**CONTRATOS CON ESAL – Artículo 355 – Constitución – Fundamento**

El artículo 355 de la Constitución Política prohíbe a las ramas y órganos del poder público decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas. Igualmente, establece que las entidades del orden nacional, departamental, distrital y municipal podrán, con sus propios recursos, contratar con entidades sin ánimo de lucro – en adelante ESAL – con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el plan nacional y los planes seccionales de desarrollo. el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 permite a las Entidades Públicas en general, es decir, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo, asociarse con personas jurídicas particulares, mediante la celebración de convenios de asociación o la creación de personas jurídicas.

**TIPOS DE CONTRATOS – Artículo 355 – Constitución – Artículo 96 – Ley 489**

De un lado, los *contratos del artículo 355 de la Constitución Política*, también llamados contratos de colaboración, tienen como objeto promover acciones de fomento social en beneficio de los sectores más desprotegidos de la población, siempre que estén previstas en los planes de desarrollo, motivo por el cual no dan lugar a una contraprestación directa a favor de la entidad y tampoco a una relación conmutativa entre esta y la ESAL, toda vez que el beneficio directo lo recibirán, en últimas, los sectores de este tipo de acciones de fomento. Para celebrar estos contratos, según lo establece el artículo 4 del Decreto 092 de 2017, por regla general, la entidad debe adelantar un proceso competitivo para seleccionar la ESAL contratista.

De otro lado, los *convenios de asociación* – a los cuales hace referencia en su consulta – “[…] [t]ienen como finalidad que la entidad estatal, cualquiera que sea su naturaleza y orden administrativo, se asocien con personas jurídicas particulares para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con los cometidos y funciones asignadas a aquellas conforme a la Constitución y a la Ley”. En estos convenios – al igual que los contratos de colaboración – no existe contraprestación o pago, sino aportes, los cuales están dirigidos, exclusivamente, a lograr la ejecución del convenio no a remunerar la actividad o actuaciones del asociado.

**CONVENIOS DE ASOCIACIÓN – Remisión – Artículo 8 – Liquidación**

[…] los convenios de asociación, en principio, cuentan con un régimen especial en el Decreto 092 de 2017 y en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998. Sin embargo, el artículo 8 de dicho Decreto establece que en lo no reglamentado en él deben observarse “las normas generales aplicables a la contratación pública”. En tal sentido, frente al aspecto por el cual se formula la consulta – esto es la liquidación de los contratos y el término para su realización – habría que preguntarse si cuenta con una regulación especial en el Decreto 092 de 2017. Si la respuesta fuera afirmativa, tendría que aplicarse tal regulación. Pero, de ser negativa, habría que aplicar también el EGCAP, así como sus normas complementarias y reglamentarias, pues, precisamente, dichos preceptos son las “normas generales aplicables a la contratación pública” a las que alude el artículo 8 del Decreto 092 de 2017.

**TIPOS DE LIQUIDACIÓN – Liquidación bilateral – Liquidación unilateral – Liquidación judicial – Oportunidad**

[…] el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007 regula las tres (3) modalidades como se puede realizar la liquidación: a) bilateral, b) unilateral y c) judicial. En términos generales, la primera, que puede ser total o parcial, debe hacerse en el término que lo estipulen las partes en los Documentos del Proceso o en el contrato o, en su defecto, dentro del término supletivo de cuatro (4) meses. La segunda se debe practicar dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del término que acuerden las partes, o ante el silencio de estas, luego de los cuatro (4) meses para realizar la liquidación bilateral, sin que esta se efectúe. Finalmente, la tercera la realiza el Juez contencioso administrativo o un tribunal arbitral dentro de un proceso judicial de controversias contractuales y puede darse con ocasión de una demanda del interesado solicitando dicha liquidación y para ello existe un plazo máximo de dos (2) años contados a partir de los dos (2) meses establecidos en la ley para realizar la liquidación unilateral, de conformidad con la citada sentencia de unificación del Consejo de Estado.

**EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS – Régimen contractual – Derecho privado**

De las disposiciones anteriores se colige, que a pesar de que las empresas prestadoras de servicios públicos en lo concerniente a sus actividades contractuales, por regla general, se rigen por lo dispuesto en las normas del derecho privado, en casos en los que se establezcan cláusulas excepcionales en sus contratos, bien sea por mandato de las Comisiones de Regulación o por solicitud de dichas empresas, deberán someterse a lo dispuesto en el EGCAP – Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007 y demás normas complementarias –, así como en las situaciones en las que la Ley 142 de 1994 u otras leyes especiales lo dispongan.

**EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS – Aplicabilidad – Estatuto General de Contratación de la Administración Pública – Liquidación**

En línea con lo expuesto, si una empresa prestadora de servicios públicos requiere adelantar el proceso de liquidación de un contrato en el que suscribió cláusulas excepcionales, deberá tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007. Finalmente, en caso de que a la empresa prestadora de servicios públicos no le aplique la regla de excepción dispuesta en el artículo 31 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001, deberá adelantar el proceso de liquidación de su contrato en virtud de lo señalado en el derecho privado y en lo establecido en las cláusulas de dicho contrato.

Bogotá D.C., 29 de julio de 2024.

Texto

Descripción generada automáticamente

Señora

**Nicolle Daniela Rueda Fernández**

[robertoardila1670@gmail.com](mailto:robertoardila1670@gmail.com)

[nrueda266@unab.edu.co](mailto:nrueda266@unab.edu.co)

Bucaramanga, Santander

|  |  |
| --- | --- |
|  | **Concepto C-262 de 2024** |
| **Temas:** | CONTRATOS CON ESAL – Artículo 355 – Constitución – Fundamento / TIPOS DE CONTRATOS – Artículo 355 – Constitución – Artículo 96 – Ley 489 / CONVENIOS DE ASOCIACIÓN – Remisión – Artículo 8 – Liquidación / TIPOS DE LIQUIDACIÓN – Liquidación bilateral – Liquidación unilateral – Liquidación judicial – Oportunidad / EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS – Régimen contractual – Derecho privado / EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS – Aplicabilidad – Estatuto General de Contratación de la Administración Pública - Liquidación |
| **Radicación:** | Respuesta a consulta con radicado No. P20240522005317 |

Estimada señora Rueda:

En ejercicio de la competencia otorgada por los artículos 3, numeral 5º, y 11, numeral 8º, del Decreto Ley 4170 de 2011, así como lo establecido en el artículo 4 de la Resolución 1707 de 2018 expedida por esta Entidad, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente– responde su solicitud de consulta de fecha 22 de mayo de 2024, en la cual manifiesta lo siguiente:

“En los contratos regulados bajo régimen especial suscritos entre entidades públicas y particulares, llámese convenios de asociación en los términos del artículo 96 de la ley 489 de 1998 o tratándose del artículo 87.9 de la ley 142 de 1994; i) ¿esos contratos qué termino tienen para liquidarse?; ii) ¿le aplica el artículo 11 de la ley 1152 de 2007 a contratos suscritos por régimen especial? […]”.

De manera preliminar, resulta necesario acotar que esta entidad solo tiene competencia para responder consultas sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. En ese sentido, resolver casos particulares desborda las atribuciones asignadas por el legislador extraordinario, que no concibió a Colombia Compra Eficiente como una autoridad para solucionar problemas jurídicos particulares de todos los partícipes del sistema de compra pública. La competencia de esta entidad se fija con límites claros, con el objeto de evitar que la Agencia actúe como una instancia de validación de las actuaciones de las entidades sujetas a la Ley 80 de 1993 o de los demás participantes de la contratación pública. Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, ni a brindar asesorías sobre casos puntuales.

Conforme lo expuesto, en aras de satisfacer el derecho fundamental de petición se resolverá su consulta dentro de los límites de la referida competencia consultiva, esto es, haciendo unas consideraciones sobre las normas generales relacionadas con los problemas jurídicos de su consulta.

