación estatal y compras públicas relacionadas en los artículos citados. Es necesario tener en cuenta que esta entidad solo tiene competencia para responder solicitudes sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. En ese sentido, resolver casos particulares desborda las atribuciones asignadas por el legislador extraordinario, que no concibió a Colombia Compra Eficiente como una autoridad para solucionar problemas jurídicos particulares de todos los partícipes de la contratación estatal.

La competencia de esta entidad se fija con límites claros, con el objeto de evitar que la Agencia actúe como una instancia de validación de las actuaciones de las entidades sujetas a la Ley 80 de 1993 o de los demás participantes de la contratación pública¹. Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, ni a brindar asesorías sobre casos puntuales.

Conforme lo anterior, la Subdirección –dentro de los límites de sus atribuciones resolverá la consulta conforme a las normas generales en materia de contratación estatal. Con este objetivo se analizarán los siguientes temas: i) deber de las entidades estatales exceptuadas del Estatuto

¹ La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente fue creada por el Decreto Ley 4170 de 2011. Su objetivo es servir como ente rector de la política de compras y contratación del Estado. Para tales fines, como órgano técnico especializado, le corresponde formular políticas públicas y normas y unificar los procesos de contratación estatal, con el fin de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado. El artículo 3 ibidem señala, de manera precisa, las funciones de Colombia Compra Eficiente. Concretamente, el numeral 5º de este artículo establece que le corresponde a esta entidad: «[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general y expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública». Seguidamente, el numeral 8º del artículo 11 ibidem señala que es función de la Subdirección de Gestión Contractual: «[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general.»





General de Contratación de la Administración Pública de publicar los documentos relacionados con su actividad contractual en el SECOP II, previsto en el artículo 53 de la Ley 2195 de 2022; ii) alcance del deber de publicación de la actividad contractual para las entidades exceptuadas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y; iii) Régimen contractual de las empresas prestadoras de servicios públicos mixtas.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se ha pronunciado en múltiples ocasiones sobre los principios de publicidad y de acceso a la información pública en la contratación estatal, y sobre los fundamentos normativos del deber de publicar la documentación contractual en las plataformas SECOP I y SECOP II, en conceptos como el CU-367 del 23 de julio de 2020, reiterado en los conceptos: C-433 de 24 de julio de 2020, C-468 del 24 de julio de 2020, C-474 de 24 de julio de 2020, C-488 del 28 de julio de 2020, C-544 del 21 de agosto de 2020, C-575 del 27 de agosto de 2020, C-643 del 26 de octubre de 2020, C-661 del 17 de noviembre de 2020, C-094 del 13 de abril de 2021, C-068 del 22 de abril de 2021, C-185 del 29 de abril de 2021, C-472 del 6 de septiembre de 2021, C-135 del 28 de marzo de 2022 y C-332 del 24 de mayo de 2022. De igual manera, recientemente se pronunció sobre la interpretación del artículo 53 de la Ley 2195 de 2022, en los conceptos C-049 del 7 de marzo de 2022, C-120 del 22 de marzo de 2022, C-124 del 22 de marzo de 2022, C-132 del 28 de marzo de 2022, C-348 del 13 de junio de 2022, C-357 del 13 de junio de 2022, C-480 del 18 de julio de 2022, C-508 del 30 de agosto del 2022, C-510 del 08 de agosto del 2022 y C-552 del 01 de agosto del 2022. Las ideas expuestas en dichas oportunidades se reiteran a continuación y se complementan en lo pertinente.

2.1 Deber de las entidades estatales exceptuadas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública de publicar los documentos relacionados con su actividad contractual en el SECOP II. Modificación introducida por el artículo 53 de la Ley 2195 de 2022. Reiteración de Línea.

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





«El principio de publicidad se encuentra consagrado en el artículo 209 de la Constitución Política, que señala que la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento entre otros, en el «principio de publicidad», el cual se evidencia en dos dimensiones. La primera de ellas, como el derecho que tienen las personas directamente involucradas, al conocimiento de las actuaciones judiciales y administrativas, la cual se concreta a través de los mecanismos de comunicación y la segunda, como el reconocimiento del derecho que tiene la comunidad de conocer las actuaciones de las autoridades públicas y, a través de ese conocimiento, a exigir que ellas se surtan conforme a la ley².»

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. En virtud de ello, en el ámbito de la contratación estatal el literal c) del artículo 3 de la Ley 1150 de 2007 establece el Sistema Electrónico para la Contratación Pública – SECOP – como un mecanismo que «contará con la información oficial de la contratación realizada con dineros públicos, para lo cual establecerá los patrones a que haya lugar y se encargará de su difusión a través de canales electrónicos»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 principio de máxima publicidad, el principio de transparencia en la información y el principio de buena fe. El principio de máxima publicidad establece que «toda información en posesión, bajo control o custodia de un sujeto obligado es pública y no podrá ser reservada o limitada sino por disposición constitucional o legal»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, a

² Corte Constitucional. Sentencia C- 341 del 4 de junio de 2014. M. P. Mauricio González Cuervo.

