**CCE-DES-FM-17**

**ENTIDADES CON RÉGIMEN ESPECIAL – Reglas aplicables**

El régimen de derecho privado que, por regla general, caracteriza a los regímenes especiales no significa que dejen de existir elementos de derecho público que tienen como fin último garantizar que los regímenes especiales de contratación también se ordenen hacia la consecución de los fines del Estado. Estos elementos de derecho público encuentran su manifestación tanto en forma de reglas como de principios. En relación con este segundo tipo, esto es, principios de derecho público aplicables a regímenes especiales de contratación, la norma por antonomasia es el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007[…].

**EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO – Régimen jurídico – Reglas aplicables**

Las Empresas Sociales del Estado – ESE son entidades públicas que, conforme al artículo 194 de la Ley 100 de 1993, son de categoría especial, descentralizada por servicios, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa. A través de ellas la Nación o las entidades territoriales prestan el servicio de salud de manera directa, es decir, las Empresas Sociales del Estado son, esencialmente, los hospitales públicos. El Consejo de Estado, sobre la naturaleza jurídica de estas entidades, precisó: […] Se tiene que las empresas sociales del Estado, es decir, los hospitales públicos a que se refiere la ley 100 de 1993, son entidades descentralizadas por servicios, de naturaleza jurídica especial, es decir, son entidades estatales que pertenecen a la estructura de la rama ejecutiva del poder público, porque así lo disponen los arts. 38 y 68 de la ley 489 de 1998 […]. De la cita precedente se puede concluir entonces que, las Empresas Sociales del Estado son una categoría especial de entidades públicas que hacen parte de la estructura de la Rama Ejecutiva del poder público. En este mismo sentido, el artículo 38 de la Ley 489 de 1998, en el que se consagran los organismos y entidades que integran la rama ejecutiva del poder público, dispuso en el literal d) del numeral 2 que las Empresas Sociales del Estado hacen parte del sector descentralizado por servicios de esta rama del poder público.

**PUBLICIDAD SECOP – Obligatoriedad – Entidades exceptuadas**

Se concluye entonces que no puede entenderse que con la expedición del auto del Consejo de Estado del 25 de febrero de 2021 las entidades exceptuadas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública o que cuentan con un régimen contractual especial quedaron eximidas de la obligación de publicar en el SECOP la información oficial de la contratación que realicen con recursos públicos. Primero, porque precisamente dicho auto indica que el artículo 3, literal c), de la Ley 1150 de 2007 también les resulta aplicable a dichas entidades, independientemente de su régimen contractual. Segundo, porque estas deben garantizar los principios de publicidad y transparencia, previstos en los artículos 209 y 74 de la Constitución Política. Tercero, porque 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 a los que se refiere el literal e), del artículo 9 y el literal g), del artículo 11, de la Ley 1712 de 2014, como 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–. Cuarto, porque, el auto del 25 de febrero de 2021 no suspende todo el contenido de las circulares No. 1 del 21 de junio de 2013 y No. 20 del 27 de agosto de 2015, sino solo las expresiones que utilizan la frase «actividad contractual», quedando vigente lo demás –que continúa estableciendo el referido deber–. Quinto, porque el imperativo de publicar en el SECOP la información oficial de la contratación se desprende además de las circulares No. 23 del 16 de marzo de 2017 y No. 007 de 2020, así como de la Circular Externa Única –actualizada el 16 de abril de 2019–, las cuales se encuentran vigentes.

**DELEGACIÓN – Competencia para contratar – Régimen especial**

La competencia contractual de las entidades está radicada, conforme lo dispone el artículo 11 del Estatuto General de Contratación, en los jefes o representantes legales de las entidades públicas. Sin embargo, de conformidad con la Ley 80 de 1993, 489 de 1998 y 1150 de 2007, esta competencia puede delegarse, mediante acto administrativo como una técnica de gestión para el mejor funcionamiento de la administración pública, y el delegante deberá ejercer vigilancia, control y orientación del delegatario respecto de la función delegada. Conforme a lo anterior, la materia está regulada por las normas especiales del Estatuto General en lo que respecta a la realización de procedimientos de selección y la realización de contratos, esto sin perjuicio de la aplicación del régimen general de delegación de la Ley 489 de 1993 para las demás actuaciones.

Texto

Descripción generada automáticamente con confianza media

Bogotá D.C., 13 Septiembre 2021

Señor

**Uriel Quintero Lobo**

Cúcuta, Norte de Santander

**Concepto C – 484 de 2021**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:** | ENTIDADES CON RÉGIMEN ESPECIAL – Reglas aplicables / EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO – Régimen jurídico – Reglas aplicables / PUBLICIDAD SECOP – Obligatoriedad – Entidades Exceptuadas / DELEGACIÓN – Competencia para contratar – Régimen especial / |
| **Radicación:** | Respuesta a consultas P20210729006649 y P20210804006859 –Acumuladas– |

Estimado señor Quintero Lobo:

En ejercicio de la competencia otorgada por los artículos 11, numeral 8º, y 3º, numeral 5º, del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública − Colombia Compra Eficiente responde sus consultas de 29 de julio y 4 de agosto de 2021.

1. **Problemas planteados**

Usted realizó las siguientes preguntas:

«i) Caducidad de términos Para liquidar contratos en empresas sociales del estado “ESES” deben ajustarse a la siguiente sentencia *Radicación: 05001-23-33-000-2018-00342-01(62009).*?.

ii) Las ESES ostentan facultad para llevar a cabo liquidación UNILATERAL, en contratos de tracto sucesivo?, o deben ajustarse a la sentencia que se enuncia, destacando que las ESES, se amparan bajo la figura del manual de contratación interno *Radicación número: 25000-23-36-000-2013-00249-01(50890)*.

iii) Que acciones debe encaminar el contratista cuando se le notifica un Acto administrativo de Liquidación Unilateral, emitido por una ESE, en un contrato de tracto sucesivo, “suministros”, donde la entidad lo obliga a devolver recursos que la entidad no ha querido reconocerlos, y el contratista ostenta evidencia de que si suministro los elementos y artículos requeridos por quien fungía como supervisor “Certificación de Cumplimiento de actividades a cabalidad por parte del supervisor”. Denotando que el Acto Administrativo de Liquidación Unilateral se encuentra en firme.

iv) La Competencia Funcional para efectuar la liquidación de contratos en una entidad Estatal, es exclusiva del Nominador o Representante Legal de la entidad o en su defecto bajo la figura de delegación, a través del correspondiente Acto Administrativo de Delegación.

v) La Suspensión de términos Administrativos facultados bajo el Decreto 491 de 2020, art.6. Se Pregunta: Debe cada entidad territorial “EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO” expedir su propio acto administrativo que así lo justifique, como claramente se evidencia en el concepto (Concepto 191271 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública, Radicado No.: 20206000191271 Fecha: 22/05/2020 10:26:20 a.m. *“En el caso de* *considerar necesaria la suspensión de los términos, la entidad debió efectuarla mediante* *acto administrativo motivado y el sustento debió obedecer a razones del servicio o como* *consecuencia de la emergencia a causa del covid -19.”).*

*vi)* EN MATERIA DE PUBLICACION DE DOCUMENTOS DEL PROCESO CONTRATUAL LA Ley 1712 de 2014 y sus decretos reglamentarios aplican para las EMPRESAS SOCILAES DEL ESTADO para que publiquen todos los documentos que exige la Ley 1712 de 2014, y sus normar reglamentarias».

1. **Consideraciones**

De conformidad con la competencia consultiva otorgada por el numeral 5 del artículo 3 y el numeral 8 del artículo 11 del Decreto 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública está facultada para atender solicitudes relacionadas con temas contractuales, pero solo para «absolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general». Por tanto, la Agencia carece de atribuciones para resolver interrogantes sobre aplicación de jurisprudencia procesal y casos particulares o situaciones específicas.

Así las cosas, dado que la pregunta del numeral 1 se refiere a la aplicación de la jurisprudencia de naturaleza procesal, puesto que se refiere al cómputo del término de caducidad para demandar en ejercicio del medio de control de controversias contractuales, esta Subdirección carece de competencia para pronunciarse sobre el particular. La misma conclusión se alcanza respecto de las preguntas de los numerales 3 y 5 ya que, en relación con la primera, se pretende que esta entidad resuelva un caso particular, y la segunda, porque la pregunta tampoco se refiere a un tema contractual. Finalmente, conviene aclarar que para responder la pregunta 4, esta Subdirección hará abstracción de la pregunta sobre el caso concreto que se realizó en dicho numeral.

Para responder las preguntas planteadas, se analizarán los siguientes temas: i) regímenes especiales de contratación de Empresas Sociales del Estado, ii) definición de la liquidación del contrato estatal y su obligación en contratos celebrados por entidades exceptuadas del estatuto general de contratación de la Administración pública, iii) delegación en materia de contratación estatal, iv) fundamento axiológico de la publicidad de la información oficial de la contratación estatal en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública –SECOP–, v) efectos del auto del Consejo de Estado del 25 de febrero de 2021 sobre la publicación en el SECOP por parte de las entidades estatales con régimen especial de contratación y vi) documentos que deben publicar en el SECOP las entidades estatales que, por regla general, se rigen por el derecho privado en su actividad contractual. La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente en relación con los regímenes especiales de contratación, incluido el de las Empresas Sociales del Estado, esta Subdirección expidió los Conceptos del 24 de diciembre de 2019 –Radicado Nos. 4201913000007479 y 4201913000007831–, así como los conceptos C-027 del 13 de febrero de 2020, C-179 del 16 de marzo de 2020, C-362 del 03 de julio del año 2020, C-462 de 24 de julio de 2020 y C – 560 de 24 de agosto de 2020.

La Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente– unificó su doctrina sobre el deber de las entidades exceptuadas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –o con régimen especial– de publicar sus actuaciones contractuales en el SECOP, en el concepto CU-003 del 15 de enero de 2020. Este concepto se reiterará a continuación, porque, como se explicará, no es contrario al contenido del auto del Consejo de Estado del 25 de febrero de 2021, como se analizó en los conceptos C – 137 y C – 172 de 13 de abril de 2021, C – 222 de 19 de mayo de 2021 y C – 253 de 2 de junio de 2021.

Adicionalmente, para desarrollar el problema planteado, se explicará el deber de publicidad de la información contractual en el SECOP. La Agencia Nacional de Contratación Pública estudió este tema en la consulta No. 4201913000005397 del 9 de agosto de 2019 y reiteró la posición en los siguientes conceptos: 4201912000006611 del 25 de septiembre de 2019, 4201913000006847 del 4 de octubre de 2019, 4201912000007762 del 18 de noviembre de 2019 y 4201912000007828 del 13 de noviembre de 2019. Las tesis expuestas en los anteriores conceptos fueron unificadas en el concepto CU-003 del 15 de enero de 2020. Dicho concepto de unificación, fue reiterado en los conceptos C-116 del 18 de febrero de 2020, C-079 del 5 de febrero de 2020, C-061 del 3 de marzo de 2020, C-088 del 3 de marzo de 2020, C-072 del 4 de marzo de 2020, C-087 del 4 de marzo de 2020, C-147 del 17 de marzo de 2020, C-149 del 24 de marzo de 2020, C-158 del 3 de abril de 2020, C-265 del 3 de abril de 2020, C-176 del 6 de abril de 2020, C-264 del 7 de abril de 2020, C-270 del 15 de abril de 2020, C-271 del 22 de abril de 2020, C-009 del 27 de abril de 2020, C-011 del 27 de abril de 2020, C-272 del 27 de abril de 2020, C-015 del 29 de abril de 2020, C-312 del 6 de mayo de 2020, C-035 del 26 de mayo de 2020, C-346 del 26 de mayo de 2020, C-369 del 4 de junio de 2020, C-399 del 26 de junio de 2020, C-372 del 30 de junio de 2020, C-437 del 6 de julio de 2020,C-468 del 24 de julio de 2020, C-494 del 4 de agosto de 2020, C-449 del 5 de agosto de 2020, C-559 del 25 de agosto de 2020, C-562 del 25 de agosto de 2020, C-574 del 27 de agosto de 2020, C-680 de 18 de noviembre de 2020 y C-780 del 18 de enero de 2021. Finalmente, como consecuencia del auto del Consejo de Estado del 25 de febrero de 2021, al que alude el peticionario, se expidieron los conceptos C–094, C-137 y C-172, todos del 13 de abril de 2021 y C – 229 de 24 de mayo de 2021.

Igualmente, se pronunció sobre liquidación de contratos estatales en los conceptos 4201912000004971de 25 de septiembre de 2019, CU-028 de 25 de febrero de 2020, C−105 del 12 de marzo de 2020, C-221 de 21 de abril de 2020, C-479 del 27 de julio de 2020, C-542 del 31 de agosto de 2020, C-616 del 17 de septiembre de 2020, C−732 del 14 de diciembre de 2020, C-739 del 16 de diciembre de 2020, C – 078 de 17 de marzo de 2021, C-168 del 19 de abril de 2021 y C – 444 de 23 de julio de 2021. Finalmente, en relación con la delegación de la competencia para celebrar contratos estatales, esta Subdirección estudió el tema en los Conceptos 4201913000006371 del 31 de octubre de 2019, 420191300007747 del 29 de noviembre de2019, C−128 del 03 de marzo de2020, C−077 del 18 de marzo de 2020, C−180 del 13 de abril de2020, C−268 del 21 de abril de2020, C−448 del 28 de julio de 2020. Algunos de los argumentos expuestos se reiteran a continuación.

