

PRINCIPIO DE PUBLICIDAD – Noción – Acceso a la información pública

El principio de publicidad impone a las autoridades administrativas el deber de dar a conocer sus actos, contratos y decisiones, para que se divulguen y eventualmente se controlen las actuaciones. El literal c) del artículo 3 de la Ley 1150 de 2007 establece que el Sistema Electrónico para la Contratación Pública –SECOP– «contará con la información oficial de la contratación realizada con dineros públicos, para lo cual establecerá los patrones a que haya lugar y se encargará de su difusión a través de canales electrónicos».

De otra parte, la Ley 1712 de 2014, por medio de la cual se regula la transparencia el 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». 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.

BOLSA DE PRODUCTOS – Noción – Procedencia

La adquisición de bienes mediante el mecanismo de bolsa de productos se encuentra regulada por el Decreto 2555 de 2010 y los artículos 2.2.1.2.1.2.11 a 2.2.1.2.1.2.19 del Decreto 1082 de 2015. Esta hace posible que vendedores y compradores concurren en un mercado organizado donde se negocian de forma dinámica bienes y servicios, a través de procesos de subasta pública, a viva voz o en línea, en un ambiente transparente y altamente competitivo. Los productos se negocian con base en una descripción detallada de los mismos, de acuerdo con una reglamentación que permite que los participantes estén en igualdad de oportunidades y que el precio de los productos sea resultado de la competencia entre los ofrecimientos.

La negociación por parte de la entidad se da a través de un comisionista, el cual debe ser contratado por la entidad de conformidad con el procedimiento y reglas de la respectiva bolsa de productos. A su vez, la calidad de los productos negociados y la liquidación de las operaciones celebradas debe estar respaldada por garantías.

De conformidad con el artículo 2.2.1.2.1.2.12 del Decreto 1082 de 2015, modificado por el artículo 2 del Decreto 310 del 25 de marzo de 2021, cuando *no* exista un acuerdo marco de precios el adelantamiento de una compra mediante el mecanismo de bolsa de productos, requiere que las entidades realicen un estudio comparativo en el que determinen las ventajas de utilizar el mecanismo, frente a la posibilidad de acudir a la subasta inversa o a la posibilidad de promover un nuevo acuerdo marco de precios, análisis en que se deberá considerar el proceso de selección del comisionista, los costos asociados a la selección, el valor de la comisión y de las garantías. La disposición indicada además expresa que este estudio debe señalar la forma en que la entidad estatal garantiza los principios y objetivos del sistema de compras, contratación pública, los postulados de la función administrativa y de la gestión fiscal. De otro lado, expresamente se establece en el inciso segundo de la norma analizada que: «[...] este estudio deberá consignarse expresamente en los documentos del Proceso de Selección y se deberá garantizar su oportuna publicidad a través del SECOP».

No obstante, los incisos tercero y cuarto de la disposición analizada también permiten a las entidades estatales acudir a las bolsas de productos cuando a pesar de la existencia de un acuerdo marco de

precios, mediante aquel mecanismo se obtengan precios inferiores, incluyendo los costos generados por concepto de comisionistas de bolsa y los gastos de operación indicados en el artículo 2.2.1.2.1.2.15. del Decreto 1082 de 2015 y no se desmejoren las condiciones técnicas y de calidad. Este análisis comparativo se debe realizar con el «promedio de los valores finales de las operaciones secundarias materializadas con ocasión de las órdenes de compra colocadas por las Entidades compradoras a través de la Tienda Virtual del Estado, administrada por la Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente- durante los últimos seis (6) meses».

BOLSA DE PRODUCTOS – Publicidad – SECOP

De otro lado, desde una perspectiva general, en principio la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes a través del mecanismo de bolsa de productos, se encuentra sometido al deber de publicidad de las actuaciones contractuales de las entidades públicas establecido en el artículo 3 de la Ley 1150 de 2007 y regulado por el artículo 2.2.1.1.1.7.1 del Decreto 1082 de 2015, que obliga a publicar en SECOP la documentación que conforma el expediente del proceso de contratación.

Sin embargo, en lo relativo a la publicación de las compras realizadas a través del mecanismo de bolsa de productos, el artículo 2.2.1.1.1.7.1 del Decreto 1082 de 2015 exceptúa el cumplimiento de esta obligación al disponer que «[...] Los documentos de las operaciones que se realicen en bolsa de productos no tienen que ser publicados en el Secop». Conforme a dicha disposición, los documentos en donde consten las operaciones realizadas en la bolsa de productos a órdenes de una entidad estatal no deben publicarse en el SECOP.