³ Ley 1150 de 2007: «Artículo 3. De conformidad con lo dispuesto en la Ley 527 de 1999, la sustanciación de las actuaciones, la expedición de los actos administrativos, los documentos, contratos y en general los actos derivados de la actividad precontractual y contractual, podrán tener lugar por medios electrónicos. Para el trámite, notificación y publicación de tales actos, podrán utilizarse soportes, medios y aplicaciones electrónicas. Los mecanismos e instrumentos por medio de los cuales las entidades cumplirán con las obligaciones de publicidad del proceso contractual serán señalados por el Gobierno Nacional.

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

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

[...]

»c) Contará con la información oficial de la contratación realizada con dineros públicos, para lo cual establecerá los patrones a que haya lugar y se encargará de su difusión a través de canales electrónico».

⁴ Ley 1712 de 2014: «Artículo 2. Toda información en posesión, bajo control o custodia de un sujeto obligado es pública y no podrá ser reservada o limitada sino por disposición constitucional o legal, de conformidad con la presente ley».





través de los medios y procedimientos que establezca la ley⁵. Finalmente, el principio de buena fe hace referencia al deber de todo sujeto obligado de cumplir con las obligaciones derivadas del derecho de acceso a la información pública con motivación honesta, leal y desprovista de cualquier intención dolosa o culposa⁶.

La citada ley establece, en el literal e) del artículo 9, que los *sujetos obligados* deben publicar la información relativa a su contratación⁷. El artículo 5 *ibidem*, al describir qué se entiende por sujetos obligados, consagra una lista cuyo propósito es incluir a cualquier entidad, órgano, organismo, o persona natural que desempeñe funciones públicas o administre recursos públicos. Igualmente, establece que son sujetos obligados las empresas públicas, las empresas del Estado y las sociedades en las que el Estado tenga participación, sin que importe su monto⁸. 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.

⁵ Ley 1712 de 2014: «Artículo 3. Otros principios de la transparencia y acceso a la información pública.

[...]

Principio de transparencia. Principio conforme al cual toda la información en poder de los sujetos obligados definidos en esta ley se presume pública, en consecuencia de lo cual dichos sujetos están en el deber de proporcionar y facilitar el acceso a la misma en los términos más amplios posibles y a través de los medios y procedimientos que al efecto establezca la ley, excluyendo solo aquello que esté sujeto a las excepciones constitucionales y legales y bajo el cumplimiento de los requisitos establecidos en esta ley.

⁶ Ley 1712 de 2014: «Artículo 3. Otros principios de la transparencia y acceso a la información pública.

[...]

Principio de buena fe. En virtud del cual todo sujeto obligado, al cumplir con las obligaciones derivadas del derecho de acceso a la información pública, lo hará con motivación honesta, leal y desprovista de cualquier intención dolosa o culposa.

⁷ Ley 1712 de 2014: «Artículo 9. *Información mínima obligatoria respecto a la estructura del sujeto obligado*. Todo sujeto obligado deberá publicar la siguiente información mínima obligatoria de manera proactiva en los sistemas de información del Estado o herramientas que lo sustituyan:

[...]

e) Su respectivo plan de compras anual, así como las contrataciones adjudicadas para la correspondiente vigencia en lo relacionado con funcionamiento e inversión, las obras públicas, los bienes adquiridos, arrendados y en caso de los servicios de estudios o investigaciones deberá señalarse el tema específico, de conformidad con el artículo 74 de la Ley 1474 de 2011. En el caso de las personas naturales con contratos de prestación de servicios, deberá publicarse el objeto del contrato, monto de los honorarios y direcciones de correo electrónico, de conformidad con el formato de información de servidores públicos y contratistas;».

⁸ 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».





La obligación de publicidad antes mencionada fue desarrollada a través del Decreto Reglamentario 103 de 2015—«Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 1712 de 2014 y se dictan otras disposiciones»—, el cual fue recopilado en el Decreto Único Reglamentario 1081 de 2015. Puntualmente, el artículo 7 —artículo 2.1.1.2.1.7. del Decreto 1081 de 2015⁹—, dispone que la publicación de la información de la gestión contractual de los sujetos obligados, que contratan con cargo a recursos públicos, debe hacerse en el Sistema Electrónico de Contratación Pública — SECOP. Asimismo, el artículo 8 —artículo 2.1.1.2.1.8. del Decreto 1081 de 2015—, de forma enunciativa, señala 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 contrato¹⁰. Más adelante, el artículo 9 del Decreto 103 de 2015 —artículo 2.1.1.2.1.9. del Decreto 1081 de 2015— indica que las entidades deberán publicar los procedimientos, lineamientos y políticas en materia de adquisición, que no son otros que los previstos en el manual de contratación, que se haya expedido de acuerdo con los lineamientos de la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, el cual debe publicarse en el sitio web del sujeto obligado¹¹. Finalmente, el artículo 10 del Decreto 103 de 2015 —artículo 2.1.1.2.1.10. del Decreto 1081 de 2015— consagra la obligación que tienen las entidades estatales de publicar en el SECOP el Plan Anual de Adquisiciones¹².