**1. Problemas planteados:**

De acuerdo con el contenido de su solicitud, esta Agencia resolverá los siguientes problemas jurídicos: i) ¿El artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, el cual se refiere al plazo para la liquidación de los contratos, les aplica a los convenios de asociación regulados en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998?; ii) ¿Cuál es el término para liquidar los convenios de asociación regulados en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998?; iii) ¿El artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, el cual se refiere al plazo para la liquidación de los contratos, les aplica a los contratos estatales celebrados por las empresas de servicios públicos, los cuales se encuentran exceptuados del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública – en adelante EGCAP?

**2. Respuestas:**

|  |
| --- |
| En respuesta a los problemas planteados esta Subdirección manifiesta:  i) El artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, que regula el plazo para realizar la liquidación de los contratos, le es aplicable a los convenios de asociación regulados en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, en virtud del artículo 8 del Decreto 092 de 2017, que establece que en lo no reglamentado en él deben observarse “las normas generales aplicables a la contratación pública”.  ii) Teniendo en cuanta la respuesta anterior, el plazo para liquidar los convenios de asociación se encuentra dispuesto en el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, el cual regula las tres (3) modalidades como se puede realizar la liquidación: a) bilateral, b) unilateral y c) judicial. En términos generales, la primera, que puede ser total o parcial, debe hacerse en el término que lo estipulen las partes en los Documentos del Proceso o en el contrato o, en su defecto, dentro del término supletivo de cuatro (4) meses. La segunda se debe practicar dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del término que acuerden las partes, o ante el silencio de estas, luego de los cuatro (4) meses para realizar la liquidación bilateral, sin que esta se efectúe. Finalmente, la tercera la realiza el Juez contencioso administrativo o un tribunal arbitral dentro de un proceso judicial de controversias contractuales y puede darse con ocasión de una demanda del interesado solicitando dicha liquidación y para ello existe un plazo máximo de dos (2) años contados a partir de los dos (2) meses establecidos en la ley para realizar la liquidación unilateral.  iii) Si una empresa prestadora de servicios públicos requiere adelantar el proceso de liquidación de un contrato en el que suscribió cláusulas excepcionales, deberá tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, en virtud de la excepción dispuesta en el artículo 31 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001. Finalmente, en caso de que a la empresa prestadora de servicios públicos no le aplique la regla de excepción dispuesta en el citado artículo deberá adelantar el proceso de liquidación de su contrato en virtud de lo señalado en el derecho privado y en lo establecido en las cláusulas de dicho contrato. |

**3. Razones de la respuesta:**

Lo anterior se sustenta en las siguientes consideraciones:

* Para resolver las preguntas planteadas en su consulta, es importante empezar por señalar que, la Constitución Política de 1991 establece tres (3) regímenes de contratación. El *primero* se fundamenta en la competencia prevista en el inciso final del artículo 150 superior, por el cual se faculta al Congreso de la República para expedir un EGCAP. El *segundo* se relaciona con la posibilidad de crear regímenes especiales, caso en el cual la Constitución los exceptúa directamente, como sucede con las universidades públicas y el Banco de la República –artículos 69 y 371–, o permite que la ley defina el régimen jurídico de determinados órganos del Estado, como en el caso de las entidades descentralizadas por servicios –artículo 210– y las empresas de servicios públicos domiciliarios –artículo 365–. *Finalmente*, el citado artículo 355 establece el régimen de los contratos con las Entidades sin Ánimo de Lucro – en adelante ESAL –, el cual –además de extenderse a los *convenios de asociación* en virtud de lo dispuesto en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998– se desarrolló a través del Decreto 092 de 2017.
* Teniendo en cuenta el objeto de su consulta, a continuación, se hará una breve explicación sobre los contratos regidos por el Decreto 092 de 2017 y los contratos de las empresas prestadoras de servicios públicos, con el fin de analizar frente a cada uno de ellos las reglas aplicables a la liquidación.
* El artículo 355 de la Constitución Política prohíbe a las ramas y órganos del poder público decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas. Igualmente, establece que las entidades del orden nacional, departamental, distrital y municipal podrán, con sus propios recursos, contratar con entidades sin ánimo de lucro – en adelante ESAL – con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el plan nacional y los planes seccionales de desarrollo[[1]](#footnote-2). Por otra parte, el artículo 96 de la Ley 489 de 1998[[2]](#footnote-3) permite a las Entidades Públicas en general, es decir, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo, asociarse con personas jurídicas particulares, mediante la celebración de convenios de asociación o la creación de personas jurídicas. Ambas figuras tienen como fin desarrollar conjuntamente actividades relacionadas con los cometidos y funciones legales asignadas a la entidad.
* El Gobierno Nacional, en desarrollo del artículo 355 de la Constitución Política, expidió el Decreto 092 de 2017, que dispone las reglas para las contrataciones que realicen las Entidades Estatales con las ESAL. El Decreto regula dos (2) eventos: i) los *contratos de colaboración* o de interés público, con el fin impulsar programas y actividades de interés público de acuerdo con el Plan Nacional o los planes seccionales de desarrollo, en los términos del artículo 355 de la Constitución Política y; ii) los *convenios de asociación*, para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con las funciones de las Entidades Estatales, en desarrollo del artículo 96 de la Ley 489 de 1998. Los primeros están regulados en el artículo 2 del Decreto 092 de 2017, mientras que los segundos en los artículos 5, 6, 7 y 8 *ibidem*. Así las cosas, es posible diferenciar los *contratos de colaboración*, establecidos en el artículo 2 del Decreto 092 de 2017, de los *convenios de asociación*, regulados en el artículo 5.[[3]](#footnote-4)
* De un lado, los *contratos del artículo 355 de la Constitución Política*, también llamados contratos de colaboración, tienen como objeto promover acciones de fomento social en beneficio de los sectores más desprotegidos de la población, siempre que estén previstas en los planes de desarrollo, motivo por el cual no dan lugar a una contraprestación directa a favor de la entidad y tampoco a una relación conmutativa entre esta y la ESAL, toda vez que el beneficio directo lo recibirán, en últimas, los sectores de este tipo de acciones de fomento. Para celebrar estos contratos, según lo establece el artículo 4 del Decreto 092 de 2017, por regla general, la entidad debe adelantar un proceso competitivo para seleccionar la ESAL contratista.
* De otro lado, los *convenios de asociación* – a los cuales hace referencia en su consulta – “[…] [t]ienen como finalidad que la entidad estatal, cualquiera que sea su naturaleza y orden administrativo, se asocien con personas jurídicas particulares para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con los cometidos y funciones asignadas a aquellas conforme a la Constitución y a la Ley”[[4]](#footnote-5). En estos convenios – al igual que los contratos de colaboración – no existe contraprestación o pago, sino aportes, los cuales están dirigidos, exclusivamente, a lograr la ejecución del convenio no a remunerar la actividad o actuaciones del asociado.
* De conformidad con el inciso segundo del artículo 96 de la Ley 489 de 1998, en estos convenios debe determinarse “con precisión su objeto, término, obligaciones de las partes, aportes, coordinación y todos aquellos aspectos que se consideren pertinentes”, elementos dentro de los que resalta la exigencia de aportes, que debe interpretarse en el sentido de que las ESAL deben realizar aportes a los convenios que suscriban, los cuales pueden ser en dinero, en porcentajes inferiores o superiores al treinta por ciento (30%), o en especie.
* En relación con los convenios de asociación, el artículo 5 del citado Decreto establece que el proceso para la selección de la ESAL, por regla general, debe estar sujeto a competencia, salvo en aquellos casos en que *una* ESAL comprometa recursos en dinero por un valor igual o superior al treinta por ciento (30%) del valor total del convenio[[5]](#footnote-6), y siempre que la Entidad Estatal verifique previamente que no existe ninguna otra ESAL que ofrezca aportes en dinero iguales o superiores al treinta por ciento (30%), ya que en este último evento también deberá adelantar un proceso competitivo.
* Ahora bien, frente a la regulación sumaria de los *contratos del artículo 355 de la Constitución* y los *convenios de asociación*, el artículo 8 del Decreto 092 de 2017 dispone lo siguiente:

“Artículo 8°. Aplicación de normas generales del sistema de contratación pública. La contratación a la que hace referencia el presente decreto está sujeta a las normas generales aplicables a la contratación pública excepto en lo reglamentado en el presente decreto”.