OPERACIONES DE BOLSA – Noción

Ahora bien, para determinar el alcance de tal excepción al deber de publicidad de la actividad contractual, es necesario precisar a qué se refiere el artículo 2.2.1.1.1.7.1 del Decreto 1082 de 2015 al mencionar las «los documentos de las operaciones que se realicen en bolsa de productos». En primera medida, el término *operación* alude a interacciones entre los inversores, emisores de títulos y vendedores de bienes que tienen lugar dentro de una bolsa de productos. En esa línea encontramos que, en el concepto de operaciones de bolsa «pueden incluirse una larga serie de actos económicos, que tengan por lo menos para uno de los contratantes, el fin directo o indirecto de obtener ventajas de las variaciones del curso de los valores o de los precios de las mercaderías en relación al tiempo».

Las operaciones a la vez pueden ser de distinto carácter dependiendo del objeto de la misma, así pues, respecto de los valores públicos y privados pueden hacerse emisiones públicas y privadas, operaciones de conversión y de amortización, operaciones de compraventa, operaciones de prenda entre otras; mientras que respecto de los productos pueden hacerse operaciones de compraventa, prenda y anticipación.

OPERACIONES DE BOLSA – Documentos – Publicación

En el marco de tal ejercicio de autorregulación que implica la expedición de sus propios reglamentos, las bolsas de productos tienen la posibilidad de definir distintas modalidades para llevar a cabo las negociaciones de los productos, establecer sus requisitos, procedimientos e incluso determinar documentación que deberá ser producida en el marco de las operaciones que se lleven a cabo. Tal documentación relativa a la ocurrencia de las operaciones bursátiles, regulada por los reglamentos de las respectivas bolsas, es a la que se refiere el artículo 2.2.1.1.1.7.1 del Decreto 1082 de 2015.

Compartido por:

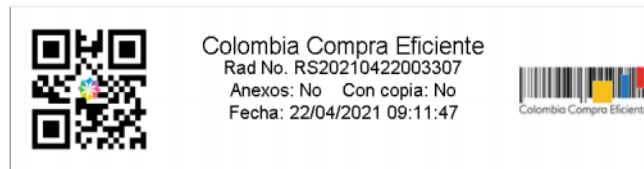


[...]

Conforme a lo anterior, la excepción que hace el artículo 2.2.1.1.1.7.1 del Decreto 1082 de 2015 al deber de publicar en el SECOP los documentos en los que se refleja la actividad contractual de las entidades estatales, se refiere a este tipo de documentos, que se relacionan directamente con las operaciones bursátiles que celebra el comisionista para la adquisición, dentro de la respectiva bolsa, de los bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización que le han sido encargados por la entidad estatal. Estos documentos, al ser expedidos en el marco del funcionamiento de la bolsa, y de acuerdo con la reglamentación expedida por esta, están exceptuados de la publicación en el SECOP por el reglamento.



Compartido por:



Señor

Marlon Fabian Martínez Rojas

Bucaramanga, Santander

Concepto C – 068 de 2021

Temas: PRINCIPIO DE PUBLICIDAD – Noción – Acceso a la información pública / BOLSA DE PRODUCTOS – Noción – Procedencia / BOLSA DE PRODUCTOS – Publicación en SECOP

Radicación: Respuesta consulta # P20210309001963

Estimado señor Martínez Rojas:

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 9 de febrero de 2021, en ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 5 del artículo 3 y por el numeral 8 del artículo 11 del Decreto 4170 de 2011.

1. Problemas planteados

En el contexto de la adquisición de bienes mediante el mecanismo de bolsa de productos, concretamente, en lo referente a la publicidad de las actuaciones contractuales en este procedimiento, usted realiza las siguientes preguntas: i) [...] la forma en que se deben cargar las cuentas de cobro en el Secop II, dado que el único contrato que existe es entre la entidad y el comisionista, pero no con el comitente vendedor, en ese sentido ¿se deben cargar también las cuentas de lo que se pague al comitente vendedor?» y ii) «De ser positiva la respuesta al anterior interrogante ¿en que (sic) sección de la plataforma se deberían cargar?»

2. Consideraciones

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente en el concepto con radicado No. 4201912000007253 del 4 de diciembre de 2019, reiterado en el concepto con radicado No. 4201912000007289 de la misma fecha, así como en el C-336 del 2 de junio de 2020, estudió la publicidad de los procedimientos contractuales en el SECOP I y SECOP II, posiciones que fueron unificadas en el concepto de unificación CU-367 del 23 de julio de 2020; además, en el concepto C-455 del 31 de julio de 2020 estudió la publicidad de los procedimientos contractuales tratándose de operaciones en bolsas de productos. Algunos de los argumentos expuestos se reiteran a continuación.