⁹ «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]».

¹⁰ Decreto 103 de 2015: «Artículo 8°. Publicación de la ejecución de contratos. Para efectos del cumplimiento de la obligación contenida en el literal g) del artículo 11 de la Ley 1712 de 2014, relativa a la información sobre la ejecución de contratos, el sujeto obligado debe publicar las aprobaciones, autorizaciones, requerimientos o informes del supervisor o del interventor, que prueben la ejecución del contrato».

¹¹ Decreto 103 de 2015: «Artículo 9°. Publicación de procedimientos, lineamientos y políticas en materia de adquisición y compras. Para los sujetos obligados que contratan con cargo a recursos públicos, los procedimientos, lineamientos y políticas en materia de adquisición y compras de los que trata el literal g) del artículo 11 de la Ley 1712 de 2014 son los previstos en el manual de contratación expedido conforme a las directrices señaladas por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, el cual debe estar publicado en el sitio web oficial del sujeto obligado».

¹² Decreto 103 de 2015: «Artículo 10. Publicación del Plan Anual de Adquisiciones. Los sujetos obligados que contratan con cargo a recursos públicos deben publicar en su página web y en el Secop el Plan Anual de Adquisiciones, de acuerdo con lo previsto en el artículo 74 de la Ley 1474 de 2011, el literal e) del artículo 9° de la Ley 1712 de 2014 y el Decreto 1510 de 2013, o el que lo modifique, sustituya o adicione.

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





Las disposiciones normativas antes fueron complementadas con la expedición de la Ley 2195 de 2022, «Por medio de la cual se adoptan medidas en materia de transparencia, prevención y lucha contra la corrupción y se dictan otras disposiciones». Según el artículo 1, esta Ley «[...] tiene por objeto adoptar disposiciones tendientes a prevenir los actos de corrupción, a reforzar la articulación y coordinación de las entidades del Estado y a recuperar los daños ocasionados por dichos actos con el fin de asegurar promover la cultura de la legalidad e integridad y recuperar la confianza ciudadana y el respeto por lo público». Dentro del capítulo VIII de la mencionada Ley, que lleva por título «Disposiciones en materia contractual para la moralización y la transparencia», se ubica el artículo 53, mediante el cual se adiciona el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007. La referida disposición les asigna a las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública – en adelante EGCAP, la obligación de publicar los documentos relacionados con su actividad contractual en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública –SECOP II– o la plataforma transaccional que haga sus veces. Al respecto, la norma citada, de manera expresa, señala:

«Adiciónese los siguientes incisos al artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, el cual quedará así:

Artículo 13. PRINCIPIOS GENERALES DE LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL PARA ENTIDADES NO SOMETIDAS AL ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal.

En desarrollo de los anteriores principios, deberán publicar los documentos relacionados con su actividad contractual en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública –SECOP II– o la plataforma transaccional que haga sus veces. Para los efectos de este artículo, se entiende por actividad contractual los documentos, contratos, actos e información generada por oferentes, contratista, contratante, supervisor o interventor, tanto en la etapa precontractual, como en la contractual y la postcontractual.

»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».





A partir de la entrada en vigencia de la presente Ley, se establecerá un periodo de transición de seis (6) meses, para que las entidades den cumplimiento efectivo a lo aquí establecido. (Cursiva fuera del original).»

Como puede observarse, aunque la publicación en el SECOP de los documentos relacionados con la actividad contractual ya era obligatoria para las entidades que cuentan con un régimen especial, el artículo 53 de la Ley 2195 de 2022 –que modifica el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007– establece con mayor precisión esta obligación y la complementa con la exigencia de emplear el SECOP II. En otras palabras, a través del artículo 53 de la Ley 2195 de 2022 el Congreso de la República dispone que las entidades estatales exceptuadas del EGCAP deben publicar en el SECOP II –es decir en la plataforma transaccional vigente– su actividad contractual.

Ahora bien, cabe destacar que, cuando la norma trascrita hace referencia a que el mencionado deber de publicidad debe cumplirse en el SECOP II o «la plataforma transaccional que haga sus veces», esta expresión debe interpretarse en el sentido de que si bien el SECOP II es la plataforma oficial que actualmente se utiliza como mecanismo transaccional, en caso de que en el futuro dicha plataforma sea remplazada por otra que tenga una denominación distinta, las entidades que tienen un régimen exceptuado deberán continuar publicando la documentación de su actividad contractual en la nueva plataforma transaccional que para efecto se cree. En ese sentido, la expresión «la plataforma que haga sus veces» no puede interpretarse como una autorización para que las entidades obligadas en virtud del artículo 53 de la Ley 2195 de 2022 empleen sus páginas web o sus propios portales electrónicos para cumplir con el deber de publicidad que les asiste. Con esto se logra que la ciudadanía pueda encontrar en un mismo sistema la gestión de la actividad contractual del Estado, garantizándose en mayor grado la transparencia y el acceso a la documentación pública.