* Conforme la disposición citada, los convenios de asociación, en principio, cuentan con un régimen especial en el Decreto 092 de 2017 y en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998. Sin embargo, el artículo 8 de dicho Decreto establece que en lo no reglamentado en él deben observarse “las normas generales aplicables a la contratación pública”. En tal sentido, frente al aspecto por el cual se formula la consulta – esto es la liquidación de los contratos y el término para su realización – habría que preguntarse si cuenta con una regulación especial en el Decreto 092 de 2017. Si la respuesta fuera afirmativa, tendría que aplicarse tal regulación. Pero, de ser negativa, habría que aplicar también el EGCAP, así como sus normas complementarias y reglamentarias, pues, precisamente, dichos preceptos son las “normas generales aplicables a la contratación pública” a las que alude el artículo 8 del Decreto 092 de 2017.
* Siguiendo la metodología explicada en el párrafo anterior, hay que señalar que la liquidación de los convenios de asociación no está regulada expresamente en el Decreto 092 de 2017, en consecuencia, el vacío que se presenta frente a este asunto debe llenarse con la remisión que efectúa el artículo 8 del Decreto 092 de 2017 al EGCAP.
* Las disposiciones legales que regulan la etapa de liquidación de los contratos estatales 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 artículos se refiere al alcance sustantivo de la liquidación y los contratos en que procede, mientras que el segundo contiene reglas procedimentales para su realización.
* Por un lado, el artículo 60 de la Ley 80 de 1993 señala que, los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuyo cumplimiento o ejecución se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran “serán objeto de liquidación”. El mismo artículo prescribe que no será obligatoria la liquidación en los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión. Respecto del mencionado artículo, la doctrina ha indicado que:

“La ley 80 de 1993 […] dispuso en el artículo 60 que serían objeto de liquidación todos los contratos de tracto sucesivo, entendiendo por estos los de ejecución y cumplimiento prolongados en el tiempo, así como los demás que lo requieran –que son generalmente aquellos de ejecución instantánea en los que la misma se ha extendido temporalmente–, etapa en la cual las partes debían acordar los ajustes, revisiones y reconocimientos a que hubiera lugar, y que el contenido de la misma debía reflejar «los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo”[[6]](#footnote-7).