La contratación pública comprende, entre otros aspectos, la toma de decisiones del gasto que las entidades realizan como ejecución de los recursos públicos asignados para adquirir bienes, obras o servicios que satisfacen sus necesidades, y en esa medida cumplen el interés general, que es la finalidad que la ley les confía a través de las funciones que se les encomiendan.

En ese sentido, teniendo en cuenta que mediante los procedimientos contractuales las entidades ejecutan recursos públicos y satisfacen el interés general, la normativa del sistema de compra pública –Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007 y Decreto 1082 de 2015–, contiene los principios y procedimientos que rigen los contratos de las entidades estatales. Específicamente, el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –Ley 80 de 1993– se dirige a las entidades estatales que están relacionadas en su artículo 2¹, con lo cual se puede determinar quiénes deben cumplir los principios y obligaciones señalados en las normas citadas.

El artículo 23 de la Ley 80 de 1993 regula los principios que rigen las actuaciones dentro de los procedimientos contractuales que adelantan las entidades², y destaca el

¹ Ley 80 de 1993: «Artículo 2. De la definición de entidades, servidores y servicios públicos. Para los solos efectos de esta ley:

»1. Se denominan entidades estatales:

»a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.

»b) El Senado de la República, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, distritales y municipales, la Procuraduría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil, los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, las unidades administrativas especiales y, en general, los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos».

² Ley 80 de 1993: «Artículo 23. De los principios en las actuaciones contractuales de las entidades estatales. Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de

principio de transparencia, desarrollado por el artículo 24, que contiene las reglas que permiten a los interesados conocer las actuaciones contractuales, que son públicas para poder controvertirlas a través de observaciones, por lo que se conforma un expediente y se expiden copias, de acuerdo con lo dispuesto por la norma³. De esta manera, las entidades estatales deben publicar las actuaciones de los procedimientos contractuales en el medio definido en el Estado para tal fin.

Para resolver su consulta relacionada con la publicidad en el SECOP se analizarán los siguientes temas: i) marco normativo del principio de publicidad y acceso a la información pública y ii) publicidad en las operaciones de las bolsas de productos.

2.1. Principio de publicidad y acceso a la información pública

Para la Corte Constitucional el principio de publicidad es la garantía de las personas de conocer las actuaciones judiciales y administrativas y con base en ese conocimiento tener la posibilidad de exigir que se realicen 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 ley⁴.

conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo».

³ Ley 80 de 1993: «Artículo 24. Del principio de transparencia. En virtud de este principio: [...]

»2. En los procesos contractuales los interesados tendrán oportunidad de conocer y controvertir los informes, conceptos y decisiones que se rindan o adopten, para lo cual se establecerán etapas que permitan el conocimiento de dichas actuaciones y otorguen la posibilidad de expresar observaciones.

»3. Las actuaciones de las autoridades serán públicas y los expedientes que las contengan estarán abiertos al público, permitiendo en el caso de licitación el ejercicio del derecho de que trata el artículo 273 de la Constitución Política.

»4. Las autoridades expedirán a costa de aquellas personas que demuestren interés legítimo, copias de las actuaciones y propuestas recibidas, respetando la reserva de que gocen legalmente las patentes, procedimientos y privilegios. [...]».

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

El principio de publicidad impone a las autoridades administrativas el deber de dar a conocer sus actos, contratos y decisiones, para que se divulguen y eventualmente se controlen las actuaciones. El literal c) del artículo 3 de la Ley 1150 de 2007 establece que el Sistema Electrónico para la Contratación Pública –SECOP– «contará con la información oficial de la contratación realizada con dineros públicos, para lo cual establecerá los patrones a que haya lugar y se encargará de su difusión a través de canales electrónicos»⁵.

De otra parte, la Ley 1712 de 2014, por medio de la cual se regula la transparencia el 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»⁶. El principio de transparencia en la información alude al deber de los sujetos de proporcionar y facilitar el acceso a la misma en los términos más amplios posibles, y a través de los medios y procedimientos que establezca la ley.

La ley citada establece, en el literal e) del artículo 9, que los sujetos obligados, que son todas las entidades públicas⁷, deben publicar la información relativa a su contratación. Esta obligación fue en principio desarrollada por el Decreto 103 de 2015, hoy compilado en

⁵ 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».

⁶ 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».