En cuanto a los documentos que deben ser publicados en el SECOP II a efectos de dar cumplimiento al mandato consagrado en el artículo 53 de la Ley 2195 de 2022, es preciso advertir que la disposición hace referencia a los documentos relacionados con su *actividad contractual*, la cual define como «[...] los documentos, contratos, actos e información generada por oferentes, contratista, contratante, supervisor o interventor, tanto en la etapa precontractual, como en la contractual y la postcontractual». En ese sentido, el artículo 53 de la Ley 2195 de 2022 establece el deber de publicar toda aquella información relacionada con el respectivo contrato, sin incluir ninguna excepción relacionada con la naturaleza u objeto contractual. Por lo tanto, para que las entidades exceptuadas cumplan con el deber de publicidad consagrado en el artículo 53 de la Ley 2195 de 2022, se requiere que publiquen en el SECOP II todo documento expedido durante las diferentes etapas del proceso contractual, lo que abarca tanto la fase previa a su celebración, como la ejecución y la fase posterior a su ejecución.

Sin perjuicio de lo anterior, vale la pena aclarar que el cumplimiento del deber de publicar la documentación contractual debe armonizarse con las normas aplicables al tipo de información





que estas contienen, para garantizar la reserva de algunos documentos o de una parte de estos¹³. Lo anterior significa que, respecto de datos sensibles, información sometida a reserva o de la cual proceda un tratamiento especial que impida su publicidad, las entidades deberán proceder de conformidad con el tratamiento que impongan tales normas.

Finalmente, el inciso final del artículo 53 dispone que «A partir de la entrada en vigencia de la presente Ley, se establecerá un periodo de transición de seis (6) meses, para que las entidades den cumplimiento efectivo a lo aquí establecido». Es decir que se trata un período concedido por el Legislador a las entidades que tienen un régimen especial de contratación para adelantar las gestiones administrativas, técnicas y jurídicas pertinentes, a fin de cumplir lo establecido en el artículo citado. Este periodo de transición transcurrió del 18 de enero al 18 de julio de 2022. Si bien la norma materia de estudio no hace referencia a los contratos suscritos con anterioridad a su entrada en vigencia, de acuerdo con el artículo 38 de la Ley 153 de 1887, el cual dispone que en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración, la obligación para las entidades estatales exceptuadas de publicar los documentos relacionados con su actividad contractual en el SECOP II aplica para los contratos suscritos con posterioridad al término dispuesto en el artículo 53 de la Ley 2195 de 2022, esto es, a partir del 18 de julio de 2022¹⁴.

2.2 Alcance del deber de las entidades con regímenes especiales de publicar en el SECOP II la información concerniente a su actividad contractual

¹³ Ley 1437 de 2011: «Artículo 24. Informaciones y documentos reservados. Solo tendrán carácter reservado las informaciones y documentos expresamente sometidos a reserva por la Constitución Política o la ley, y en especial:

- »1. Los relacionados con la defensa o seguridad nacionales.
- »2. Las instrucciones en materia diplomática o sobre negociaciones reservadas.
- »3. Los que involucren derechos a la privacidad e intimidad de las personas, incluidas en las hojas de vida, la historia laboral y los expedientes pensionales y demás registros de personal que obren en los archivos de las instituciones públicas o privadas, así como la historia clínica.
- »4. Los relativos a las condiciones financieras de las operaciones de crédito público y tesorería que realice la nación, así como a los estudios técnicos de valoración de los activos de la nación. Estos documentos e informaciones estarán sometidos a reserva por un término de seis (6) meses contados a partir de la realización de la respectiva operación.
- »5. Los datos referentes a la información financiera y comercial, en los términos de la Ley Estatutaria 1266 de 2008.
- »6. Los protegidos por el secreto comercial o industrial, así como los planes estratégicos de las empresas públicas de servicios públicos.
- »7. Los amparados por el secreto profesional.
- »8. Los datos genéticos humanos.

»Parágrafo. Para efecto de la solicitud de información de carácter reservado, enunciada en los numerales 3, 5, 6 y 7 solo podrá ser solicitada por el titular de la información, por sus apoderados o por personas autorizadas con facultad expresa para acceder a esa información».

¹⁴ En armonía con lo anterior, en la Circular Externa 002 de esta Agencia se establece, que: «Todos los procesos de contratación creados en el SECOP I antes del 18 de julio de 2022, 23:59 horas, por parte de estas entidades estatales, podrán continuar siendo gestionados en esta plataforma».