**2.1. Régimen contractual de las Empresas Sociales del Estado – ESE**

Las Empresas Sociales del Estado – ESE son entidades públicas que, conforme al artículo 194 de la Ley 100 de 1993, son de categoría especial, descentralizada por servicios, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa[[1]](#footnote-1). A través de ellas la Nación o las entidades territoriales prestan el servicio de salud de manera directa, es decir, las Empresas Sociales del Estado son, esencialmente, los hospitales públicos. El Consejo de Estado, sobre la naturaleza jurídica de estas entidades, precisó:

[…] Se tiene que las empresas sociales del Estado, es decir, los hospitales públicos a que se refiere la ley 100 de 1993, son entidades descentralizadas por servicios, de naturaleza jurídica especial, es decir, son entidades estatales que pertenecen a la estructura de la rama ejecutiva del poder público, porque así lo disponen los arts. 38 y 68 de la ley 489 de 1998 […][[2]](#footnote-2).

De la cita precedente se puede concluir entonces que, las Empresas Sociales del Estado son una categoría especial de entidades públicas que hacen parte de la estructura de la Rama Ejecutiva del poder público. En este mismo sentido, el artículo 38 de la Ley 489 de 1998, en el que se consagran los organismos y entidades que integran la rama ejecutiva del poder público, dispuso en el literal d) del numeral 2 que las Empresas Sociales del Estado hacen parte del sector descentralizado por servicios de esta rama del poder público.

Ahora, de conformidad con el numeral 6 del artículo 195 de la Ley 100 de 1993, el régimen de contratación de las Empresas Sociales del Estado – ESE es el de derecho privado, es decir, por las disposiciones contenidas en el Código de Comercio y el Código Civil aplicables en lo que resulten pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas por el derecho público. La norma referida prescribe que «En materia contractual se regirá por el derecho privado, pero podrá discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el estatuto general de contratación de la administración pública».

De acuerdo con esta norma, los contratos suscritos por Empresas Sociales del Estado se rigen por el derecho privado. Sin embargo, esto no implica la inobservancia de los principios de la función administrativa y la gestión fiscal, teniendo en cuenta que su objeto, conforme a la Sentencia C-555 de 2000, corresponde a la prestación del servicio de salud a cargo del Estado o como parte del servicio de seguridad social[[3]](#footnote-3). En esta misma línea, el artículo 83 de la Ley 489 de 1998, dispuso lo siguiente:

Artículo 83º.- Empresas sociales del Estado. Las empresas sociales del Estado, creadas por la Nación o por las entidades territoriales para la prestación en forma directa de servicios de salud, se sujetan al régimen previsto en la Ley 100 de 1993, la Ley 344 de 1996 y en la presente Ley en los aspectos no regulados por dichas leyes y a las normas que las complementen, sustituyan o adicionen.

En consecuencia, por mandato del legislador, el régimen jurídico de los contratos de las ESE es una de las excepciones legales existentes para la aplicación del Estatuto General de la Contratación Estatal, aspecto que permite que dichas empresas se sustraigan de las normas que regulan la actividad contractual de las entidades estatales a que hace referencia el artículo 2° de la Ley 80 de 1993. De todas maneras, la exclusión de que gozan las ESE, frente al régimen jurídico contractual general de las entidades estatales, no ha sido absoluta, toda vez que intervienen en la prestación de servicios de salud, como actores dentro de un servicio público bajo responsabilidad del Estado, en los términos del artículo 49 de la Constitución Política. Además, de tiempo atrás en el ordenamiento jurídico colombiano se reconoció que las entidades exceptuadas del Estatuto General de Contratación debían respetar los principios de la función administrativa, tesis que luego fue acogida por el legislador con la expedición de la Ley 1150 de 2007. Sobre el particular, el Consejo de Estado ha sostenido lo siguiente:

Siempre que esté de por medio la contratación estatal, con independencia de la normativa de prevalente aplicación al contrato, los servidores públicos responsables deben observar los principios de la Función Administrativa que establecen los artículos 209 y 210 de la Constitución Política , por lo tanto, el funcionario público no está en libertad de conceder y definir libremente el contrato, aunque se aplique el derecho privado, pues debe desarrollar en su actuar, precontractual y contractual, los principios que la Constitución Política le impone. Esta la razón por la cual el funcionario público tiene el deber de obrar con igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, en todas las etapas de la realización del contrato estatal, tanto antes de su celebración, en el momento de definir las necesidades y condiciones de la contratación y de elegir su contratista, así como en la ejecución y liquidación del contrato y éstos principios –se reitera- se deben aplicar y respetar aun cuando el contrato se rija por el derecho privado[[4]](#footnote-4)

De lo anterior se colige que en la actualidad los contratos celebrados por las ESE, en cumplimiento de su objeto social, están regidos, preferente, por las normas de derecho privado. No obstante, dicho régimen no es exclusivo y, por consiguiente, el margen de libertad de configuración de la actividad contractual no se rige de forma absoluta por el principio de la autonomía privada, en la medida en que también le resultan aplicables normas y principios del derecho público.

El régimen de derecho privado que, por regla general, caracteriza a los regímenes especiales no significa que dejen de existir elementos de derecho público que tienen como fin último garantizar que los regímenes especiales de contratación también se ordenen hacia la consecución de los fines del Estado. Estos elementos de derecho público encuentran su manifestación tanto en forma de reglas como de principios. En relación con este segundo tipo, esto es, principios de derecho público aplicables a regímenes especiales de contratación, la norma por antonomasia es el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, que preceptúa lo siguiente:

Artículo 13. Principios generales de la actividad contractual para entidades no sometidas al estatuto general de contratación de la administración pública.Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos [209](about:blank#209) y [267](about:blank#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.

Ahora bien, dentro de la estructura de la Administración pública se encuentran las entidades descentralizadas por servicios, y dentro de dicha categoría se ubican las empresas sociales del Estado, las cuales tienen personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio.Estas entidades, de acuerdo con el artículo 83 de la Ley 489 de 1998, son «creadas por la Nación o por las entidades territoriales para la prestación en forma directa de servicios de salud». Su régimen jurídico lo conforman las Leyes 100 de 1993 y 344 de 1996, así como la Ley 489 de 1998 en relación con los asuntos no regulados en las dos leyes mencionadas.

En esta medida, las empresas sociales del Estado no están sometidas al EGCAP ni a las normas que lo reglamentan o complementan, pues, por disposición expresa, sus contratos se rigen por el derecho privado. Con todo, tales entidades deben tener en cuenta y aplicar los «principios generales de la actividad contractual para entidades no sometidas al estatuto general de contratación de la administración pública», consagrados en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, así como los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, contenidos, respectivamente, en los artículos 209 y 267 de la Constitución Política. Esta también ha sido la interpretación del Ministerio de la Protección Social, que en Concepto No. 201942301304712 de 2019, en reiteración de lo expuesto por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado[[5]](#footnote-5), explicó que «[…] el régimen de contratación de las Empresas Sociales del Estado, está sometido al derecho privado por disposición legal y la facultad discrecional de pactar las cláusulas excepcionales dota a las mentadas entidades de herramientas especiales para garantizar ciertos fines»[[6]](#footnote-6).

Al referirse al régimen contractual de las empresas sociales del Estado, la Sección Tercera del Consejo de Estado manifestó que «la entidad estatal debe observar en su actuación, precontractual y contractual, los principios que la Constitución Política le impone, en desarrollo de lo cual le asiste la obligación de obrar con igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, en todas las etapas de la realización del contrato estatal»[[7]](#footnote-7). De esta forma, aunque los contratos suscritos por las empresas sociales del Estado están excluidos del EGCAP, lo cierto es que no se rigen exclusivamente por el derecho civil y comercial, pues, conforme al artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, a estos les aplican tanto los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, así como el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, temáticas tratadas y reguladas en el referido estatuto.

**2.2. Liquidación unilateral de contratos por entidades exceptuadas del estatuto general de contratación de la Administración pública**

La liquidación del contrato, según la jurisprudencia, es el ajuste de cuentas en el cual las partes hacen un balance económico, técnico y jurídico del cumplimiento de las obligaciones que tienen a su cargo. Así lo manifestó el Consejo de Estado en la sentencia del 20 de octubre de 2014, en la que consideró, por un lado, que *liquidar* supone un ajuste en relación con las cuentas y el estado de cumplimiento del contrato estatal y, por el otro, que la *liquidación* debe incluir el análisis de las condiciones de calidad y oportunidad en la entrega de los bienes, obras o servicios, así como el balance económico y el comportamiento financiero del negocio[[8]](#footnote-8). En tal sentido, considera que:

[…] liquidar supone un ajuste expreso y claro sobre las cuentas y el estado de cumplimiento de un contrato, de tal manera que conste el balance tanto técnico como económico de las obligaciones que estuvieron a cargo de las partes. En cuanto a lo primero, la liquidación debe incluir un análisis detallado de las condiciones de calidad y oportunidad en la entrega de los bienes, obras o servicios, y el balance económico dará cuenta del comportamiento financiero del negocio: recursos recibidos, pagos efectuados, estado del crédito o de la deuda de cada parte, entre otros detalles mínimos y necesarios para finiquitar una relación jurídica contractual[[9]](#footnote-9).

Las disposiciones legales que regulan la etapa de liquidación de los contratos estatales, celebrados por las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública son el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 217 del Decreto 019 de 2012, y el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007. El primero de estos preceptos se refiere al alcance sustantivo de la liquidación, mientras que el segundo contiene reglas procedimentales para su manejo.

Ahora, la identificación de las potestades excepciones o cláusulas exorbitantes ha variado de posición tanto en la jurisprudencia del Consejo de Estado como en la doctrina. Las primeras veces que el tema fue tratado por el alto tribunal, la posición fue que la liquidación unilateral era una exorbitancia. En la sentencia con radicado No. 4.303, del 13 de mayo de 1988, la Sección Tercera del Consejo de Estado, cuando aún se encontraba vigente el Decreto 222 de 1983, consideró que la liquidación unilateral tenía una doble connotación, como acto administrativo y como ejercicio de una potestad exorbitante, la providencia precisó:

Los contratos administrativos no se rigen en su integridad por las normas del Decreto 222 de 1983; el que gobierna, en principio, sólo aquellos aspectos expresamente señalados y que fuera de tocar con el régimen de su competencia y formalidades, ordinariamente tienen que ver con los poderes exorbitantes que la administración posee en el campo de la contratación pública (caducidad, terminación, modificación, interpretación, cláusula penal pecuniaria, sujeción a apropiaciones presupuestales garantías, renuncia a reclamación diplomática, liquidación unilateral, etc., etc.)[[10]](#footnote-10).

En el mismo sentido, la sentencia con radicado No. 10.703, del 18 de julio de 1997, Sección Tercera, citando la sentencia del 6 de junio de 1996, expediente 2.240, con ponencia del mismo consejero, dispuso que la exorbitancia supone el ejercicio de facultades unilaterales que la ley únicamente otorga a una de las partes del contrato: la entidad estatal, para que lo ejerza dentro de un determinado periodo. Es decir, la Administración ostenta, de manera temporal, la competencia para ejercer unilateralmente determinadas facultades que le son propias por su naturaleza de entidad estatal:

Así, tanto la doctrina como la jurisprudencia han aceptado que la exorbitancia se manifiesta dentro de la operación contractual mediante la expedición de decisiones administrativas unilaterales o actos administrativos que, como ya explicamos, tienen un tratamiento especial dentro del código administrativo. También ha dicho la doctrina que esos poderes pueden ejercerse desde la iniciación de la etapa precontractual hasta el vencimiento del contrato y que ellos encuentran su fundamento en la ley y en el contrato mismo.

En este orden de ideas, la jurisprudencia ha sido reiterada en el sentido de que la caducidad y en general las formas anormales de terminación unilateral en los contratos de tracto sucesivo, no podrán declararse después de su vencimiento. Vale decir, que con dicho vencimiento cesa el aludido poder exorbitante.

La sentencia con radicado No. 10.781 del 18 de noviembre de 1999, Sección Tercera, continuó la misma línea, y de esa forma estableció que el artículo 289 del Decreto Ley 222 de 1983, al disponer que «Si no hubiere acuerdo para liquidar un contrato, se tendrá por firme la liquidación presentada por la entidad contratante, la cual se expedirá mediante resolución motivada que estará sujeta a los recursos ordinarios por la vía gubernativa», suponía el ejercicio de un poder excepcional que se encontraba explícitamente otorgado por la norma vigente, en los siguientes términos:

En estas condiciones encuentra la Sala que la entidad demandada al liquidar unilateralmente el contrato procedió ajustándose a lo previsto en el artículo 289 del decreto Ley 222 de 1983, pues una vez se dio por terminado el contrato actuó legalmente haciendo uso de su poder excepcional, particularmente el otorgado por el inciso tercero de la norma y se limitó a recuperar las sumas que había invertido en la obra.

La sentencia con radicado No. 11001-03-26-000-2002-0012-01(22.195), del 4 de julio de 2002, Sección Tercera, produjo un cambio en la línea que venía proponiendo el Consejo de Estado. Dispuso que la liquidación unilateral, de la que es titular la Administración, por lo dispuesto por el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, no es un poder excepcional o privativo de la Administración. Esto en la medida que el ejercicio de dicha facultad únicamente supone finalizar el contrato teniendo en cuenta el desarrollo económico del mismo y los saldos existentes entre las partes, situación que por sí misma no es ejercicio de un poder excepcional de las entidades estatales, sino el simple ejercicio de una facultad necesaria para concluir los procesos de contratación ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo entre las partes:

La Administración, es cierto, cuenta con la facultad legal para liquidar el contrato por virtud de lo dispuesto en el artículo 60 de la ley 80 de 1993, pero debe recordarse que tal potestad suple la facultad que tienen las partes de hacerlo bilateralmente; de manera que no se trata de un poder excepcional o privativo de la administración. Ni siquiera en el evento de que lo fuera, estaríamos frente a una limitación respecto del futuro ejercicio de ese poder, pues la decisión de liquidar unilateralmente el contrato se traduce simplemente en la facultad de finiquitarlo totalmente, mediante la constatación del desarrollo económico del contrato y la determinación de los saldos a cargo o a favor de cada uno de los co contratantes[[11]](#footnote-11).