⁷ Ley 1712 de 2014: «Artículo 5. Ámbito de aplicación. Las disposiciones de esta ley serán aplicables a las siguientes personas en calidad de sujetos obligados:

»a) Toda entidad pública, incluyendo las pertenecientes a todas las Ramas del Poder Público, en todos los niveles de la estructura estatal, central o descentralizada por servicios o territorialmente, en los órdenes nacional, departamental, municipal y distrital». Obsérvese que este artículo no efectúa distinción alguna sobre el régimen jurídico aplicable a los sujetos obligados.

el Decreto Único Reglamentario 1081 de 2015⁸, 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 interés⁹.

El deber de publicidad de los documentos expedidos en virtud de la actividad contractual que se desprende del artículo 3 de la Ley 1150 de 2007, se encuentra regulado por el artículo 2.2.1.1.1.7.1. del Decreto 1082 de 2015 el cual establece los documentos que se deben publicar y al SECOP como medio de publicación¹⁰, lo que permite controlar las actuaciones y decisiones de la Administración y el cumplimiento de los demás principios de la contratación pública. Así lo confirma el Consejo de Estado, analizando el principio de publicidad:

En virtud del principio de publicidad: las autoridades deben dar a conocer sus actuaciones y decisiones mediante las comunicaciones, notificaciones o

⁸ «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]».

⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-274 de 9 de mayo de 2013. M.P. María Victoria Calle Correa.

¹⁰ Decreto 1082 de 2015: «Artículo 2.2.1.1.1.7.1. Publicidad en el SECOP. La Entidad Estatal está obligada a publicar en el SECOP los Documentos del Proceso y los actos administrativos del Proceso de Contratación, dentro de los tres (3) días siguientes a su expedición. La oferta que debe ser publicada es la del adjudicatario del Proceso de Contratación. Los documentos de las operaciones que se realicen en bolsa de productos no tienen que ser publicados en el SECOP.

»La Entidad Estatal está obligada a publicar oportunamente el aviso de convocatoria o la invitación en los Procesos de Contratación de mínima cuantía y el proyecto de pliegos de condiciones en el SECOP para que los interesados en el Proceso de Contratación puedan presentar observaciones o solicitar aclaraciones en el término previsto para el efecto en el artículo 2.2.1.1.2.1.4 del presente decreto».

publicaciones que ordena la ley, con el propósito de que sean vinculantes y puedan ser acatadas por sus destinatarios. Publicidad significa anunciar, divulgar, difundir, informar y revelar las decisiones y su motivación para hacerlas saber a quiénes va dirigida, de manera que puedan ser obligatorias, controvertibles y controlables.

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

Este principio-deber también se traduce en el correlativo derecho de los interesados de enterarse de esas actuaciones de la administración, pedir por parte de quien demuestre un interés legítimo información y solicitar las copias de los documentos que la integran, con sujeción a la reserva de ley (art. 23 y 74 de la C.P., No. 4 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, entre otros)¹¹.

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

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

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

¹¹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 14 de diciembre de 2007. Exp. 24.715. C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

contractuales es materializar el derecho a conocer e intervenir de las decisiones de la Administración Pública.

2.2. Publicidad en las operaciones en bolsas de productos

Las compras en bolsa de productos son un mecanismo contemplado en el numeral 2 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, en el marco de la modalidad de selección abreviada, para la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización por parte de las entidades estatales¹².

La adquisición de bienes mediante el mecanismo de bolsa de productos se encuentra regulada por el Decreto 2555 de 2010 y los artículos 2.2.1.2.1.2.11 a 2.2.1.2.1.2.19 del Decreto 1082 de 2015. Esta hace posible que vendedores y compradores concurren en un mercado organizado donde se negocian de forma dinámica bienes y servicios, a través de procesos de subasta pública, a viva voz o en línea, en un ambiente transparente y altamente competitivo¹³. Los productos se negocian con base en una descripción detallada de los mismos, de acuerdo con una reglamentación que permite que los participantes estén en igualdad de oportunidades y que el precio de los productos sea resultado de la competencia entre los ofrecimientos¹⁴.

La negociación por parte de la entidad se da a través de un comisionista, el cual debe ser contratado por la entidad de conformidad con el procedimiento y reglas de la

¹² Ley 1150 de 2007 «Artículo 2º. *De las modalidades de selección*. La escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa, con base en las siguientes reglas:

[...]

»2. Selección abreviada. La Selección abreviada corresponde a la modalidad de selección objetiva prevista para aquellos casos en que por las características del objeto a contratar, las circunstancias de la contratación o la cuantía o destinación del bien, obra o servicio, puedan adelantarse procesos simplificados para garantizar la eficiencia de la gestión contractual. El Gobierno Nacional reglamentará la materia.