Una vez determinada la obligación que les asiste a las entidades con regímenes exceptuados de publicar en el SECOP II lo concerniente a su actividad contractual y teniendo en cuenta la consulta planteada, debe analizarse el alcance de esta obligación para determinar si esta aplica a toda la actividad contractual de este tipo de entidades.

El artículo 53 de la Ley 2195 de 2022 dispone que las entidades con regímenes especiales «deberán publicar los documentos relacionados con su actividad contractual en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública –SECOP II– o la plataforma transaccional que haga sus veces». Como puede observarse, la disposición objeto de estudio no señala de forma expresa si el deber de las entidades exceptuadas de publicar todos los documentos relacionados con su actividad contractual aplica para todos los contratos que celebren o si, por el contrario, esta obligación solo se impone respecto de aquellos contratos cuya fuente de financiación proviene de *recursos públicos*.

De la lectura del artículo antes citado se pueden extraer al menos dos (2) posturas contrapuestas relacionadas con la interpretación que se realice de la norma. En primer lugar, una interpretación exegética de la disposición plantearía que, dado que el artículo 53 no señala que la obligación de publicar en el SECOP II recae solamente sobre la contratación que se realice con dineros públicos, por tanto, esta aplica para toda la actividad contractual que ejecute la entidad, indistintamente del origen de los recursos. En segundo lugar, una interpretación *sistemática* de la norma concluiría que el artículo 53, al modificar una disposición de la Ley 1150 de 2007, debe armonizarse con todo el cuerpo normativo consagrado en dicha Ley y, dado que este se refiere a la contratación que se realiza *con dineros públicos*, esto también debe extenderse a la obligación de publicar los documentos en el SECOP II en cabeza de las entidades con regímenes exceptuados. En otras palabras, el deber consagrado en el artículo 53 de la Ley 2195 de 2022 debe armonizarse con el conjunto de normas que delimitan el deber de publicar en el SECOP solo la información relacionada con la actividad contractual efectuada con recursos públicos.

Esta Agencia considera que, la obligación de publicar en el SECOP II todos los documentos relacionados con la actividad contractual de las entidades con regímenes especiales contenida en el artículo 53 de la Ley 2195 de 2022 debe interpretarse de forma sistemática con los preceptos que existen sobre la materia, entre otros, los siguientes enunciados normativos: i) los artículos 74 y 209 de la Constitución, ii) el artículo 3, literal c) de la Ley 1150 de 2007, iii) los artículos 3, 9, literal e) y 11, literal g), de la Ley 1712 de 2014, y iv) los artículos 7 al 10 del Decreto 103 de 2015 –compilado en los artículos 2.1.1.1.1. al 2.1.1.6.1. del Decreto 1081 de 2015–.

Así las cosas, dado que el artículo 53 de la Ley 2195 de 2022 complementó las disposiciones ya establecidas en la Ley 1150 de 2007, la lectura que se haga de dicho artículo debe efectuarse de forma sistemática. En este sentido, debe señalarse que *contratación con cargo a recursos públicos* es un concepto al que alude expresamente la Ley 1150 de 2007, incluso desde el mismo título, pues este indica que dicha Ley es «Por medio de la cual se introducen





medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con *Recursos Públicos*». Asimismo, la terminología *contratación con cargo recursos públicos* se encuentra en el artículo primero, al definir el ámbito de aplicación de sus disposiciones¹⁵ y en el literal c) del artículo 3 –del que surge el deber de publicar en el SECOP–, que expresamente establece que ese aparte del artículo se aplica a la «*contratación realizada con dineros públicos*». Esta interpretación concuerda con el ámbito al que se encuentran destinadas las disposiciones del Título II de dicha norma, titulado «DISPOSICIONES GENERALES PARA LA CONTRATACION CON RECURSOS PUBLICOS», en el cual se ubica el artículo 13 que fue modificado por el artículo 53 de la Ley 2195 de 2022.

Por otro lado, el Decreto 103, mediante el cual se reglamentó la Ley 1712 de 2014, y que fue compilado en los artículos 2.1.1.1.1. al 2.1.1.6.1. del Decreto 1081 de 2015–. señala:

«Artículo 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 cargo a recursos públicos* deben publicar la información de su gestión contractual en el plazo previsto en el artículo 19 del Decreto 1510 de 2013, o el que lo modifique, sustituya o adicione.

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). (Cursivas fuera del texto original).»

De las normas antes citadas es posible establecer que la obligación de publicar la actividad contractual siempre ha estado encaminada a que se publique aquella información relacionada con la ejecución de dineros públicos. Por tal razón, puede concluirse, a la luz de las disposiciones que regulan la materia, que el artículo 53 –al ampliar la obligación de las entidades con regímenes especiales de publicar su actividad contractual en el SECOP II– se refiere a aquella actividad contractual cuya fuente de financiación provenga de recursos públicos.