En la sentencia con radicado No. 73001-23-31-000-1999-9333-01(19.333), del 4 de julio de 2007, la Sección Tercera del Consejo de Estado planteó una tercera tesis sobre el tema, y por tanto una nueva posición. Explicó que en la liquidación unilateral podían existir varios tipos de actos, algunos de los cuales constituían el ejercicio de una facultad exorbitante y otros que, a pesar de ser una manifestación unilateral de la Administración, no surgían de una facultad excepcional.

De esta forma, los actos unilaterales que surgen como mera expresión del artículo 61 de Ley 80 de 1993[[12]](#footnote-12), en ejercicio de función administrativa, suponen el ejercicio de una facultad exorbitante, pues la decisión de la Administración de saldar cuentas unilateralmente, aun siendo parte de la relación contractual, es una facultad que escapa a la órbita de facultades o derechos que los particulares tienen en ese tipo de negocios jurídicos. Por su parte, los actos unilaterales que se sustentan en un acuerdo de las partes contratantes, o los que expresan una decisión de la Administración de reconocer o negar la existencia de obligaciones jurídicas como consecuencia de peticiones o reclamos del contratista, no constituyen el ejercicio de una prerrogativa propia y exclusiva de las entidades estatales, pues a pesar de constar en un acto administrativo no provienen de la voluntad exclusiva de la entidad estatal. De esta forma, de acuerdo con esta sentencia, el ejercicio de poderes, por ejemplo, la liquidación unilateral, no siempre se realiza con fundamento en el ejercicio de un poder exorbitante, sino que incluso la unilateralidad puede ser el ejercicio de un poder que no suponga una exorbitancia[[13]](#footnote-13).

Posteriormente, el 31 de agosto de 2006 el Consejo de Estado, Sección Tercera, en sentencia con radicado No. 25000-23-26-000-1991-07664-01(14.287), afirmó que la liquidación unilateral no era una facultad exorbitante de la Administración, en la medida en que, basándose en un criterio estructural, ni el Decreto-Ley 222 de 1983 ni la Ley 80 de 1993 le dieron está naturaleza. Sumado a lo anterior, la línea se fundamentó en jurisprudencia que había tomado la misma posición argumentando que los poderes unilaterales de la Administración tienen por finalidad la correcta ejecución del contrato, y por tanto aquellas facultades que a pesar de ser unilaterales no tienen este fin no podrían ser consideradas exorbitantes. Así pues, el hecho de que una facultad o poder sea unilateral no otorga por sí mismo la calidad de exorbitante[[14]](#footnote-14).

En sentencia con radicado No. 11001-03-26-000- 2009-00001-00(36.252), del 10 de junio de 2009, Sección Tercera, dispuso que la justicia arbitral no podían ejercer control de los actos administrativos en los que la Administración hiciera uso de las facultades excepcionales previstas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, dentro de los que no se incluyen los actos de liquidación unilateral. De esta forma, la Sala, con fundamento en la sentencia de constitucionalidad C-1436 de 2000, precisó que, con excepción de los actos proferidos en ejercicio de los poderes exorbitantes de que trata el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, todos los demás actos administrativos contractuales expedidos por las entidades públicas podrían someterse a la justicia arbitral[[15]](#footnote-15).

Reafirmando que la liquidación unilateral es un poder excepcional, las sentencias con radicado No. 05001-23-26-000-1990-00842-01(17.322) del 14 de abril de 2010; 25000-23-26-000-1992-07954-01(18.082) del 19 de octubre de 2011 y 05001-23-24-000-1995-01110-01 (21.483) del 18 de julio de 2012, de la Sección Tercera, determinaron que esta surge ante la imposibilidad de realizar una liquidación bilateral generando la necesidad de establecer mecanismos en favor de las entidades estatales para finiquitar procesos que son necesarios para culminar los procesos contractuales:

En éste último caso [liquidación de mutuo acuerdo], el esfuerzo que realizan puede frustrarse, es decir, no conducir a una liquidación de mutuo acuerdo, ya que las diferencias pueden ser tan profundas que impiden suscribir un documento que resuelva la situación. Cuando esto acontece, la ley contempla la posibilidad de que la administración liquide el contrato, es decir, que lo haga unilateralmente, asumiendo el poder excepcional de declarar el estado en que queda el negocio jurídico. (Énfasis fuera de texto)

Posteriormente, introduciendo diferencias, y contradicción, el Consejo de Estado en sentencia con radicado No. 52001-23-31-000-2003-00665-01(32.797), del 16 de marzo de 2015, Sección Tercera, Subsección C, se pronunció indicando que la liquidación unilateral del contrato es una facultad legal que no implica el ejercicio de una potestad exorbitante, pues no se encuentra en la lista que la Ley 80 de 1993 contempla como tal, es decir, que esta sentencia se basa en un criterio meramente de forma para definir si una cláusula es o no exorbitante:

En lo relativo a la competencia temporal de la administración para liquidar los contratos estatales, conforme a lo previsto en los artículos 60 y 61 de la Ley 80 de 1993 con la reforma introducida por la ley 446 de 1998, se tiene que una vez vencido el plazo contractual la administración dispone de 4 meses para efectuar la liquidación bilateral, en caso de no realizarse así tiene 2 meses más para hacerlo unilateralmente y en el evento en que así no lo hubiere hecho, podrá intentarla hasta antes de que transcurra el término de 2 años más para que opere la caducidad de la acción contractual. Y esto es así aún en el caso de los contratos interadministrativos, pues la liquidación unilateral del contrato es una facultad legal pero no de aquellas que implican el ejercicio de una potestad exorbitante ya que la Ley 80 de 1993 en ninguna parte la enlista como tal.

Sumado a lo anterior, en la sentencia con radicado No. 25000-23-26-000-2011-00143- 01(55836) del 24 de abril de 2017, Sección Tercera, Subsección C, al analizar si en un convenio interadministrativo una entidad estatal había extralimitado su competencia al liquidarlo de manera unilateral, determinó que dado que la liquidación unilateral no supone el ejercicio de un poder exorbitante, por no estar contenida en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, nada impide que las partes en un convenio interadministrativo pacten su ejercicio. Esto tendría como fundamento que la liquidación unilateral, al no ser una cláusula exorbitante, no estaría cubierta por la prohibición que contempla la Ley 80 de 1993 respecto de la imposibilidad que en los contratos o convenios interadministrativos se pacten cláusulas o estipulaciones excepcionales, y por tanto es viable que las entidades, en este tipo de acuerdos de voluntades –interadministrativos-, pacten la liquidación unilateral:

En cuanto al primer cargo afirma que el demandado no tenía la competencia para ordenar la liquidación unilateral al considerar que ésta es una potestad excepcional cuyo ejercicio se encuentra prohibido en los convenios interadministrativos.[…] En cuanto al primer cargo de nulidad, considera la Sala que no le asiste la razón al accionante cuando afirma que la liquidación unilateral comporta el ejercicio de una potestad excepcional al derecho común, pues tal como se señaló en líneas anteriores, si bien ésta es una facultad o potestad legal en cabeza de la administración, no es de aquellas que implican el ejercicio de una potestad excepcional por no estar enlistada en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993.

De ésta forma, al no ser la liquidación unilateral una potestad excepcional al derecho común, nada impide que las partes en un convenio interadministrativo pacten su ejercicio, siendo entonces improcedente declarar la nulidad de los actos administrativos impugnados por ése cargo.

En suma, de lo expuesto hasta el momento se advierten dos posiciones respecto a la naturaleza de la liquidación unilateral. Por un lado, una tesis que ha considerado la liquidación unilateral es una cláusula exorbitante o poder excepcional, porque es una facultad unilateral exclusiva de la entidad estatal, que a pesar de no estar contemplada en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 su naturaleza es evidentemente excepcional al derecho común. Por otra parte, una tesis menos reiterada, presentada en algunas decisiones judiciales que no representa la línea dominante al interior del Consejo de Estado, que considera que la liquidación unilateral no es una facultad exorbitante o poder excepcional, toda vez que la Ley 80 de 1993 no la calificó expresamente de esta manera.

Ahora, dado que no existe sentencia de unificación jurisprudencial sobre el tema, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente considera que la liquidación unilateral es una facultad excepcional, que es fiel expresión y manifestación del principio de autotutela administrativa, en desarrollo del cual, las entidades públicas pueden de forma unilateral declarar que el contratista tiene deudas, determinar el valor al que asciende, constituyéndose como la acreedora de la relación contractual. En efecto:

Podría discutirse que la liquidación unilateral del contrato estatal sea una potestad exorbitante, como quiera que no se encuentra consagrada, expresamente, en los artículos 14 a 19 de la Ley 80 de 1993 los cuales se refieren a la interpretación, modificación y terminación unilaterales, así como a la caducidad y la reversión, pero no a la liquidación unilateral. Sin embargo, debe precisarse que no toda potestad exorbitante es una cláusula excepcional, y que la liquidación a pesar de no ser una cláusula excepcional es, sin duda, una potestad exorbitante, porque: (i) solo opera bajo la titularidad del Estado y no del contratista particular; (ii) por medio de ella el ente contratante público se ubica en pie superioridad frente al contratista, (iii) mediante él se impone el poder de Estado frente a la voluntad del contratista y porque (iv) se materializa en un acto administrativo[[16]](#footnote-16).

De esta forma, conforme al artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, dado que la liquidación unilateral es una facultad que tienen las entidades estatales de hacer un balance final o ajuste de cuentas del contrato, para terminar la relación jurídica obligacional cuando el contratista no se presente a la liquidación o las partes no lleguen a un acuerdo sobre su contenido, el acto administrativo que surge del ejercicio de dicho poder es un título ejecutivo generado por quien es parte del negocio jurídico, y que puede contener saldos a su favor que podrían servir de fundamento para un cobro coactivo[[17]](#footnote-17). Por ello, en relación con la facultad de las empresas sociales del Estado, conviene precisar que, el artículo 195 de la Ley 100 de 1993 señaló que estas empresas podrán discrecionalmente utilizar cláusulas exorbitantes señaladas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Al respecto, el Consejo de Estado señaló lo siguiente:

[…] la actividad contractual de las empresas sociales del Estado, por disposición de la Ley 100 de 1993, se encuentra gobernada por las normas del derecho privado y al tiempo ese mismo compendio normativo consagró que podrían discrecionalmente *“utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el estatuto general de contratación de la administración pública*”.

Como se observa, la posibilidad de introducir cláusulas excepcionales en los negocios jurídicos celebrados por las empresas sociales del Estado, como todo ejercicio de la potestades y prerrogativas del poder público, proviene directamente del legislador y su efectiva y expresa incorporación en el texto obligación, para estos eventos, se reserva al arbitrio de los extremos co-contratantes.

Con todo, concierne precisar que debido a la naturaleza excepcional de estas potestades, su utilización por parte de las entidades que en su contratación se someten al derecho privado, debe apoyarse en la ley que las reviste de esta facultad y su ejercicio debe desplegarse de acuerdo con los parámetros y límites que allí se señalan.

En otras palabras, en atención a que la Ley 100 de 1993 no dispuso regulación especial sobre la utilización de las cláusulas excepcionales, su implementación debe desarrollarse al amparo de los preceptos de la Ley 80 de 1993 […][[18]](#footnote-18).

Así las cosas, al ser la liquidación unilateral una potestad exorbitante, las Empresas Sociales del Estado discrecionalmente podrán ejercerlas porque el legislador les otorgó esta prerrogativa a estas entidades públicas en el numeral 6 del artículo 195 de la ley 100 de 1993, cuyo ejercicio, al no haber sido regulado de manera especial en esta disposición, se somete a lo señalado en la Ley 80 de 1993. En este orden, la liquidación unilateral realizada por una Empresa Social del Estado – ESE se materializa en un acto administrativo motivado, pues conforme lo ha señalado la doctrina, «la liquidación unilateral es un acto administrativo, porque constituye una declaración unilateral de voluntad de una entidad, en ejercicio de función administrativa, encaminada a producir efectos jurídicos, frente al contratista e incluso frente a ella misma, amparada por los atributos de presunción de legalidad y la ejecutoriedad»[[19]](#footnote-19).

**2.3. Delegación en materia contractual**

Los contratos estatales, como acuerdos de voluntades para producir obligaciones, requieren para su validez –entre otros requisitos– que el órgano posea capacidad jurídica para suscribirlos. Desde el punto de vista de la entidad contratante, la competencia también constituye un presupuesto necesario de la actuación administrativa, razón por la cual el artículo 6 de la Constitución Política de 1991 dispone que «Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones».

En este contexto, el artículo 11 de la Ley 80 de 1993 define la competencia para dirigir procesos de selección y suscribir contratos, centralizándola en determinadas autoridades estatales[[20]](#footnote-20). Dado que, además de la actividad contractual, dichos órganos cumplen con una multiplicidad de funciones diferentes, el ordenamiento jurídico dispone técnicas de organización administrativa que permiten el reparto de las tareas asignadas con miras a su cumplimiento eficaz y eficiente; razón por la cual, el artículo 209 de la Constitución Política dispone que la función administrativa se desarrolla mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

De acuerdo con el artículo 12 de la Ley 80 de 1993, «los jefes y los representantes legales de las entidades estatales podrán delegar total o parcialmente la competencia para celebrar contratos y desconcentrar la realización de licitaciones en los servidores públicos que desempeñen cargos del nivel directivo o ejecutivo o en sus equivalentes». Además, el artículo 25, en el numeral 9, de la misma ley establece que «en los procesos de contratación intervendrán el jefe y las unidades asesoras y ejecutoras de la entidad que se señalen en las correspondientes normas sobre su organización y funcionamiento». En este sentido, quien tiene la competencia y es responsable de la actividad contractual de las entidades estatales son el jefe y los representantes legales de las mismas, sin perjuicio de la intervención de las unidades asesoras y ejecutoras de la entidad que se señalen en las correspondientes normas sobre su organización y funcionamiento[[21]](#footnote-21).