»Serán causales de selección abreviada las siguientes:

»a) La adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización por parte de las entidades, que corresponden a aquellos que poseen las mismas especificaciones técnicas, con independencia de su diseño o de sus características descriptivas, y comparten patrones de desempeño y calidad objetivamente definidos.

»Para la adquisición de estos bienes y servicios las entidades deberán, siempre que el reglamento así lo señale, hacer uso de procedimientos de subasta inversa o de instrumentos de compra por catálogo derivados de la celebración de acuerdos marco de precios o de procedimientos de adquisición en bolsas de productos; [...]».

¹³ DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal. Tercera edición. Bogotá: Legis, 2016. p. 469.

¹⁴ *Ibídem*.

respectiva bolsa de productos¹⁵. A su vez, la calidad de los productos negociados y la liquidación de las operaciones celebradas debe estar respaldada por garantías¹⁶.

De conformidad con el artículo 2.2.1.2.1.2.12 del Decreto 1082 de 2015, modificado por el artículo 2 del Decreto 310 del 25 de marzo de 2021, cuando *no* exista un acuerdo marco de precios el adelantamiento de una compra mediante el mecanismo de bolsa de productos, requiere que las entidades realicen un estudio comparativo en el que determinen las ventajas de utilizar el mecanismo, frente a la posibilidad de acudir a la subasta inversa o a la posibilidad de promover un nuevo acuerdo marco de precios, análisis en que se deberá considerar el proceso de selección del comisionista, los costos asociados a la selección, el valor de la comisión y de las garantías. La disposición indicada además expresa que este estudio debe señalar la forma en que la entidad estatal garantiza los principios y objetivos del sistema de compras, contratación pública, los postulados de la función administrativa y de la gestión fiscal. De otro lado, expresamente se establece en el inciso segundo de la norma analizada que: «[...] este estudio deberá consignarse expresamente en los documentos del Proceso de Selección y se deberá garantizar su oportuna publicidad a través del SECOP».

No obstante, los incisos tercero y cuarto de la disposición analizada también permiten a las entidades estatales acudir a las bolsas de productos cuando a pesar de la existencia de un acuerdo marco de precios, mediante aquel mecanismo se obtengan precios inferiores, incluyendo los costos generados por concepto de comisionistas de bolsa y los gastos de operación indicados en el artículo 2.2.1.2.1.2.15. del Decreto 1082 de 2015 y no se desmejoren las condiciones técnicas y de calidad. Este análisis comparativo se debe realizar con el «promedio de los valores finales de las operaciones secundarias materializadas con ocasión de las órdenes de compra colocadas por las Entidades

¹⁵ Decreto 1082 de 2015 «Artículo 2.2.1.2.1.2.14. Selección del comisionista. La Entidad Estatal debe seleccionar al comisionista de acuerdo con el procedimiento interno aplicable en la bolsa de productos, el cual debe ser competitivo.

»La Entidad Estatal debe publicar el contrato suscrito con el comisionista seleccionado y sus modificaciones en el Secop».

¹⁶ Decreto 1082 de 2015 «Artículo 2.2.1.2.1.2.17. Garantía única a favor de la Entidad Estatal. Como requisito para la ejecución del contrato de comisión, el comisionista seleccionado debe constituir a favor de la entidad estatal comitente la garantía única de cumplimiento, en relación con el valor de la comisión que la Entidad Estatal pagará al comisionista por sus servicios.

»Artículo 2.2.1.2.1.2.18. Garantías de cumplimiento a favor del organismo de compensación de la bolsa de productos. La Entidad Estatal y el comitente vendedor deben constituir a favor del organismo de compensación de la bolsa de productos las garantías establecidas en su reglamento, para garantizar el cumplimiento de las negociaciones mediante las cuales la Entidad Estatal adquiere Bienes y Servicios de Características Técnicas Uniformes.

»Las Entidades Estatales pueden exigir al comitente vendedor garantías adicionales a las señaladas en el presente artículo, siempre y cuando resulten adecuadas y proporcionales al objeto a contratar y a su valor».

compradoras a través de la Tienda Virtual del Estado, administrada por la Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente- durante los últimos seis (6) meses»¹⁷.

De otro lado, desde una perspectiva general, en principio la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes a través del mecanismo de bolsa de productos, se encuentra sometido al deber de publicidad de las actuaciones contractuales de las entidades públicas establecido en el artículo 3 de la Ley 1150 de 2007 y regulado por el artículo 2.2.1.1.1.7.1 del Decreto 1082 de 2015, que obliga a publicar en SECOP la documentación que conforma el expediente del proceso de contratación.