En consonancia con la interpretación antes expuesta, la Circular 002 del 1 de junio de 2022¹⁶, dictada por el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, a través

¹⁵ Ley 1150 de 2007. «Artículo 1. Objeto. La presente ley tiene por objeto introducir modificaciones en la Ley 80 de 1993, así como dictar otras disposiciones generales aplicables a toda contratación con recursos públicos».

¹⁶ El pasado 1 de junio, el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República profirió la Circular 02 del 2022, mediante la cual se imparten instrucciones sobre la aplicación del artículo 53 de la Ley 2195 de 2022, en los siguientes aspectos: i) publicación de los documentos contractuales en el SECOP II; ii) reserva de los documentos





de la cual fueron impartidas instrucciones relacionadas con la aplicación del artículo 53 de la Ley 2195 de 2022, en el numeral I –denominado «Publicación de los documentos contractuales en el SECOP II»–, señala:

«El Sistema Electrónico de Contratación Pública – SECOP – es una herramienta tecnológica de apoyo a la contratación pública, en la cual se encuentra la información oficial de la contratación realizada *con dineros públicos*. Lo anterior, de conformidad con lo establecido en el literal c) del artículo 3 de la Ley 1150 de 2007.

En ese sentido, las entidades obligadas en virtud del artículo 53 de la Ley 2195 de 2022, deberán realizar la publicación en el SECOP II *de aquellos documentos relacionados con la actividad contractual que se realice con dineros públicos [...]* (Cursivas fuera del texto original)»

De conformidad con lo expuesto, teniendo en cuenta que el artículo 53 complementa la disposición contenida en el artículo 3 de la Ley 1150 de 2007, debe entenderse que la contratación a la que se refiere es aquella realizada con recursos públicos, cuya información es la que debe publicarse en el SECOP II, acorde con la interpretación sistemática que permite armonizar el referido artículo 53 de la Ley 2195 de 2022 con todo el contexto normativo que establece que en dicha plataforma se debe publicar solo la información relativa a la actividad contractual con dineros públicos. Así las cosas, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente considera que la modificación introducida por el artículo 53 de la Ley 2195 de 2022 no afecta la interpretación adoptada hasta el momento, en el sentido de que la publicación de la información oficial de la contratación en el SECOP debe realizarse si los negocios jurídicos adelantados fueron financiados con recursos públicos.

2.3. Régimen contractual de las empresas prestadoras de servicios públicos mixtas. Análisis de la aplicación del artículo 53 de la Ley 2195 de 2022.

La Constitución Política de 1991 incorporó un modelo de liberalización para prestar servicios públicos domiciliarios, con arreglo al cual estos pueden ofrecerse en el mercado, en un esquema de libre competencia, directamente por el Estado, por particulares o por comunidades organizadas¹⁷. En tal sentido, el artículo 365 de la Constitución dispone lo siguiente:

relacionados con la actividad contractual y; iii) régimen de transición de los contratos celebrados con anterioridad a la entrada en vigencia de la obligación consagrada en el artículo 53 de la Ley 2195 de 2022. La mencionada Circular contiene una serie de instrucciones con miras a garantizar el cumplimiento del deber legal por parte de las entidades estatales exceptuadas del Estatuto General de Contratación Pública.

¹⁷ Así lo ha reconocido la doctrina en la materia, al afirmar: «El modelo que se adoptó en la Constitución de 1991 para los servicios públicos se caracteriza por la liberalización de su prestación, por un fuerte poder del Estado para intervenir en ellos y por la adopción de instituciones para lidiar con los principales problemas que respecto de las



«Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita.»

Con base en este presupuesto constitucional de liberalización de los servicios públicos domiciliarios, el legislador expidió la Ley 142 de 1994, mediante la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios. El artículo 15 *ibídem* enuncia las personas autorizadas para prestar los servicios públicos domiciliarios: i) las empresas de servicios públicos, ii) los productores marginales, iii) los municipios, en ciertos casos, iv) las organizaciones autorizadas y v) las entidades descentralizadas que se encontraran prestándolos y cumplan los requisitos establecidos en la ley¹⁸.

tarifas enfrentaron históricamente estos servicios: la interferencia política en su fijación y el abuso por parte de los prestadores de su posición cuando no tienen suficiente competencia en sus mercados.

»Como base del modelo de liberalización, la Constitución removió las barreras jurídicas de entrada a la prestación de los servicios públicos y estableció como regla general que ellos “podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas o por particulares” [...].

»Al establecer esta libertad de entrada, la Constitución abrió la puerta para romper con el modelo de prestación basado exclusivamente en los monopolios estatales que estuvo vigente por más de medio siglo. Y aunque bajo la Constitución de 1991 es posible aún la creación de monopolios de derecho para los servicios públicos, para ello deben cumplirse procedimientos muy exigentes desde el punto de vista político y jurídico: debe hacerse mediante una ley de iniciativa gubernamental aprobada por ambas cámaras del Congreso y, en todo caso, puede ocurrir solo mediante indemnización previa y plena» (NUÑEZ FORERO, Felipe. Servicios públicos domiciliarios, telecomunicaciones e infraestructura (instituciones, regulación y competencia). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017. p. 43).