Por su parte, el artículo 211 de la Constitución Política le confirió al legislador la responsabilidad de señalar las funciones que se pueden delegar y los requisitos para que sea viable[[22]](#footnote-22). Por tanto, el artículo 12 de la Ley 80 de 1993 consagró las condiciones para que las autoridades administrativas puedan delegar en sus subalternos o en otras autoridades, las competencia para celebrar contratos y, por otra parte, indica que es posible desconcentrar la realización de los procesos contractuales de las entidades, lo cual es función de los jefes o representantes legales de las entidades enunciadas en el artículo 2 de la Ley 80 de 1993, el cual define el concepto de entidad estatal para efectos de la misma norma, quienes pueden delegar esa función en los empleos públicos cuyo nivel jerárquico dentro de la entidad sea directivo, ejecutivo o equivalentes[[23]](#footnote-23).

Lo anterior lo reafirma el numeral 10 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, que hace referencia al artículo 12 de la misma ley y agrega que los consejos directivos, las juntas o el reglamento de la respectiva entidad fijarán cuantías para determinar cuáles contratos se pueden delegar[[24]](#footnote-24). No obstante, una norma posterior, el Decreto Ley 2150 de 1995, en el artículo 37, también estableció lineamientos respecto de la delegación para contratar, y señaló que la competencia delegable es respecto de la realización del proceso de contratación y la celebración del contrato estatal, y que no se tendrá en cuenta la cuantía de los contratos, eliminando parte de lo regulado por el numeral 10 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993[[25]](#footnote-25), lo cual comporta una derogatoria tácita parcial de lo señalado en la norma respecto de las cuantías de los contratos, porque esto es incompatible con la norma posterior[[26]](#footnote-26), y a su vez implica que el Decreto prevalece sobre la Ley anterior[[27]](#footnote-27).

La Ley 80 de 1993, como Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, es una norma especial en materia de contratación pública, porque su alcance consiste en regular de manera concreta y completa el tema que trata. Incluso, el artículo 12 de la ley referida, modificado por el artículo 21 de la Ley 1150 de 2007 consagró el deber de control y vigilancia que tienen los representantes legales de las entidades que hayan delegado la competencia para contratar, respecto del proceso contractual, y define la desconcentración en materia contractual[[28]](#footnote-28).

En efecto, la delegación en materia contractual tuvo cambios importantes con la expedición de la Ley 1150 de 2007, adicionando un segundo inciso al artículo 12 del Estatuto General. En esta medida, dispuso que: «En ningún caso, los jefes y representantes legales de las entidades estatales quedarán exonerados por virtud de la delegación de sus deberes de control y vigilancia de la actividad precontractual y contractual». Dicha disposición cambió el régimen de responsabilidad del delegante previsto en el precitado inciso segundo del artículo 211 superior. Por ello, la Corte Constitucional –retomando la línea jurisprudencial de la Sentencia C-372 de 2002– declaró que este inciso es condicionalmente exequible, en el entendido que el delegante sólo responde por la ausencia de control y vigilancia siempre que medie dolo o culpa grave[[29]](#footnote-29). Lo anterior, en la medida que:

La delegación no es un mecanismo para desprenderse del cumplimiento de las funciones del cargo y menos aún para utilizarse con fines contrarios a los principios que rigen la función administrativa como la moralidad, la eficacia, la igualdad o la imparcialidad (C.P., art. 209). Tampoco es admisible el extremo opuesto según el cual el delegante responderá siempre por las actuaciones del delegatario, por cuanto se abandonaría el principio de responsabilidad subjetiva de los servidores públicos, de tal manera que inexorablemente respondan por las decisiones de otros. Por lo tanto, para determinar la responsabilidad del delegante no es suficiente el artículo 211 de la Carta Política y será necesario considerar otros principios constitucionales sobre la materia[[30]](#footnote-30).

Por lo demás, la Ley 489 de 1998, en los artículos 8 y 9, define los conceptos de delegación y desconcentración administrativas. Dispone que, a través de la delegación, una autoridad administrativa, como el jefe o representante legal de una entidad, transfiere una función a un colaborador o a otra autoridad cuyas funciones tengan un grado de correspondencia con la función que se le delega. Además, la norma enuncia algunos altos cargos del Estado, quienes solo podrán delegar sus funciones en cargos del nivel directivo o asesor del organismo del que hagan parte[[31]](#footnote-31). En ese sentido, el Consejo de Estado, Sección Tercera, radicado 49.065, analizó la delegación en contratación estatal, explicando que:

[…] i) a partir de la entrada en vigencia del Decreto 2150 de 1995 se tornó delegable la competencia para realizar licitaciones o concursos -etapa precontractual-, lo que, a la luz del artículo 12 de la Ley 80 de 1993 y del artículo 7º del Decreto 679 de 1994, había sido objeto de desconcentración y ii) a partir de la vigencia del mismo Decreto la delegación no quedó restringida a la cuantía y/o a la naturaleza de los contratos, como lo exigían normas anteriores.

En conclusión, los jefes o representantes de las entidades fueron autorizados para delegar tanto la competencia para la celebración de contratos -etapa contractual- como la competencia para la realización de licitaciones o concursos -etapa precontractual-, sin consideración a la naturaleza o a la cuantía de los respectivos negocios. *Lo anterior, sin perjuicio de la discrecionalidad con la que cuentan los delegantes, en tanto estos deciden si delegan o no las funciones propias de su cargo y, en caso de hacerlo, pueden fijar los parámetros y las condiciones en los que debe enmarcarse el ejercicio de los delegatarios*. (Énfasis fuera de texto)

Por esta razón, se encuentra que la competencia contractual de las entidades está radicada, conforme lo dispone el artículo 11 del Estatuto General de Contratación, en los jefes o representantes legales de las entidades públicas. Sin embargo, de conformidad con la Ley 80 de 1993, 489 de 1998 y 1150 de 2007, esta competencia puede delegarse, mediante acto administrativo como una técnica de gestión para el mejor funcionamiento de la administración pública. Conforme a lo anterior, la materia está regulada por las normas especiales del Estatuto General en lo que respecta a la realización de procedimientos de selección y la realización de contratos, esto sin perjuicio de la aplicación del régimen general de delegación de la Ley 489 de 1993 para las demás actuaciones.

**2.4. Fundamento axiológico de la publicidad de la información oficial de la contratación estatal en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública –SECOP–**

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. En tal sentido, la filosofía política explica que la democracia «[…] es idealmente el gobierno de un poder visible, es decir, el gobierno cuyos actos se realizan ante el público y bajo la supervisión de la opinión pública»[[32]](#footnote-32). El secreto generalizado en el ejercicio del poder político constituye, por el contrario, una negación de la democracia, porque dificulta la supervisión de las autoridades por parte de la sociedad civil y establece una barrera para la participación ciudadana.

Inspirada en esta concepción axiológica, 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 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 ley[[33]](#footnote-33).

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 dichas actuaciones. Es por eso que, en 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»[[34]](#footnote-34).

De otra parte, la Ley 1712 de 2014 –ley estatutaria que regula la transparencia y el derecho de acceso a la información y a los documentos públicos–, 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»[[35]](#footnote-35). 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 legales. En el literal e) del artículo 9, la ley estatutaria citada establece dispone que los sujetos obligados, que son todas las entidades públicas[[36]](#footnote-36), deben publicar la información relativa a su contratación. Esta obligación fue desarrollada por el Decreto Único Reglamentario 1081 de 2015[[37]](#footnote-37), 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 para la Contratación Pública ─­ ­SECOP–.

Asimismo, de acuerdo con el literal g) del artículo 11 de la misma Ley, todos los destinatarios de la ley de transparencia deben garantizar la publicidad de «sus procedimientos, lineamientos, políticas en materia de adquisiciones y compras, así como todos los datos de adjudicación y ejecución de contratos, incluidos concursos y licitaciones», y esta información también debe estar en el SECOP. El derecho de acceso a la información pública o de interés público permite a toda persona, sin necesidad de acreditar calidad, interés o condición particular, conocer la existencia de información pública, acceder a la misma y difundirla o publicarla, según su interés[[38]](#footnote-38).

Para el año 2013, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, mediante la Circular Externa No 1 del 21 de junio de 2013, recopilada en la Circular Externa Única, recordó a todas las entidades del Estado el deber de publicar oportunamente la información oficial de la contratación en el SECOP, sin distinción de su régimen jurídico, naturaleza jurídica o la pertenencia a una u otra rama del poder público[[39]](#footnote-39). Este deber, como se verá más adelante, permanece vigente, incluso con el auto del 25 de febrero de 2021. Además, la Circular Externa Única, en el numeral 1.1., estableció, de manera enunciativa, que deben publicar en el SECOP: «2. Las entidades del Estado que tienen un régimen especial de contratación, siempre y cuando el contrato ejecute o tenga como fuente de financiación dineros públicos, sin importar su proporción, a través del módulo [Régimen Especial], de acuerdo con lo establecido en su propio manual de contratación».

El debate sobre la obligatoriedad o no de publicar en el SECOP, para las entidades con régimen especial de contratación, había sido definido, al menos de manera preliminar, por el Consejo de Estado. En este sentido, la Sección Tercera, Subsección C, en el Auto del 14 de agosto de 2017[[40]](#footnote-40), expresó que la obligación prevista en la Circular Externa No. 1 se ajusta a la normativa superior, en los siguientes términos:

[…] resulta razonable concluir, en esta oportunidad, que en virtud del deber de información prescrito en el literal c) del artículo 3 o de la Ley 1150 de 2007 los sujetos obligados bajo tal norma [todos los que realizan contratación con dineros públicos] deben suministrar información sobre su contratación en términos veraces, auténticos y completos en el sistema electrónico SECOP, lo que incluye, entonces, todo acto que sea expresión de ejercicio o despliegue de actividad contractual.

11.5. ─Y es que, si se quiere en términos más detallados el literal c) del artículo 3o de la Ley en comento responde claramente las siguientes inquietudes: ¿Quiénes están obligados? los que realizan contratación con dineros públicos; ¿en razón de qué están obligados? En razón al manejo de tales recursos públicos y no por razón diferente; ¿Cuál es el límite o la extensión de ese deber? Única y exclusivamente comprende la información relativa a lo que sea objeto de contratación con recursos públicos, se excluyen de allí la que se realice con otras fuentes. ¿Dónde se debe surtir ese deber de información? Por conducto del sistema electrónico SECOP.

[…]

Así, lo que resulta también razonable afirmar es que el aludido deber de informar ya se encontraba bien dispuesto y definido desde el precepto legal de 2007, pues del texto del inciso de marras se sabe qué, quién y cómo se debe satisfacer ese deber y no surgió, como parece anotarlo la Fundación, con la expedición de la Circular Externa contra la cual se promueve este juicio contencioso de legalidad. Y, agrega este Despacho, este deber vino a ser reiterado [no creado] en la Ley 1712 de 2014[[41]](#footnote-41).

Adicionalmente, la publicación de la información contractual oficial no se determina por la naturaleza de la entidad ejecutora ─pública o privada─, ni por el régimen sustantivo contractual que aplique, sea la Ley 80 de 1993 o un régimen exceptuado. En particular, sobre el deber de publicidad de las entidades con régimen especial, el Consejo de Estado sostuvo:

Por consiguiente, otra conclusión natural de lo que se viene de decir es que la exigibilidad prevista en el literal c) del artículo 3° de la Ley 1150 de 2007 y aquella reflejada en la Circular Externa sobre deber de informar no alteran ni trastocan el régimen jurídico contractual, por la potísima razón que lo único que impone o carga a cuenta de los sujetos obligados es hacer público, publicitar, reportar, informar ciertos asuntos específicos: la completa actividad contractual que hayan ejecutado con cargo a tales recursos públicos, de donde se desprende que no se estructura ese deber informativo en relación a los negocios que celebren con cargo a recursos de otra índole[[42]](#footnote-42).

Nótese, entonces, que en ese momento el Consejo de Estado asumió como criterio para determinar la obligatoriedad de publicar en el SECOP que la contratación se realizara con recursos públicos, conclusión que se fundamenta en el literal c) del artículo 3 de la Ley 1150 de 2007. Así, la decisión judicial citada refuerza la obligación de publicar en el SECOP, mandato que además está expresamente consagrado en las Leyes 1150 de 2007, 1712 de 2014 y la Circular Externa Única.