¹⁷ El artículo 2.2.1.2.1.2.12. del Decreto 1082 de 2015, modificado por el artículo 2 del Decreto 310 del 25 de marzo de 2021 establece: «Planeación de una adquisición en la bolsa de productos. Cuando no exista un Acuerdo Marco de Precios para el bien o servicio requerido, las entidades estatales deben estudiar, comparar e identificar las ventajas de utilizar la bolsa de productos para la adquisición respectiva frente a la subasta inversa o a la promoción de un nuevo Acuerdo Marco de Precios con la Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente- para tales bienes o servicios, incluyendo el análisis del Proceso de Selección del comisionista, los costos asociados a la selección, el valor de la comisión y de las garantías.

»El estudio mencionado deberá dar cuenta de la forma en que la Entidad Estatal garantiza los principios y objetivos del sistema de compras, contratación pública, los postulados de la función administrativa y de la gestión fiscal. Este estudio deberá consignarse expresamente en los documentos del Proceso de Selección y se deberá garantizar su oportuna publicidad a través del SECOP.

»Aún existiendo un Acuerdo Marco de Precios, las entidades estatales podrán acudir a las bolsas de productos, siempre que a través de este mecanismo se obtengan precios inferiores al promedio de los valores finales de las operaciones secundarias materializadas con ocasión de las órdenes de compra colocadas por las Entidades compradoras a través de la Tienda Virtual del Estado, administrada por la Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente- durante los últimos seis (6) meses, incluyendo los costos generados por concepto de comisionistas de bolsa y gastos de operación de qué trata el artículo 2.2.1.2.1.2.1.5 del presente Decreto, valores que deberán ser verificados por el respectivo ordenador del gasto en el último boletín de precios que, para el efecto, expida el órgano rector de la contratación estatal.

»Estas adquisiciones, no podrán desmejorar las condiciones técnicas y de calidad definidas para los bienes y servicios que conforman los catálogos de los acuerdos marco de precios de la Agencia Nacional de Contratación Pública como ente rector en la materia o quien haga sus veces.

»Parágrafo 1. La Agencia Nacional de contratación Pública - Colombia Compra Eficiente, a través de la circular de que trata el numeral 2 del parágrafo 1 del artículo 2.2.1.2.1.2.7. del presente Decreto definirá los lineamientos generales, así como los criterios objetivos y medibles a los cuales deberán sujetarse las entidades estatales para la adquisición de bienes o servicios de características técnicas uniformes a través de Bolsas de Productos, independientemente de que exista o no un Acuerdo Marco de Precios vigente.

»Parágrafo 2. Para los efectos de este Decreto, entiéndase por Bolsa de Productos, las sociedades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia y definidas en el artículo 2.11.1.1.1 del Decreto 2555 de 2010 o la norma que la modifique, adicione o sustituya.

»Parágrafo 3. Lo previsto en el parágrafo 1 de este artículo no será aplicable a las Entidades Estatales de la Rama Ejecutiva del Poder Público del orden nacional, obligadas a aplicar la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, o las normas que las modifiquen, aclaren, adicione o sustituyan, las cuales en todo caso están obligadas a adquirir Bienes y Servicios de Características Técnicas Uniformes a través de los Acuerdos Marco de Precios vigentes estructurados por la Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente».

Sin embargo, en lo relativo a la publicación de las compras realizadas a través del mecanismo de bolsa de productos, el artículo 2.2.1.1.1.7.1 del Decreto 1082 de 2015 exceptúa el cumplimiento de esta obligación al disponer que «[...] Los documentos de las operaciones que se realicen en bolsa de productos no tienen que ser publicados en el Secop». Conforme a dicha disposición, los documentos en donde consten las operaciones realizadas en la bolsa de productos a órdenes de una entidad estatal no deben publicarse en el SECOP.

Ahora bien, para determinar el alcance de tal excepción al deber de publicidad de la actividad contractual, es necesario precisar a qué se refiere el artículo 2.2.1.1.1.7.1 del Decreto 1082 de 2015 al mencionar las «los documentos de las operaciones que se realicen en bolsa de productos». En primera medida, el término *operación* alude a interacciones entre los inversores, emisores de títulos y vendedores de bienes que tienen lugar dentro de una bolsa de productos. En esa línea encontramos que, en el concepto de operaciones de bolsa «pueden incluirse una larga serie de actos económicos, que tengan por lo menos para uno de los contratantes, el fin directo o indirecto de obtener ventajas de las variaciones del curso de los valores o de los precios de las mercaderías en relación al tiempo»¹⁸.