¹⁸ En efecto, dicho artículo establece: «Pueden prestar los servicios públicos:

- »15.1. Las empresas de servicios públicos.
- »15.2. Las personas naturales o jurídicas que produzcan para ellas mismas, o como consecuencia o complemento de su actividad principal, los bienes y servicios propios del objeto de las empresas de servicios públicos.
- »15.3. Los municipios cuando asuman en forma directa, a través de su administración central, la prestación de los servicios públicos, conforme a lo dispuesto en esta Ley.
- »15.4. Las organizaciones autorizadas conforme a esta Ley para prestar servicios públicos en municipios menores en zonas rurales y en áreas o zonas urbanas específicas.
- »15.5. Las entidades autorizadas para prestar servicios públicos durante los períodos de transición previstos en esta Ley.
- »15.6. Las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional que al momento de expedirse esta Ley estén prestando cualquiera de los servicios públicos y se ajusten a lo establecido en el parágrafo del artículo 17».





El artículo 14 de dicha Ley clasificó a las empresas de servicios públicos domiciliarios así: i) oficial –«[...] aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o estas tienen el 100% de los aportes»–, ii) mixta –«[...] aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o éstas tienen aportes iguales o superiores al 50%»– y iii) privada –«[...] aquella cuyo capital pertenece mayoritariamente a particulares, o a entidades surgidas de convenios internacionales que deseen someterse íntegramente para estos efectos a las reglas a las que se someten los particulares»–.

En lo que atañe específicamente al régimen de contratación, el artículo 31 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001, al cual se hace mención en la consulta que nos convoca, dispone que los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos domiciliarios «no estarán sujetos a las disposiciones del EGCAP, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa». Por su parte, el artículo 32 de la Ley 142 consagra el régimen de derecho privado para las empresas de servicios públicos domiciliarios, indicando que sus actos se rigen por las reglas del derecho privado¹⁹.

En consecuencia, de la lectura sistemática de las normas referidas puede concluirse que el régimen jurídico que, por regla general, debe aplicarse a la contratación que efectúan las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios es el derecho privado, y solo excepcionalmente el contenido en el EGCAP²⁰. En otras palabras, las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios se sujetan, en su actividad contractual, a las disposiciones del derecho privado, salvo en aquellos casos en los que la Constitución, la Ley 142 de 1994 u otras leyes especiales, sometan tal conducta al EGCAP, es decir, a la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007 y demás normas complementarias.

Así las cosas, el hecho de que las empresas de servicios públicos domiciliarios no estén sometidas al EGCAP no significa que su actividad contractual se rija por un «derecho privado

¹⁹ Así lo establece la norma: «Salvo en cuanto la Constitución Política o esta Ley dispongan expresamente lo contrario, la constitución, y los actos de todas las empresas de servicios públicos, así como los requeridos para la administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas que sean socias de ellas, en lo no dispuesto en esta Ley, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado.

»La regla precedente se aplicará, inclusive, a las sociedades en las que las entidades públicas sean parte, sin atender al porcentaje que sus aportes representen dentro del capital social, ni a la naturaleza del acto o del derecho que se ejerce.

»Se entiende que la autorización para que una entidad pública haga parte de una empresa de servicios públicos organizada como sociedad por acciones, faculta a su representante legal, de acuerdo con los estatutos de la entidad, para realizar respecto de la sociedad, las acciones y los derechos inherentes a ellas [y] todos los actos que la ley y los estatutos permiten a los socios particulares».

²⁰ Consejo de Estado. Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 13 de abril de 2011. Exp. 37423. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. En similar sentido, puede verse la Sentencia del Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B, del 15 de noviembre de 2011. Exp. 21178. Consejera ponente: Ruth Stella Correa Palacio.





puro», pues este se encuentra irrigado por los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, previstos en los artículos 209 y 267 de la Constitución. Asimismo, les aplica el régimen de inhabilidades e incompatibilidades y están obligadas a cumplir con el deber de publicar su actividad contractual en los términos analizados en los numerales anteriores de este concepto, conforme lo dispone el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 53 de la Ley 2195 de 2022²¹.

De lo expuesto se concluye que las empresas de servicios públicos domiciliarios, independientemente de que el régimen contractual que les aplica sea el derecho privado, deben publicar su actividad en el SECOP II o la plataforma transaccional que haga sus veces, de acuerdo con lo establecido en el artículo 53 de la Ley 2195 de 2022. La disposición citada no consagra ninguna excepción respecto a su aplicación, por lo cual todas las entidades que no se encuentran sometidas al EGCAP deberán cumplir con el deber de publicación analizado en el presente concepto, sin que sea posible modular sus efectos.