**2.5. Efectos del auto del Consejo de Estado del 25 de febrero de 2021 sobre la publicación en el SECOP por parte de las entidades estatales con régimen especial de contratación**

El 25 de febrero de 2021 la Sección Tercera del Consejo de Estado expidió un auto[[43]](#footnote-43) mediante el cual decretó la suspensión provisional de algunos apartes de las circulares externas No. 1 del 21 de junio de 2013 y No. 20 del 27 de agosto de 2015. Por tanto, se efectuará una síntesis de la providencia y de los argumentos en los que se apoya el Consejo de Estado en la providencia referida. Sin embargo, antes de proceder con ello, es importante hacer tres aclaraciones importantes:

La primera es que la suspensión provisional es una medida cautelar consagrada en el artículo 238 de la Constitución Política[[44]](#footnote-44) y en el artículo 230, numeral 3 de la Ley 1437 de 2011[[45]](#footnote-45), que genera –al menos mientras se expide la sentencia– la pérdida de fuerza ejecutoria de los actos administrativos[[46]](#footnote-46), pero no la pérdida de su presunción de legalidad, pues el artículo 88 de la Ley 1437 de 2011 dispone que esta solo desaparece cuando los actos administrativos «hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo». Por consiguiente, las circulares externas No. 1 del 21 de junio de 2013 y No. 20 del 27 de agosto de 2015 continúan presumiéndose legales.

La segunda precisión es que en el auto que se comentará a continuación, no se declara la suspensión provisional de todo el contenido de las circulares externas No. 1 del 21 de junio de 2013 y No. 20 del 27 de agosto de 2015, sino solo de algunos apartes que utilizan la expresión «actividad contractual», lo que por supuesto, exige determinar en qué estado queda la obligación de las entidades estatales con régimen especial de contratación de publicar la documentación contractual en el SECOP.

La tercera salvedad es que la Circular Externa Única –actualizada el 16 de abril de 2019–[[47]](#footnote-47), la Circular No. 007 de 2020 ­–sobre actualización y diligenciamiento de información en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública – SECOP–[[48]](#footnote-48) y la Circular Nº 23 del 16 de marzo de 2017 –sobre la calidad y oportunidad de la información del Sistema de Compra Pública disponible en el SECOP–[[49]](#footnote-49), permanecen vigentes, pues no fueron tampoco suspendidas por dicho auto. Como se verá, a pesar de la suspensión provisional de los apartes de las circulares externas No. 1 del 21 de junio de 2013 y No. 20 del 27 de agosto de 2015, las otras circulares mencionadas, que no fueron suspendidas, continúan estableciendo directrices sobre la publicación de los documentos de la contratación en el SECOP para las entidades estatales que contratan con recursos públicos, incluidas aquellas que tienen régimen especial. Este deber se sustenta no solo en dichas circulares, sino, especialmente, en normas de rango constitucional, legal y reglamentario, como las señaladas en los numerales 2.1. y 2.3. de este concepto. Hechas estas aclaraciones, se comentará el auto del 25 de febrero de 2021.

En ejercicio del medio de control de nulidad simple, dos empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios interpusieron demandas en contra de la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, para que se declarara la nulidad de las circulares externas No. 1 de 21 de junio de 2013 y No. 20 de 27 de agosto de 2015, considerando que dichas circulares se expidieron con falta de competencia e inobservancia de las normas en que deberían fundarse, solicitando a su vez la suspensión provisional de las mismas. En dichas circulares se trata, respectivamente, el deber de publicar la actividad contractual en el SECOP y las condiciones de publicidad de esta información por parte de las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta y las empresas de servicios públicos domiciliarios.

Luego de verificar las condiciones de procedencia de la medida cautelar solicitada, en el auto del 25 de febrero de 2021 la Sección Tercera del Consejo de Estado decreta la suspensión provisional de los apartes de las mencionadas circulares que establecen que dichas entidades deben publicar su *actividad contractual* en el SECOP. Los argumentos en los que se apoya el alto tribunal para suspender provisionalmente tales expresiones son básicamente dos: «(i) las circulares se expidieron por fuera del ámbito de competencia de Colombia Compra Eficiente; y (ii) las Circulares Externas No. 1 de 21 de junio de 2013 y 20 de 27 de agosto de 2015 contrarían lo previsto en el artículo 3o de la Ley 1150 de 2007»[[50]](#footnote-50). La providencia, además, indica que se aparta del auto de la Sección Tercera del 14 de agosto de 2017, que había negado la suspensión provisional de la circular externa No. 1 de 21 de junio de 2013, por considerar que no hace un análisis adecuado sobre la viabilidad de dicha medida y porque no existe en él cosa juzgada.

Por otra parte, en el auto del 25 de febrero de 2021 se sostiene que la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente habría contrariado el literal c) del artículo 3 de la Ley 1150 de 2007, porque en las circulares cuya nulidad se demanda equiparó la expresión «información oficial de la contratación» con la de «actividad contractual». En otras palabras, señala que cuando el artículo 3, literal c) de la Ley 1150 de 2007 establece que el SECOP «Contará con la *información oficial* de la contratación realizada con dineros públicos, […]» (cursiva fuera de texto), la expresión «información contractual» no se puede entender, para las entidades estatales que en la contratación se rigen por el derecho privado, como «actividad contractual», porque ello desconoce que aunque contratan con recursos públicos, el alcance del deber de publicidad en aquellas es diferente del que está radicado en las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública ‒en adelante también EGCAP‒. En consecuencia, para el Consejo de Estado, Colombia Compra eficiente ejerció una potestad reglamentaria sobre el mencionado literal de la Ley 1150 de 2007, para la cual carecía de competencia.

No obstante, en el auto bajo análisis la Sección Tercera admite que a las entidades exceptuadas de la aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública *sí* les resulta aplicable el deber de publicar la «información oficial de la contratación» en el SECOP, pero no de la manera como precisó el alcance de dicho mandato la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente en las circulares Nº 1 de 2013 y 20 de 2015. Esto se deduce del siguiente fragmento del auto: «Las Circulares Externas No. 1 de 2013 y 20 de 2015 exceden lo establecido en literal c) del artículo 3o de la Ley 1150 de 2007. Aunque dicho aparte es aplicable a las entidades que no están regidas por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, los actos demandados le dan un alcance indebido a la expresión “información oficial de la contratación”»[[51]](#footnote-51). Para el Consejo de Estado, quien debe decir qué debe entenderse por la expresión «información oficial de la contratación» es el legislador o a lo sumo el gobierno nacional a través de un decreto reglamentario, no la Agencia mediante una circular.

Sin embargo, se destaca de nuevo que en el auto del 25 de febrero de 2021 el Consejo de Estado no expresa que las entidades estatales que se rigen por el derecho privado en su actividad contractual no deban publicar la «información oficial de la contratación» en el SECOP. Todo lo contrario. La máxima corporación en materia contencioso administrativo aclara en varios apartados del auto que el artículo 3 de la Ley 1150 de 2007 –y específicamente, el literal c)– también debe ser acatado por dichas entidades. En efecto, para el Consejo de Estado, hay disposiciones de esta Ley que son transversales a la contratación estatal –o sea, que vinculan también a las entidades exceptuadas–, y que «No hay duda de que el literal c) del artículo 3o pertenece a este grupo de normas. Expresamente establece que ese aparte del artículo se aplica a la “*contratación realizada con dineros públicos*”. Para su aplicación resulta irrelevante el régimen contractual del contrato. La publicación de la información oficial de la contratación debe realizarse si los negocios jurídicos adelantados fueron financiados con recursos públicos»[[52]](#footnote-52).

El Consejo de Estado señala, por tanto, en armonía con lo sostenido por esta Agencia, que el mandato de publicar la «información oficial de la contratación» se predica de la contratación *con recursos públicos*, independientemente de si es adelantada por una entidad estatal sometida o exceptuada del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública ‒EGCAP‒. Sin embargo, aclara que el alcance de dicha obligación no es igual para las entidades que se rigen por la Ley 80 de 1993 y demás normas complementarias, que para las que aplican el derecho privado o cuentan con un régimen especial. Al respecto, afirma que mientras que una entidad sometida al EGCAP debe publicar «todos los actos relacionados con la actividad contractual», esto mismo no lo exige el artículo 3 de la Ley 1150 de 2007 para las entidades exceptuadas de dicho Estatuto. Según el alto tribunal, esta interpretación es acorde con los principios de publicidad y de la gestión fiscal, consagrados en los artículo 209 y 267 de la Constitución, respectivamente, así como con los principios de igualdad y de libertad de empresa previstos en los artículos 13 y 333 de la misma Carta, en la medida en que, como la mayoría de las entidades exceptuadas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública actúan en competencia en el mercado, exigir que deban publicar en el SECOP la información de toda la actividad contractual podría ponerlas en una situación de desventaja respecto de sus competidores.

Sin embargo, como se indicó al inicio de este numeral, en el auto del 25 de febrero de 2021 no se decreta la suspensión provisional de todo el contenido de las circulares No. 1 de 2013 y No. 20 de 2015, sino de las expresiones que empleaban la frase «actividad contractual». De este modo, siendo coherente con la argumentación utilizada en la providencia, el Consejo de Estado mantiene incólume el deber de las entidades exceptuadas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública de publicar la «información oficial de la contratación» en el SECOP. En efecto, con el mencionado auto dichas circulares *quedaron vigentes*, redactadas en los siguientes términos –solo hay que entender suspendidas las expresiones tachadas–:

Circular Externa No. 1 del 21 de junio de 2013:

*<<Para: Entidades que contratan con recursos públicos*

*Asunto: Publicación ~~de la actividad contractual~~ en el SECOP*

*La Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente- en cumplimiento de su objetivo como ente rector del sistema de compras y contratación pública, recuerda a todas las entidades del Estado la obligación de publicar ~~su actividad contractual~~ en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública -SECOP-.*

*Las entidades que contratan con cargo a recursos públicos están obligadas a publicar oportunamente ~~su actividad contractual~~ en el SECOP, sin que sea relevante para la exigencia de esta obligación su régimen jurídico, naturaleza de público o privado o la pertenencia a una u otra rama del poder público. Las instituciones que ejecutan recursos públicos sin ser entidades del Estado están obligadas a publicar en el SECOP ~~su actividad contractual~~ que se ejecute con cargo a recursos públicos.*

*La publicación en gacetas locales, regionales o diarios de amplia circulación nacional, departamental o municipal solamente es obligatoria cuando es la forma de cumplir con una obligación de carácter tributario establecida en acuerdos u ordenanzas, y en ningún caso remplaza la publicación en el SECOP.*

*Las entidades que contraten de acuerdo con regímenes especiales deben publicar ~~la actividad contractual~~ en el SECOP utilizando la clasificación "régimen especial".*

*En http://www.colombiacompra.gov.co/es/compradores está publicado el instructivo para obtener el permiso para publicar ~~la actividad contractual~~. Si tiene dudas sobre el particular comuníquese en Bogotá al 5953525 opción 5 y para el resto del país al 018000952525 opción 5.>>*

Circular Externa No. 20 del 27 de agosto de 2015:

*<<Para: Entidades que contratan con recursos públicos*

*Asunto: Publicidad de las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta y las empresas de servicios públicos domiciliarios que en su actividad comercial están en situación de competencia.*

*La Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente- en cumplimiento de su objetivo como ente rector del sistema de compra y contratación pública, da alcance a la Circular Externa 1 de 2013 para establecer las condiciones de publicidad ~~de la actividad contractual~~ de las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta y las empresas de servicios públicos domiciliarios que en su actividad comercial están en situación de competencia.*

*Las entidades destinatarias de la presente Circular Externa pueden utilizar sus sistemas de información propios para efectos de la publicidad ~~de la actividad contractual~~ cuando estos permitan hacer el proceso de contratación en línea, además de permitir a los proveedores y al público en general tener acceso oportuno, permanente e ininterrumpido a la información ~~de su actividad contractual~~. La información ~~de la actividad contractual~~ debe cumplir los plazos y requerimientos de las normas aplicables en materia de contratación y de acceso a la información, respetando la información y documentos reservados de acuerdo con la normativa aplicable.*

*Para que la información de la contratación con cargo a recursos públicos esté disponible al público en general en un solo sitio de internet, Colombia Compra Eficiente y las entidades destinatarias de la presente Circular Externa que cuentan con sistemas de información propios, deben disponer de un hipervínculo que comunique al SECOP con los sistemas de información de las entidades mencionadas antes del 30 de noviembre de 2015. Las entidades destinatarias de la presente Circular Externa cuyos sistemas de información propios no cumplan las condiciones señaladas, deben publicar ~~su actividad contractual~~ en el SECOP utilizando la clasificación "régimen especial”.>>*

No cabe entonces duda alguna de que, aún a pesar de la expedición del auto del 25 de febrero de 2021, las entidades que cuentan con un régimen especial de contratación conservan el deber de publicar la información oficial de la contratación con recursos públicos en el SECOP. Esta obligación se fundamenta, entre otros, en 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, 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– y v) las circulares No. 1 del 21 de junio de 2013, No. 20 del 27 de agosto de 2015, No. 23 del 16 de marzo de 2017, No. 007 de 2020 y la Circular Externa Única –actualizada el 16 de abril de 2019–[[53]](#footnote-53), de la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente.