Las operaciones a la vez pueden ser de distinto carácter dependiendo del objeto de la misma, así pues, respecto de los valores públicos y privados pueden hacerse emisiones públicas y privadas, operaciones de conversión y de amortización, operaciones de compraventa, operaciones de prenda entre otras; mientras que respecto de los productos pueden hacerse operaciones de compraventa, prenda y anticipación¹⁹.

En ese orden, el contexto y normativa en el que se ubica el artículo 2.2.1.1.1.7.1 del Decreto 1082 de 2015, conduce a interpretar que las operaciones a las que se refiere la norma son operaciones de compraventa de productos, específicamente para la compra de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización, única finalidad para la que se contempla el mecanismo de bolsa de productos en el EGCAP, a las que pueden acceder las entidades estatales en los términos analizados previamente.

La adquisición de estos bienes, sin perjuicio de la aplicación de los artículos 2.2.1.2.1.2.11²⁰ a 2.2.1.2.1.2.19 del Decreto 1082 de 2015 en lo pertinente, se rigen principalmente por el Decreto 2555 de 2010 y los reglamentos internos de las bolsas de

¹⁸ PIAGGIO, H. Las operaciones de Bolsa. Revista de la Facultad de Derecho. Pontificia Universidad Católica del Perú, No. 2, 1945, pp. 37-43. Recuperado en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/6348/6396>

¹⁹ *Ibídem*

²⁰ Decreto 1082 de 2015 «Artículo 2.2.1.2.1.2.11. *Régimen aplicable*. Además de lo previsto en el Decreto 2555 de 2010 y las normas que lo modifiquen, aclaren, adicionen o sustituyan y los reglamentos internos de las bolsas de productos, las siguientes disposiciones son aplicables a la adquisición de Bienes y Servicios de Características Técnicas Uniformes en bolsas de productos».

productos en las que se lleven a cabo las operaciones. El Decreto 2555 de 2010, mediante el artículo 2.11.1.1.5, habilita a las bolsas de productos para expedir sus reglamentos, estableciendo que estos deberán regular la organización, administración, funcionamiento, así como las operaciones y actividades que se realicen por conducto de los mercados que administre la correspondiente bolsa²¹.

En el marco de tal ejercicio de autorregulación que implica la expedición de sus propios reglamentos, las bolsas de productos tienen la posibilidad de definir distintas modalidades para llevar a cabo las negociaciones de los productos, establecer sus requisitos, procedimientos e incluso determinar documentación que deberá ser producida en el marco de las operaciones que se lleven a cabo. Tal documentación relativa a la ocurrencia de las operaciones bursátiles, regulada por los reglamentos de las respectivas bolsas, es a la que se refiere el artículo 2.2.1.1.1.7.1 del Decreto 1082 de 2015.

Un ejemplo de estos documentos lo encontramos en el Reglamento de la Bolsa Mercantil de Colombia, aprobado por Resolución No. 2023 de 2008 de la Superintendencia Financiera de Colombia, que en el marco de la regulación de las generalidades de los escenarios de negociación en rueda de viva voz, en el artículo 3.2.2.1.8, alude la necesidad de dejar constancia de las operaciones realizadas a través de la bolsa en «un documento idóneo, suscrito por las sociedades comisionistas miembros de la Bolsa que lo celebren y por un representante de la Bolsa debidamente facultado para tal efecto», documento que titula comprobante de transacción²². Otro ejemplo se encuentra en el artículo 3.2.2.4.4. del

²¹ Decreto 2555 de 2010 «Artículo 2.11.1.1.5. Reglamentos generales de las bolsas.

»Las bolsas de bienes y productos agropecuarios, agroindustriales o de otros *commodities* deberán contar con reglamentos que rijan su organización, administración, funcionamiento, así como las operaciones y actividades que se realicen por conducto de los mercados que administren.

»Las bolsas de bienes y productos agropecuarios, agroindustriales o de otros *commodities* que administren sistemas de registro de operaciones, deberán establecer las normas que regulen la organización, administración y funcionamiento de dichos sistemas.

»Estos reglamentos y sus modificaciones deberán ser aprobados por la junta directiva y autorizados por la Superintendencia Financiera de Colombia.

»Parágrafo 1°. Cuando se trate de las subastas y los servicios a cargo del gestor del mercado de gas natural realizados en desarrollo de la regulación establecida por la Comisión de Regulación de Energía y Gas Combustible (CREG) respecto del funcionamiento del mercado mayorista de gas combustible, no será necesario que las bolsas de bienes y productos agropecuarios, agroindustriales o de otros *commodities* tengan reglamentos autorizados por la Superintendencia Financiera de Colombia».