La anterior conclusión se refuerza si se tiene en cuenta que, de conformidad con el literal e) del artículo 9 y el literal g) del artículo 11 de la Ley 1712 de 2014, desarrollados en el artículo 7 del Decreto 103 de 2015 –compilado en el artículo 2.1.1.2.1.7. del Decreto 1081 de 2015–, las entidades estatales –incluidas las que se rigen generalmente por el derecho privado en materia contractual–, al ser *sujetos obligados* a garantizar el derecho de acceso a la información y a los documentos públicos, deben publicar en el SECOP los documentos relacionados con su gestión contractual.

3. Respuesta

«[...] ¿Deben estas empresas reportar información al SECOP II conforme con el artículo 13 de la ley 1150 de 2007(modificado por el artículo 53 de la Ley 2195 de 2022)? [...]» (SIC)

²¹ Esta norma dispone: «Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal.

»-<Inciso adicionado por el artículo 53 de la Ley 2195 de 2022. El nuevo texto es el siguiente:> En desarrollo de los anteriores principios, deberán publicar los documentos relacionados con su actividad contractual en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública (SECOP II) o la plataforma transaccional que haga sus veces. Para los efectos de este artículo, se entiende por actividad contractual los documentos, contratos, actos e información generada por oferentes, contratista, contratante, supervisor o interventor, tanto en la etapa precontractual, como en la contractual y la poscontractual.

»-<Inciso adicionado por el artículo 53 de la Ley 2195 de 2022. El nuevo texto es el siguiente:> A partir de la entrada en vigencia de la presente ley, se establecerá un periodo de transición de seis (6) meses, para que las entidades den cumplimiento efectivo a lo aquí establecido».





Como se señaló en las consideraciones del presente concepto, aunque la publicación en el SECOP de los documentos relacionados con la actividad contractual ya era obligatoria –lo sigue siendo– para las entidades que cuentan con un régimen especial, el artículo 53 de la Ley 2195 de 2022 –que modifica el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007–, aplicable luego del 18 de julio de 2022 –como se explicó– establece con mayor precisión este deber y lo complementa con la exigencia de emplear el SECOP II y la definición del alcance de los documentos que deben publicarse, señalando que son los relacionados con su «actividad contractual», indicando que corresponde a todos los «documentos, contratos, actos e información generada por oferentes, contratista, contratante, supervisor o interventor, tanto en la etapa precontractual, como en la contractual y la postcontractual». En ese sentido, la citada disposición establece el deber de publicar toda aquella información relacionada con el respectivo contrato, sin incluir ninguna excepción relacionada con la naturaleza u objeto contractual. Por lo tanto, para que las entidades exceptuadas cumplan con el deber de publicidad, consagrado en el artículo 53 de la Ley 2195 de 2022, se requiere que publiquen en el SECOP II todo documento expedido durante las diferentes etapas del proceso contractual, abarcando desde la fase previa a su celebración, pasando por la ejecución y hasta la fase posterior a su ejecución. Lo anterior sin perjuicio de las reservas de información establecidas en normas de orden constitucional o legal.

Ahora bien, en relación con las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios debe señalarse que, conforme el artículo 31 y 32 de la Ley 142 de 1994, modificados por la Ley 689 de 2001, el régimen jurídico que, por regla general, debe aplicarse a la contratación que efectúan es el derecho privado y solo excepcionalmente el contenido en el EGCAP. En otras palabras, las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios se sujetan, en su actividad contractual, a las disposiciones del derecho privado, salvo en aquellos casos en los que la Constitución, la Ley 142 de 1994 u otras leyes especiales, sometan tal conducta al EGCAP, es decir, a la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007 y demás normas complementarias, como es el caso del artículo 53 de la Ley 2195 de 2022, objeto del presente concepto, que modificó el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, el cual consagra los principios de actividad contractual aplicables a las entidades no sujetas al EGCAP.

Así las cosas, aunque los contratos suscritos por empresas de servicios públicos se encuentran excluidos del EGCAP, ello no quiere decir que se rijan exclusivamente por el derecho civil y comercial, puesto que conforme al artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 también le son aplicables tanto los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal como el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, lo que permite afirmar que están sujetas a cumplir con el deber de publicar su actividad contractual en los términos analizados, de acuerdo con la modificación efectuada por el artículo 53 de la Ley 2195 de 2022.

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y las expresiones aquí utilizadas con mayúscula





inicial deben ser entendidas con el significado que les otorga el artículo 2.2.1.1.1.3.1. del Decreto 1082 de 2015.

Atentamente,

Original Firmado
Nohelia del Carmen Zawady Palacio

Nohelia del Carmen Zawady Palacio
Subdirectora de Gestión Contractual ANCP-CCE

Elaboró: Ana María Ortiz Ballesteros
Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual

Revisó: Diana Lucía Saavedra Castañeda
Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual

Aprobó: Nohelia del Carmen Zawady Palacio
Subdirectora de Gestión Contractual ANCP – CCE