Ahora, en lo que respecta al contenido o alcance de la expresión «información oficial de la contratación», empleada por el Congreso de la República en el artículo 3, literal c) de la Ley 1150 de 2007, la Agencia Nacional de Contratación Pública considera que el auto del 25 de febrero de 2021 no afecta la interpret ación adoptada por esta misma Agencia en el Concepto CU-003 del 15 de enero de 2020 y, en consecuencia, mantendrá los argumentos que allí se expusieron y que a continuación se reproducirán. Pero, antes de eso, se explica por qué el referido auto no se aparta de la interpretación que en el siguiente numeral de este concepto reiterará la Subdirección de Gestión Contractual:

a) En dicha providencia se dice que la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente carece de competencia para expedir un reglamento que establezca por vía de autoridad qué significa «información oficial de la contratación» para una entidad estatal con régimen contractual excepcional o de derecho privado. Sin embargo, tal afirmación no niega la competencia de la Agencia para resolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. Esta habilitación se encuentra en el numeral 8 del artículo 11 y en el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011. Además, como es sabido, la interpretación realizada por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente en los conceptos que profiere no tiene carácter vinculante y, por lo tanto, no es un reglamento, sino que es un criterio doctrinario o auxiliar, según el efecto que a aquellos les confiere el segundo inciso del artículo 230 de la Constitución Política y el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011.

b) En el auto del 25 de febrero de 2021 la Sección Tercera del Consejo de Estado señala que las entidades exceptuadas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –es decir, las que cuentan con un régimen especial, preponderantemente de derecho privado– no deben publicar la misma información en el SECOP que las sometidas a dicho Estatuto. Pues bien, en el concepto CU-003 del 15 de enero de 2020 Colombia Compra Eficiente acoge una tesis similar, explicando cuáles deberían ser entonces los documentos que han de publicar en el SECOP las entidades que se rigen por el derecho privado en su contratación, que no son los mismos que aquellos que deben publicar las que se rigen por la Ley 80 de 1993 y demás disposiciones complementarias de esta.

c) En el concepto CU-003 del 15 de enero de 2020 la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se fundamenta, para concluir cuáles son los documentos que deben publicar en el SECOP las entidades estatales que cuentan con un régimen especial, en el artículo 3, literal c) de la Ley 1150 de 2007, en el artículo 11, literal g) de la Ley 1712 de 2014 y en 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–. Es decir, la Agencia respetó el régimen legal y reglamentario que en la actualidad desarrolla el derecho de transparencia y de acceso a la información pública. Por ende, la interpretación aquí expuesta es congruente con el auto del Consejo de Estado del 25 de febrero de 2021.

**2.6. Documentos que deben publicar en el SECOP las entidades estatales de régimen especial. Reiteración del concepto CU-003 del 15 de enero de 2020**

Determinada la obligación que tienen las entidades sujetas a un régimen especial de publicar la información oficial de su contratación con recursos públicos en el SECOP, se identificarán los documentos que deben publicar, no sin antes explicar la posición que la Agencia Nacional de Contratación Pública ─ Colombia Compra Eficiente adoptó desde el 2016 hasta el 2019. Posteriormente, se reiterará el concepto CU-003 del 15 de enero de 2020, que contiene la tesis que actualmente acoge la Agencia.

Primero, en respuesta a la consulta identificada con el radicado No. 41612000877 del 15 de febrero de 2016, la Agencia señaló que las empresas industriales y comerciales del Estado, las empresas de servicios públicos domiciliarios y las sociedades de economía mixta –sometidas a un régimen especial de contratación– debían publicar en el SECOP todos los documentos del proceso que define el Decreto 1082 de 2015, así como lo relativo a la ejecución del contrato. Lo anterior, a partir de lo dispuesto en el literal c) del artículo 3 de la Ley 1150 de 2007[[54]](#footnote-54). En este sentido, reconoció la obligatoriedad, por parte de las entidades de régimen especial, de publicar su *actividad contractual* en el SECOP. De este modo, con fundamento en el artículo 2.2.1.1.1.3.1 del Decreto 1082 de 2015, normativa que aplica a las entidades que se rigen por la Ley 80 de 1993, indicó que los documentos del proceso que se enunciaban allí también eran los que debían publicar las entidades exceptuadas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Posteriormente, en el año 2018, cambió el fundamento normativo que define los documentos que las entidades de régimen especial debían publicar en el SECOP. Así, en el concepto con radicado No. 4201814000008329 del 8 de octubre de 2018, la Agencia dijo que en virtud del artículo 11 de la Ley 1712 de 2014, los destinatarios de las normas contenidas en la ley de transparencia debían publicar los procedimientos, lineamientos, políticas en materia de adquisiciones y compras, así como todos los datos de adjudicación y ejecución de contratos, incluidos concursos y licitaciones. Por lo tanto, los documentos que se debían publicar eran los previstos en el manual de contratación de cada entidad de régimen especial para la adquisición de un bien o servicio, y no los que definía el artículo 2.2.1.1.1.3.1 del Decreto 1082 de 2015[[55]](#footnote-55).

Conforme a lo anterior, en un primer momento la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente definió los documentos del proceso que las entidades de régimen especial debían publicar en el SECOP, con fundamento en el artículo 2.2.1.1.1.3.1 del Decreto 1082 de 2015. En un segundo momento se identificaron los documentos en virtud del literal g), del artículo 11 de la Ley 1712 de 2014 y lo previsto en el Decreto 103 de 2015 –compilado en los artículos 2.1.1.1.1. al 2.1.1.6.1. del Decreto 1081 de 2015–. Esta posición –que fue la acogida y desarrollada en el concepto de unificación CU-003 de 2020– es la que se reiterará a continuación.

En efecto, 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»–, señala en el artículo 11, literal g), que todo *sujeto obligado* –y las entidades estatales con régimen especial de contratación lo son– debe publicar sus procedimientos, lineamientos, políticas en materia de adquisiciones y compras, así como todos los datos de adjudicación y ejecución de sus contratos. Lo anterior implica que se deberá publicar cada procedimiento para la adquisición de un producto o servicio, incluidos los datos de adjudicación y ejecución del contrato.

Luego, el Decreto reglamentario 103 de 2015 –«Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 1712 de 2014 y se dictan otras disposiciones»– establece en el artículo 8 –artículo 2.1.1.2.1.8. del Decreto 1081 de 2015–, de forma enunciativa, que se debe publicar la información relativa a la ejecución del contrato, como las aprobaciones, autorizaciones, requerimientos o informes del supervisor o interventor, que aprueben la ejecución del contrato[[56]](#footnote-56). Por su parte, el artículo 9 del Decreto 103 de 2015 –artículo 2.1.1.2.1.9. del Decreto 1081 de 2015– señala 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 obligado[[57]](#footnote-57). 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 Adquisiciones[[58]](#footnote-58).

De conformidad con lo anterior, el Decreto 103 de 2015 –compilado en los artículos 2.1.1.1.1. al 2.1.1.6.1. del Decreto 1081 de 2015– preceptúa que los documentos que deben publicar las entidades estatales, entre estas las empresas industriales y comerciales del Estado que actúan en competencia o en mercados regulados, las sociedades de economía mixta que se encuentren en la misma condición o que tenga capital privado igual o superior al 50% de todo el capital social, las empresas de servicios públicos domiciliarios, las universidades públicas, y en general todas las entidades estatales con régimen especial de contratación, son: i) las autorizaciones, requerimientos, aprobaciones o informes del supervisor o del interventor, que prueben la ejecución del contrato, ii) los procedimientos, lineamientos y políticas en materia de adquisición que corresponden a los documentos que los conforman, previstos en el manual de contratación de la entidad, y finalmente, iii) el plan anual de adquisiciones.

En relación con el segundo grupo de documentos, debido a que estas entidades están sometidas al derecho privado y, por lo tanto, no celebran sus procesos de contratación mediante las modalidades previstas en la Ley 80 de 1993, cada una definirá en su manual el procedimiento para contratar sus bienes y servicios. En este sentido, la entidad lo hará ya sea por medio de un procedimiento público, mediante el cual se realice una convocatoria y una evaluación para seleccionar la oferta más favorable, o a través de una contratación directa, cuando no es necesario efectuar un proceso competitivo. En estos casos, el manual definirá las etapas y los documentos que forman parte del procedimiento que realicen, y se publicarán en la plataforma del SECOP para cada procedimiento de contratación que se adelante, incluido el acto de adjudicación –o de selección de la oferta en la policitación regulada en el artículo 860 del Código de Comercio–, por expresa disposición del literal g) del artículo 11 de la Ley 1712 de 2014.

Por lo tanto, en estos casos aplica la Ley 1712 de 2014 y el Decreto 103 de 2015, no el Decreto 1082 de 2015, porque esta última norma rige a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación Pública, y por lo tanto no aplica a las entidades exceptuadas de dicho Estatuto que, por regla general, se rigen por el derecho privado. Por su parte, la Ley 1712 de 2014 y el Decreto reglamentario 103 de 2015 –compilado en los artículos 2.1.1.1.1. al 2.1.1.6.1. del Decreto 1081 de 2015– le aplican a cualquier 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.

Se concluye entonces que no puede entenderse que con la expedición del auto del Consejo de Estado del 25 de febrero de 2021 las entidades exceptuadas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública o que cuentan con un régimen contractual especial quedaron eximidas de la obligación de publicar en el SECOP la información oficial de la contratación que realicen con recursos públicos. Primero, porque precisamente dicho auto indica que el artículo 3, literal c), de la Ley 1150 de 2007 también les resulta aplicable a dichas entidades, independientemente de su régimen contractual. Segundo, porque estas deben garantizar los principios de publicidad y transparencia, previstos en los artículos 209 y 74 de la Constitución Política. Tercero, porque 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 a los que se refiere el literal e), del artículo 9 y el literal g), del artículo 11, de la Ley 1712 de 2014, como 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–. Cuarto, porque, el auto del 25 de febrero de 2021 no suspende todo el contenido de las circulares No. 1 del 21 de junio de 2013 y No. 20 del 27 de agosto de 2015, sino solo las expresiones que utilizan la frase «actividad contractual», quedando vigente lo demás –que continúa estableciendo el referido deber–. Quinto, porque el imperativo de publicar en el SECOP la información oficial de la contratación se desprende además de las circulares No. 23 del 16 de marzo de 2017 y No. 007 de 2020, así como de la Circular Externa Única –actualizada el 16 de abril de 2019–, las cuales se encuentran vigentes.

1. **Respuesta**

i) Caducidad de términos Para liquidar contratos en empresas sociales del estado “ESES” deben ajustarse a la siguiente sentencia *Radicación: 05001-23-33-000-2018-00342-01(62009).*?.

iii) Que acciones debe encaminar el contratista cuando se le notifica un Acto administrativo de Liquidación Unilateral, emitido por una ESE, en un contrato de tracto sucesivo, “suministros”, donde la entidad lo obliga a devolver recursos que la entidad no ha querido reconocerlos, y el contratista ostenta evidencia de que si suministro los elementos y artículos requeridos por quien fungía como supervisor “Certificación de Cumplimiento de actividades a cabalidad por parte del supervisor”. Denotando que el Acto Administrativo de Liquidación Unilateral se encuentra en firme.

v) La Suspensión de términos Administrativos facultados bajo el Decreto 491 de 2020, art.6. Se Pregunta: Debe cada entidad territorial “EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO” expedir su propio acto administrativo que así lo justifique, como claramente se evidencia en el concepto (Concepto 191271 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública, Radicado No.: 20206000191271 Fecha: 22/05/2020 10:26:20 a.m. *“En el caso de* *considerar necesaria la suspensión de los términos, la entidad debió efectuarla mediante* *acto administrativo motivado y el sustento debió obedecer a razones del servicio o como* *consecuencia de la emergencia a causa del covid -19.”).*

De conformidad con la competencia consultiva otorgada por el numeral 5 del artículo 3 y el numeral 8 del artículo 11 del Decreto 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública está facultada para atender solicitudes relacionadas con temas contractuales, pero solo para «absolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general». Por tanto, la Agencia carece de atribuciones para resolver interrogantes sobre aplicación de jurisprudencia procesal y casos particulares o situaciones específicas.

Así las cosas, dado que la pregunta del numeral 1 se refiere a la aplicación de la jurisprudencia de naturaleza procesal, puesto que se refiere al cómputo del término de caducidad para demandar en ejercicio del medio de control de controversias contractuales, esta Subdirección carece de competencia para pronunciarse sobre el particular. La misma conclusión se alcanza respecto de las preguntas de los numerales 3 y 5 ya que, en relación con la primera, se pretende que esta entidad resuelva un caso particular, y la segunda, porque la pregunta tampoco se refiere a un tema contractual.

ii) Las ESES ostentan facultad para llevar a cabo liquidación UNILATERAL, en contratos de tracto sucesivo?, o deben ajustarse a la sentencia que se enuncia, destacando que las ESES, se amparan bajo la figura del manual de contratación interno *Radicación número: 25000-23-36-000-2013-00249-01(50890)*.

Dado que no existe sentencia de unificación jurisprudencial sobre el tema, la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente considera que la liquidación unilateral es una facultad excepcional, que se expresa y manifiesta en el principio de autotutela administrativa, en desarrollo del cual, las entidades públicas pueden, de forma unilateral, declarar que el contratista tiene deudas, determinar el valor al que asciende, constituyéndose en acreedora de la relación contractual. Lo anterior en la medida que contempla el ejercicio de privilegios ajenos al derecho común, por ejemplo, el hecho de que de forma unilateral una de las partes de la relación declare que el contratista tiene deudas y determine el valor al que asciende, cuando aquel que realiza la declaración se constituye como el mismo acreedor.

De esta forma, conforme al artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, dado que la liquidación unilateral es una facultad que tienen las entidades estatales de hacer un balance final o ajuste de cuentas del contrato, para terminar la relación jurídica obligacional cuando el contratista no se presente a la liquidación o las partes no lleguen a un acuerdo sobre su contenido, el acto administrativo que surge del ejercicio de dicho poder es un título ejecutivo generado por quien es parte del negocio jurídico, y que puede contener saldos a su favor que podrían conllevar al cobro coactivo. Por ello, en relación con la facultad de las empresas sociales del Estado, conviene precisar que, el artículo 195 de la Ley 100 de 1993 señaló que estas empresas podrán discrecionalmente utilizar cláusulas exorbitantes señaladas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Así las cosas, al ser la liquidación unilateral una potestad exorbitante, las Empresas Sociales del Estado discrecionalmente podrán ejercerlas porque el legislador les otorgó esta prerrogativa a estas entidades públicas en el numeral 6 del artículo 195 de la ley 100 de 1993, cuyo ejercicio, al no haber sido regulado de manera especial en esta disposición, se somete a lo señalado en la Ley 80 de 1993.

iv) La Competencia Funcional para efectuar la liquidación de contratos en una entidad Estatal, es exclusiva del Nominador o Representante Legal de la entidad o en su defecto bajo la figura de delegación, a través del correspondiente Acto Administrativo de Delegación.