²² Reglamento Bolsa Mercantil de Colombia, aprobado por la Resolución No. 2023 de 2008 de la Superintendencia Financiera de Colombia. «Artículo 3.2.2.1.8.- Comprobantes de transacción. Aprobado por Resolución No. 2023 de 2008 de la Superintendencia Financiera de Colombia. De las operaciones realizadas a través de la Bolsa se dejará constancia en un documento idóneo, suscrito por las sociedades comisionistas miembros de la Bolsa que lo celebren y por un representante de la Bolsa debidamente facultado para tal efecto.

»Los comprobantes deberán expresar al menos el activo, la calidad y cantidad del objeto de la operación, su precio, lugar y plazo de entrega, y la comisión cobrada. El documento original se le entregará a las sociedades comisionistas miembros de la Bolsa la copia del original será conservada por la Bolsa».

referido reglamento, que en dentro de la regulación de la metodología de subasta como mecanismo de negociación, establece la obligación de la Bolsa de elaborar «un Instructivo Operativo que recoja las condiciones, aspectos operativos, criterios de adjudicación en forma clara y completa y los demás que correspondan según el tipo de subasta que se requiera adelantar».

Conforme a lo anterior, la excepción que hace el artículo 2.2.1.1.1.7.1 del Decreto 1082 de 2015 al deber de publicar en el SECOP los documentos en los que se refleja la actividad contractual de las entidades estatales, se refiere a este tipo de documentos, que se relacionan directamente con las operaciones bursátiles que celebra el comisionista para la adquisición, dentro de la respectiva bolsa, de los bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización que le han sido encargados por la entidad estatal. Estos documentos, al ser expedidos en el marco del funcionamiento de la bolsa, y de acuerdo con la reglamentación expedida por esta, están exceptuados de la publicación en el SECOP por el reglamento.

De otra parte, el artículo 2.2.1.2.1.2.14 del Decreto 1082 de 2015 establece que, sin perjuicio de que la selección del comisionista deba surtir conforme a las reglas y procedimientos internos de la correspondiente bolsa, la entidad estatal debe publicar el contrato suscrito con el comisionista y sus modificaciones en el SECOP. Además, como se expresó con anterioridad, de acuerdo con lo establecido en el inciso segundo del artículo 2.2.1.2.1.2.12., modificado por el artículo 2 del Decreto 310 del 25 de marzo de 2021, la entidad estatal debe publicar en el SECOP el estudio donde se comparan e identifican las ventajas de utilizar la bolsa de productos. En ese orden, a pesar de que el artículo 2.2.1.1.1.7.1 del Decreto 1082 de 2015, dispone que los documentos de las operaciones realizadas en bolsa de productos no deben ser publicados en el SECOP, el artículo 2.2.1.2.1.2.14 prescribe que deberá publicarse el contrato suscrito con el comisionista y sus modificaciones, además del estudio o análisis de que trata el artículo 2.2.1.2.1.2.12. del Decreto 1082 de 2015, por lo que las entidades deberán realizar la publicación de estos documentos.

3. Respuesta

i) [...] la forma en que se deben cargar las cuentas de cobro en el Secop II, dado que el único contrato que existe es entre la entidad y el comisionista, pero no con el comitente vendedor, en ese sentido ¿se deben cargar también las cuentas de lo que se pague al comitente vendedor?»

De acuerdo con las consideraciones desarrolladas en este concepto, las entidades públicas sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, de acuerdo con la parte final del inciso primero del artículo 2.2.1.1.1.7.1, así como según lo dispuesto en los artículos 2.2.1.2.1.2.14 y 2.2.1.2.1.2.12. –inciso segundo– del Decreto 1082 de 2015,

Compartido por:



en relación con las adquisiciones de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización a través del mecanismo de bolsa de productos, solo están obligadas a publicar en SECOP el contrato suscrito con el comisionista y sus modificaciones, además del estudio de que trata el artículo 2.2.1.2.1.2.12. del Decreto 1082 de 2015, en los términos analizados en las consideraciones.

iii) «De ser positiva la respuesta al anterior interrogante ¿en que (sic) sección de la plataforma se deberían cargar?»

La respuesta a esta pregunta, por sustracción de materia, se subsume a la respuesta dada a la primera pregunta.

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

Atentamente,

Original Firmado
Jorge Augusto Tirado Navarro

JORGE AUGUSTO TIRADO NAVARRO
SUBDIRECTOR DE GESTIÓN CONTRACTUAL

Elaboró:	Carlos Mario Castrillón Endo Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual
Revisó:	Sebastián Ramírez Grisales Gestor T1-15 Subdirección de Gestión Contractual
Aprobó:	Jorge Augusto Tirado Navarro Subdirector de Gestión Contractual