Haciendo abstracción de la pregunta concreta señalada en este numeral, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente encuentra que la competencia contractual de las entidades está radicada, conforme lo dispone el artículo 11 del Estatuto General de Contratación, en los jefes o representantes legales de las entidades públicas. Sin embargo, de conformidad con la Ley 80 de 1993, 489 de 1998 y 1150 de 2007, esta competencia puede delegarse, mediante acto administrativo como una técnica de gestión para el mejor funcionamiento de la administración pública, y el delegante deberá ejercer vigilancia, control y orientación del delegatario respecto de la función delegada. Conforme a lo anterior, la delegación, en materia de contratación estatal, está regulada por las normas especiales del Estatuto General en lo que respecta a la realización de procedimientos de selección y la realización de contratos, sin perjuicio de la aplicación del régimen general de delegación contenido en la Ley 489 de 1993 para las demás actuaciones.

*vi)* EN MATERIA DE PUBLICACION DE DOCUMENTOS DEL PROCESO CONTRATUAL LA Ley 1712 de 2014 y sus decretos reglamentarios aplican para las EMPRESAS SOCILAES DEL ESTADO para que publiquen todos los documentos que exige la Ley 1712 de 2014, y sus normar reglamentarias

El Consejo de Estado asumió como criterio para determinar la obligatoriedad de publicar en el SECOP que la contratación se realizara con recursos públicos, conclusión que se fundamenta en el literal c) del artículo 3 de la Ley 1150 de 2007. Así, la decisión judicial citada refuerza la obligación de publicar en el SECOP, mandato que además está expresamente consagrado en las Leyes 1150 de 2007, 1712 de 2014 y la Circular Externa Única. Por tanto, las entidades estatales sometidas al régimen especial de contratación están obligadas a publicar en SECOP.

Por todo lo anterior, de ninguna manera puede entenderse que con la expedición del auto del Consejo de Estado del 25 de febrero de 2021 las entidades exceptuadas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública o que cuentan con un régimen contractual especial quedaron eximidas de la obligación de publicar en el SECOP la información oficial de la contratación que realicen con recursos públicos. Primero, porque precisamente dicho auto indica que el artículo 3, literal c), de la Ley 1150 de 2007 también les resulta aplicable a dichas entidades, independientemente de su régimen contractual. Segundo, porque estas deben garantizar los principios de publicidad y transparencia, previstos en los artículos 209 y 74 de la Constitución Política. Tercero, porque 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 a los que se refiere el literal e), del artículo 9 y el literal g), del artículo 11, de la Ley 1712 de 2014, como 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–. Cuarto, porque, el auto del 25 de febrero de 2021 no suspende todo el contenido de las circulares No. 1 del 21 de junio de 2013 y No. 20 del 27 de agosto de 2015, sino solo las expresiones que utilizan la frase «actividad contractual», quedando vigente lo demás –que continúa estableciendo el referido deber–. Quinto, porque el imperativo de publicar en el SECOP la información oficial de la contratación se desprende además de las circulares No. 23 del 16 de marzo de 2017 y No. 007 de 2020, así como de la Circular Externa Única –actualizada el 16 de abril de 2019–, las cuales se encuentran vigentes.

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

Atentamente,

Texto

Descripción generada automáticamente

|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Nina María Padrón Ballestas  Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Juan David Montoya Penagos  Gestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado Navarro  Subdirector de Gestión Contractual de la ANCP ‒ CCE |

1. «ARTÍCULO 194. Naturaleza. La prestación de servicios de salud en forma directa por la Nación o por las entidades territoriales, se hará a través de las Empresas Sociales del Estado, que constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas por la Ley o por las asambleas o concejos, según el caso, sometidas al régimen jurídico previsto en este capítulo». [↑](#footnote-ref-1)
2. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia 18 de febrero de 2010. Rad: 11001-03-26-000-2009-00058-00(37004). CP: Enrique Gil Botero. [↑](#footnote-ref-2)
3. En sentencia C-655 de 2000, la Corte Constitucional se pronunció, así: «En los términos del artículo 49 de la Constitución Política, la atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado; al cual corresponde organizarlos, dirigirlos y reglamentarlos conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Igualmente es deber del Estado establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas y ejercer su vigilancia y control. Debe también el Estado señalar las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley». [↑](#footnote-ref-3)
4. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 27 de febrero de 2013, C.P: Mauricio Fajardo Gómez de Estado. Secc. 3ª, sentencia de 8 de abril de 2014, rad. No. 2000-01561-01(25.590). [↑](#footnote-ref-4)
5. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 27 de agosto de 1998, radicación No. 1.127, M.P. Javier Henao Hidrón; y concepto del 6 de abril de 2000. Radicación No. 1.263, M.P. Flavio Augusto Rodriguez Arce [↑](#footnote-ref-5)
6. Ministerio de Salud y la Protección Social. Concepto del 16 de agosto de 2019. Expediente No. 201942301304712. [↑](#footnote-ref-6)
7. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección “C”. Providencia del 8 de abril de 2014. Expediente No. 25801. C.P. Enrique Gil Botero. [↑](#footnote-ref-7)
8. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección «C». Radicado No. 05001-23-31-000-1998-00038-01. Número Interno 27.777. M.P. Enrique Gil Botero. Allí se dijo: «[…] liquidar supone un ajuste expreso y claro sobre las cuentas y el estado de cumplimiento de un contrato, de tal manera que conste el balance tanto técnico como económico de las obligaciones que estuvieron a cargo de las partes. En cuanto a lo primero, la liquidación debe incluir un análisis detallado de las condiciones de calidad y oportunidad en la entrega de los bienes, obras o servicios, y el balance económico dará cuenta del comportamiento financiero del negocio: recursos recibidos, pagos efectuados, estado del crédito o de la deuda de cada parte, entre otros detalles mínimos y necesarios para finiquitar una relación jurídica contractual». [↑](#footnote-ref-8)
9. Ibíd. [↑](#footnote-ref-9)
10. Consejo de Estado, Sentencia con radicado No. 4303 del 13 de mayo de 1988, citada en la sentencia con radicado No. 17001-23-31-000-1997-08021-01(23519) del 30 de enero de 2013, Sección Tercera, Subsección C, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. [↑](#footnote-ref-10)
11. Citado en los mismos términos por el Consejo de Estado, Sección Tercera, en sentencia con Radicación número: 11001-03-26-000-2002-00011-01 (22194) del 4 de diciembre de 2002, Consejero ponente, German Rodríguez Villamizar. [↑](#footnote-ref-11)
12. Hoy derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007. [↑](#footnote-ref-12)
13. Consejo de Estado, sentencia con radicado No. 73001-23-31-000-1999-9333-01(19.333) del 4 de julio de 2007, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Germán Rodriguez Villamizar: «La Sala precisa que la liquidación unilateral de los contratos estatales, en tanto decisión de la administración, proferida en ejercicio de potestad estatal expresa que le confiere la ley (artículo 61 de la ley 80 de 1993) para finiquitar el contrato, es un acto administrativo, en cuanto constituye expresión de voluntad unilateral de la entidad estatal contratante en uso de función administrativa, que comporta al propio tiempo la utilización de una prerrogativa propia y exclusiva del Estado, dirigida a poner término a una determinada relación contractual, que escapa a las posibilidades, facultades o derechos que los particulares tienen en ese tipo de negocios jurídicos, y cuyo juzgamiento de legalidad, dada su naturaleza jurídica de acto administrativo, como ya se indicó, es competencia exclusiva y excluyente de la jurisdicción contencioso administrativa, de la cual no son parte los jueces arbitrales.

    »Sin embargo, debe advertirse igualmente, que el acto de liquidación de los contratos, aún en los eventos en que ésta se hace en forma unilateral por parte de la administración pública, tiene una composición o contenido diverso o plural, y no exclusivamente unilateral o fruto del ejercicio de autoridad, porque, bien puede suceder, y es lo usual o más frecuente, que contenga puntos o aspectos producto del acuerdo de las partes contratantes, u otros que expresen la decisión de la administración de reconocer o negar la existencia de obligaciones jurídicas como consecuencia de peticiones o reclamos del particular contratista, pero, que no entrañan ni constituyen el ejercicio de una prerrogativa o autoridad propia y exclusiva del poder público en uso de función administrativa, sino, simplemente, la voluntad de la entidad estatal contratante de reconocer, asumir o negar una determinada prestación frente al particular contratista, en la misma forma en que se desarrollan las relaciones contractuales entre particulares, respecto de las cuales, frente al disentimiento o inconformidad que pudiera tener la parte afectada con tal decisión, bien puede ésta acudir al juez contencioso o al arbitral para que dirima la controversia existente sobre dicho aspecto.

    »En otros términos, la determinación de liquidación unilateral del contrato, en cuanto decisión que profiere la administración en uso de una potestad propia y exclusiva del Estado en ejercicio de función administrativa para poner término al contrato, no posible ni asimilable en las relaciones entre particulares, indiscutiblemente constituye acto administrativo. Pero, no puede predicarse que todos los hechos o declaraciones contenidos en el documento que desarrolla tal decisión, tengan ese mismo carácter.[…] no toda respuesta o decisión que adopte la entidad estatal contratante frente a las peticiones o reclamos del contratista, tiene naturaleza jurídica de acto administrativo, aún en el evento de que tales manifestaciones de voluntad consten en el acto de liquidación unilateral del contrato, porque, en cada caso, se reitera, debe establecerse si tales expresiones de la administración constituyen o contienen el uso de poderes y prerrogativas propias del Estado y, por tanto, exorbitantes de las facultades y derechos que se predican respecto de las relaciones contractuales de los particulares, por cuanto, los acuerdos, conciliaciones, transacciones, comunicaciones, y, en general, las manifestaciones de las partes que se incorporen al acto de liquidación del contrato estatal, no se alteran en cuanto a su naturaleza jurídica por el hecho de ser plasmados en dicho documento». [↑](#footnote-ref-13)
14. «Los poderes de la entidad administrativa contratante o los privilegios de decisión unilateral, como los llaman algunos tratadistas v.gr. Miguel Angel Berçaitz, (Teoría General de los Contratos Administrativos, Ed. Depalma, Buenos Aires 1980) miran a la correcta ejecución del contrato y se encuentran limitados por ese fin. Para ello puede dar órdenes, imponer multas para presionar o impulsar esa ejecución, interpretar cláusulas en cuyo entendimiento existan discrepancias, y si estas medidas coercitivas no logran el fin buscado podrá sustituir el contrato, ejecutándolo directamente o haciéndolo ejecutar por otro y hasta terminarlo, cuando el incumplimiento sea de tal envergadura que haga imposible su ejecución o cause perjuicios a la entidad pública (Arts. 19, sobre la terminación unilateral; 24, sobre interpretación unilateral; 62, sobre caducidad; 71, sobre multas; y 72, sobre cláusula penal pecuniaria, todos ellos del Decreto 222 de 1983)

    »Dentro de este marco conceptual, la actividad de la administración en la liquidación del contrato no constituiría siquiera un poder exorbitante pues no tiene la finalidad indicada, pero suele también dársele esa calificación sólo por el carácter de unilateral que puede tener cuando aquélla procede a adelantarla cuando el contratista no colabora para llevarla a cabo o habiéndolo hecho no aprueba las conclusiones a las que se llega. Pero ese poder no puede llegar hasta señalar la responsabilidad y las consecuencias indemnizatorias de que ella se deriven, pues esta misión le corresponde es a los jueces». [↑](#footnote-ref-14)
15. Pese a que las normas acusadas de la ley 80 de 1993 no señalan expresamente que los árbitros tienen la competencia para pronunciarse en relación con los actos administrativos de carácter unilateral que dicta la administración, con fundamento en la autoridad que le es propia y reconocida expresamente por el legislador, para salvaguardar el interés público que está implícito en los contratos estatales y lograr el cumplimiento de los fines estatales, éstas tampoco pueden interpretarse en tal sentido, pues ello desconocería no sólo la naturaleza del mecanismo arbitral, sino las potestades del Estado, en cuanto a la administración de justicia y su indelegabilidad en aspectos que son esenciales a él. [↑](#footnote-ref-15)
16. DÍAZ DÍEZ, Cristian Andrés. La liquidación. Serie: Las Cláusulas del Contrato Estatal. Medellín: Librería Jurídica Sánchez y Centro de Estudios de Derecho Administrativo –CEDA–, 2013, pp. 223-224. [↑](#footnote-ref-16)
17. ARTÍCULO 99. DOCUMENTOS QUE PRESTAN MÉRITO EJECUTIVO A FAVOR DEL ESTADO. Prestarán mérito ejecutivo para su cobro coactivo, siempre que en ellos conste una obligación clara, expresa y exigible, los siguientes documentos:

    […]

    3. Los contratos o los documentos en que constan sus garantías, junto con el acto administrativo que declara el incumplimiento o la caducidad. Igualmente lo serán el acta de liquidación del contrato o cualquier acto administrativo proferido con ocasión de la actividad contractual.

    […] [↑](#footnote-ref-17)
18. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 8 de marzo de 2017. Rad: 25000-23-36-000-2013-00249-01(50890). CP: Martha Nubia Velázquez Rico. [↑](#footnote-ref-18)
19. DÍAZ DÍEZ, Cristian Andrés. La liquidación. Serie: Las Cláusulas del Contrato Estatal. Medellín: Librería Jurídica Sánchez y Centro de Estudios de Derecho Administrativo –CEDA–, 2013, pp. 222. [↑](#footnote-ref-19)
20. En lo pertinente, la norma dispone los siguiente: «En las entidades estatales a que se refiere el artículo 2°:»

    […]

    »3°. Tienen competencia para celebrar contratos a nombre de la entidad respectiva:»

    […]

    »b) A nivel territorial, los gobernadores de los departamentos, los alcaldes municipales y de los distritos capital y especiales, los contralores departamentales, distritales y municipales, y los representantes legales de las regiones, las provincias, las áreas metropolitanas, los territorios indígenas y las asociaciones de municipios, en los términos y condiciones de las normas legales que regulen la organización y el funcionamiento de dichas entidades». [↑](#footnote-ref-20)
21. «ARTÍCULO 25. DEL PRINCIPIO DE ECONOMÍA. En virtud de este principio:

    » [..]

    »9o. En los procesos de contratación intervendrán el jefe y las unidades asesoras y ejecutoras de la entidad que se señalen en las correspondientes normas sobre su organización y funcionamiento.

    […]». [↑](#footnote-ref-21)
22. «ARTICULO 211º—La ley señalará las funciones que el Presidente de la República podrá delegar en los ministros, directores de departamentos administrativos, representantes legales de entidades descentralizadas, superintendentes, gobernadores, alcaldes y agencias del Estado que la misma ley determine. Igualmente, fijará las condiciones para que las autoridades administrativas puedan delegar en sus subalternos o en otras autoridades. La delegación exime de responsabilidad al delegante, la cual corresponderá exclusivamente al delegatario, cuyos actos o resoluciones podrá siempre reformar o revocar aquél, reasumiendo la responsabilidad consiguiente. La ley establecerá los recursos que se pueden interponer contra los actos de los delegatarios. “La delegación exime de responsabilidad al delegante, la cual corresponderá exclusivamente al delegatario, cuyos actos o resoluciones podrá siempre reformar o revocar aquel, reasumiendo la responsabilidad consiguiente». [↑](#footnote-ref-22)
23. «Artículo 2. De la definición de entidades, servidores y servicios públicos. Para los solos efectos de esta ley:

    […]

    »1o. 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.

    » […]». . [↑](#footnote-ref-23)
24. «Artículo 25. Del principio de economía. En virtud de este principio:

    » […]

    »10. Los jefes o representantes de las entidades a las que se aplica la presente ley, podrán delegar la facultad para celebrar contratos en los términos previstos en el artículo 12 de esta ley y con sujeción a las cuantías que señalen sus respectivas juntas o consejos directivos. En los demás casos, dichas cuantías las fijará el reglamento». [↑](#footnote-ref-24)
25. «Artículo 37. De la delegación para contratar. Los jefes y los representantes legales de las entidades estatales podrán delegar total o parcialmente la competencia para la realización de licitaciones o concursos o para la celebración de contratos, sin consideración a la naturaleza o cuantía de los mismos, en los servidores públicos que desempeñen cargos del nivel directivo o ejecutivo o en sus equivalentes». [↑](#footnote-ref-25)
26. Corte Constitucional, Sentencia C-159 de 2004: «Es expresa, cuando la ley dice expresamente que deroga la antigua. Y tácita, cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior. En la derogación expresa, el legislador señala en forma precisa y concreta los artículos que deroga. Es decir, no es necesaria ninguna interpretación, pues simplemente se excluye del ordenamiento uno o varios preceptos legales, desde el momento en que así lo señale el legislador. Contrario a lo anterior, la derogación tácita supone un cambio de legislación, una incompatibilidad con respecto a lo regulado en la nueva ley y la ley que antes regía. Hecho que hace necesaria la interpretación de ambas leyes, para establecer qué ley rige la materia, o si la derogación es total o parcial». [↑](#footnote-ref-26)
27. «Articulo 2. La ley posterior prevalece sobre la ley anterior. En caso de que una ley posterior sea contraria a otra anterior, y ambas preexistentes al hecho que se juzga, se aplicará la ley posterior». [↑](#footnote-ref-27)
28. «Artículo 21. De la delegación y la desconcentración para contratar. El artículo 12 de la Ley 80 de 1993, tendrá un inciso 2o y un parágrafo del siguiente tenor:

    » […]

    »En ningún caso, los jefes y representantes legales de las entidades estatales quedarán exonerados por virtud de la delegación de sus deberes de control y vigilancia de la actividad precontractual y contractual.

    »Parágrafo. Para los efectos de esta ley, se entiende por desconcentración la distribución adecuada del trabajo que realiza el jefe o representante legal de la entidad, sin que ello implique autonomía administrativa en su ejercicio. En consecuencia, contra las actividades cumplidas en virtud de la desconcentración administrativa no procederá ningún recurso». [↑](#footnote-ref-28)
29. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 693 de 2008. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. [↑](#footnote-ref-29)
30. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-382 de 2000. M.P. Antonio Barrera Carbonell. [↑](#footnote-ref-30)
31. Ley 489 de 1998: “en la Constitución Política y de conformidad con la presente ley, podrán mediante acto de delegación, transferir el ejercicio de funciones a sus colaboradores o a otras autoridades, con funciones afines o complementarias.

    »Sin perjuicio de las delegaciones previstas en leyes orgánicas, en todo caso, los ministros, directores de departamento administrativo, superintendentes, representantes legales de organismos y entidades que posean una estructura independiente y autonomía administrativa podrán delegar la atención y decisión de los asuntos a ellos confiados por la ley y los actos orgánicos respectivos, en los empleados públicos de los niveles directivo y asesor vinculados al organismo correspondiente, con el propósito de dar desarrollo a los principios de la función administrativa enunciados en el artículo 209 de la Constitución Política y en la presente ley». [↑](#footnote-ref-31)
32. BOBBIO, Norberto. Democracia y secreto. México: Fondo de Cultura Económica, 2013. p. 27. [↑](#footnote-ref-32)
33. Corte Constitucional. Sentencia C- 341 del 4 de junio de 2014. M. P. Mauricio González Cuervo. [↑](#footnote-ref-33)
34. Ley 1150 de 2007: «Artículo 3. De conformidad con lo dispuesto en la Ley 527 de 1999, la sustanciación de las actuaciones, la expedición de los actos administrativos, los documentos, contratos y en general los actos derivados de la actividad precontractual y contractual, podrán tener lugar por medios electrónicos. Para el trámite, notificación y publicación de tales actos, podrán utilizarse soportes, medios y aplicaciones electrónicas. Los mecanismos e instrumentos por medio de los cuales las entidades cumplirán con las obligaciones de publicidad del proceso contractual serán señalados por el Gobierno Nacional.

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

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

    […]

    »c) Contará con la información oficial de la contratación realizada con dineros públicos, para lo cual establecerá los patrones a que haya lugar y se encargará de su difusión a través de canales electrónico». [↑](#footnote-ref-34)
35. Ley 1712 de 2014: «Artículo 2. Toda información en posesión, bajo control o custodia de un sujeto obligado es pública y no podrá ser reservada o limitada sino por disposición constitucional o legal, de conformidad con la presente ley». [↑](#footnote-ref-35)
36. Ley 1712 de 2014: «Artículo 5. Ámbito de aplicación. Las disposiciones de esta ley serán aplicables a las siguientes personas en calidad de sujetos obligados:

    »a) Toda entidad pública, incluyendo las pertenecientes a todas las Ramas del Poder Público, en todos los niveles de la estructura estatal, central o descentralizada por servicios o territorialmente, en los órdenes nacional, departamental, municipal y distrital». [↑](#footnote-ref-36)
37. «Artículo 2.1.1.2.1.7. Publicación de la información contractual. De conformidad con el literal (c) del artículo 3° de la Ley 1150 de 2007, el sistema de información del Estado en el cual los sujetos obligados que contratan con cargo a recursos públicos deben cumplir la obligación de publicar la información de su gestión contractual es el Sistema Electrónico para la Contratación Pública [SECOP]

    […].

    «Los sujetos obligados que contratan con recursos públicos y recursos privados, deben publicar la información de su gestión contractual con cargo a recursos públicos en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública [SECOP]». [↑](#footnote-ref-37)
38. Corte Constitucional. Sentencia C‒274 de 9 de mayo de 2013. M.P. María Victoria Calle Correa. [↑](#footnote-ref-38)
39. «Numeral 1.1 […] Las Entidades que contratan con cargo a recursos públicos están obligadas a publicar oportunamente su actividad contractual en el SECOP, sin que sea relevante para la exigencia de esta obligación su régimen jurídico, naturaleza de público o privado o la pertenencia a una u otra rama del poder público». [↑](#footnote-ref-39)
40. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. [↑](#footnote-ref-40)
41. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Auto del 14 de agosto de 2017. Exp. 58.820. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. [↑](#footnote-ref-41)
42. Ibíd. [↑](#footnote-ref-42)
43. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. Auto del 25 de febrero de 2021. Consejero Ponente: Martín Bermúdez Muñoz. Expedientes acumulados: 56.151, 56.160, 56.162, 56.163 y 58.711. [↑](#footnote-ref-43)
44. Esta norma establece: «La jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial». [↑](#footnote-ref-44)
45. Este enunciado normativo dispone que «Las medidas cautelares podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, y deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda. Para el efecto, el Juez o Magistrado Ponente podrá decretar una o varias de las siguientes medidas:

    »[…]

    »3. Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo.

    »[…]». [↑](#footnote-ref-45)
46. En efecto, el artículo 91 de la Ley 1437 de 2011 dice que «Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos en firme serán obligatorios mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Perderán obligatoriedad y, por lo tanto, no podrán ser ejecutados en los siguientes casos:

    1. Cuando sean suspendidos provisionalmente sus efectos por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

    […]». [↑](#footnote-ref-46)
47. En sitio web:

    https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce\_public/files/cce\_circulares/cce\_circular\_unica.pdf [↑](#footnote-ref-47)
48. En sitio web:

    https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce\_public/files/cce\_circulares/circular\_007\_de\_2020\_uso\_secop.pdf [↑](#footnote-ref-48)
49. En sitio web:

    https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce\_public/files/cce\_circulares/20170316circularinformacion.pdf [↑](#footnote-ref-49)
50. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. Auto del 25 de febrero de 2021. Consejero Ponente: Martín Bermúdez Muñoz. Expedientes acumulados: 56.151, 56.160, 56.162, 56.163 y 58.711. [↑](#footnote-ref-50)
51. Ibíd. [↑](#footnote-ref-51)
52. Ibíd. [↑](#footnote-ref-52)
53. El numeral 1.1. de la Circular Externa Única establece que deben publicar en el SECOP «Las entidades del Estado que tienen un régimen especial de contratación, siempre y cuando el contrato ejecute o tenga como fuente de financiación dineros públicos, sin importar su proporción, a través del módulo “Régimen Especial”, de acuerdo con lo establecido en su propio manual de contratación. De manera enunciativa, estas son: las empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga una participación superior al 50% que desarrollen actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, nacional o internacional o en mercados regulados, empresas de servicios públicos domiciliarios, empresas sociales del Estado, entidades descentralizadas indirectas, entre otras». [↑](#footnote-ref-53)
54. La anterior posición fue reiterada en las siguientes consultas de los años 2016 y 2017: 416130000999 del 23 de febrero de 2016, 4201613000005457 del 24 de octubre de 2016, 42017000001243 del 15 de marzo de 2017, 4201714000003623 del 21 de julio de 2017, entre otras. En estas consultas se señaló que las entidades con régimen especial de contratación publicarán los documentos del proceso que define el Decreto 1082 de 2015, es decir: (a) los estudios y documentos previos, (b) el aviso de convocatoria; (c) los pliegos de condiciones o la invitación; (d) las Adendas; (e) la oferta; (f) el informe de evaluación; (g) el contrato; y cualquier otro documento expedido por la Entidad Estatal durante el Proceso. [↑](#footnote-ref-54)
55. Esta posición se reiteró en las siguientes consultas: No. 4201813000006842 del 16 de agosto de 2018, 4201813000010011 del 5 de diciembre de 2018, 4201813000009778 del 29 de octubre de 2018, entre otros. Al respecto se indicó lo siguiente: «Las Entidades con regímenes especiales de contratación están obligadas publicar en el SECOP la información resultante de su actividad contractual en todas sus fases que se ejecute con cargo a recursos públicos, según los procedimientos de selección que tengan definidos en su manual de contratación. Estos documentos incluyen invitaciones a participar, documentos de apertura de procesos, términos de referencia, pliegos de condiciones o sus equivalentes, documentos relativos al procedimiento de selección como observaciones y respuesta, informes de evaluación, ofertas ganadoras, contratos, evidencia del seguimiento a la ejecución, actas de liquidación, entre otros.

    »Así las cosas, se precisa que en la normativa no existe una lista taxativa de los documentos que debe contener cada etapa del Proceso de Contratación, ya que algunos de dichos documentos dependerán de la dinámica en la que se desarrolle la actividad contractual de la Entidad Estatal y de lo establecido en el manual de contratación». [↑](#footnote-ref-55)
56. 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». [↑](#footnote-ref-56)
57. 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». [↑](#footnote-ref-57)
58. 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.

    »Los sujetos obligados que contratan con cargo a recursos públicos y recursos privados, deben publicar en su página web y en el SECOP el Plan Anual de Adquisiciones para los recursos de carácter público que ejecutarán en el año.

    »Se entenderá como definición de Plan Anual de Adquisiciones respecto a todos los sujetos obligados que contratan con recursos públicos, la prevista en el artículo 3° del Decreto 1510 de 2013, o el que lo modifique, sustituya o adicione». [↑](#footnote-ref-58)