* Por otro lado, el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007 regula las tres (3) modalidades como se puede realizar la liquidación: a) bilateral, b) unilateral y c) judicial[[7]](#footnote-8). En términos generales, la primera, que puede ser total o parcial, debe hacerse en el término que lo estipulen las partes en los Documentos del Proceso o en el contrato o, en su defecto, dentro del término supletivo de cuatro (4) meses. La segunda se debe practicar dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del término que acuerden las partes, o ante el silencio de estas, luego de los cuatro (4) meses para realizar la liquidación bilateral, sin que esta se efectúe. Finalmente, la tercera la realiza el Juez contencioso administrativo o un tribunal arbitral dentro de un proceso judicial de controversias contractuales y puede darse con ocasión de una demanda del interesado solicitando dicha liquidación y para ello existe un plazo máximo de dos (2) años contados a partir de los dos (2) meses establecidos en la ley para realizar la liquidación unilateral, de conformidad con la citada sentencia de unificación del Consejo de Estado[[8]](#footnote-9).
* De lo expuesto se concluye que, los convenios regulados en el artículo 355 de la Constitución, en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 y en el Decreto 092 de 2017 no son contratos de prestación de servicios profesionales ni de apoyo a la gestión, por lo tanto, no están exceptuados de liquidarse, si son de tracto sucesivo o lo requieren, según lo indica el artículo 60 de la Ley 80 de 1993. Las normas que regulan la liquidación en el EGCAP – antes explicadas – también resultan aplicables por virtud de la remisión hecha por el artículo 8 del Decreto 092 de 2017[[9]](#footnote-10).
* Ahora bien, en su petición hace referencia al artículo 87.9 de la ley 142 de 1994, no obstante, tal disposición hace referencia a los criterios para definir el régimen tarifario de las empresas de servicios públicos, asunto que no está relacionado con normas de contratación pública. Sin perjuicio de ello, a continuación, se hará mención del régimen contractual que rige a las empresas de servicios públicos.
* En lo que atañe especialmente al régimen de contratación, el artículo 31 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001, dispone que los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos “no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa”. Por su parte, el artículo 32 de la Ley 142 consagra el régimen de derecho privado para las empresas de servicios públicos, indicando que sus actos se rigen por los principios y reglas aplicables a los particulares[[10]](#footnote-11).
* En consecuencia, de la lectura sistemática de las normas referidas puede concluirse que el régimen jurídico que, por regla general, debe aplicarse a la contratación que efectúan las empresas prestadoras de servicios públicos es el derecho privado, y solo excepcionalmente el contenido en el EGCAP[[11]](#footnote-12). En otras palabras, las empresas prestadoras de servicios públicos se sujetan, en su actividad contractual, a las disposiciones del derecho privado, salvo en aquellos casos en los que la Constitución, la Ley 142 de 1994 u otras leyes especiales, sometan tal conducta al EGCAP, es decir a la Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007 y demás normas complementarias.
* Lo anterior no significa que la actividad contractual de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios se rija por un “derecho privado puro”, pues este se encuentra irrigado, entre otras cosas, por los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, previstos en los artículos 209 y 267 de la Constitución, y sometida al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal, toda vez que así lo dispone el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007[[12]](#footnote-13).
* Pese a que el artículo 31 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001, dispuso que los contratos celebrados por las entidades prestadoras de servicios públicos no se regirían por las disposiciones contenidas en el EGCAP, esa misma norma estableció como excepción a esta regla general, las situaciones en las que estas entidades deberán aplicarlo, así:

“ARTÍCULO 31. RÉGIMEN DE LA CONTRATACIÓN.

[…]

Las Comisiones de Regulación podrán hacer obligatoria la inclusión, en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos, de cláusulas exorbitantes y podrán facultar, previa consulta expresa por parte de las empresas de servicios públicos domiciliarios, que se incluyan en los demás. *Cuando la inclusión sea forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, y los actos y contratos en los que se utilicen esas cláusulas y/o se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa.* Las Comisiones de Regulación contarán con quince (15) días para responder las solicitudes elevadas por las empresas de servicios públicos domiciliarios sobre la inclusión de las cláusulas excepcionales en los respectivos contratos, transcurrido este término operará el silencio administrativo positivo. […]”. [Énfasis fuera de texto]

* Asimismo, se resalta, que en los numerales 2 y 3, del artículo 104 de la Ley 1437 de 2011, en lo concerniente a la competencia de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, estableció:

“ARTÍCULO 104. DE LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa.

Igualmente conocerá de los siguientes procesos:

[…]

3. *Los relativos a contratos celebrados por cualquier entidad prestadora de servicios públicos domiciliarios en los cuales se incluyan o hayan debido incluirse cláusulas exorbitantes.*

[…]” [Énfasis fuera de texto]

* De las disposiciones anteriores se colige, que a pesar de que las empresas prestadoras de servicios públicos en lo concerniente a sus actividades contractuales, por regla general, se rigen por lo dispuesto en las normas del derecho privado, en casos en los que se establezcan cláusulas excepcionales en sus contratos, bien sea por mandato de las Comisiones de Regulación o por solicitud de dichas empresas, deberán someterse a lo dispuesto en el EGCAP – Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007 y demás normas complementarias –, así como en las situaciones en las que la Ley 142 de 1994 u otras leyes especiales lo dispongan.
* En línea con lo expuesto, si una empresa prestadora de servicios públicos requiere adelantar el proceso de liquidación de un contrato en el que suscribió cláusulas excepcionales, deberá tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007. Finalmente, en caso de que a la empresa prestadora de servicios públicos no le aplique la regla de excepción dispuesta en el artículo 31 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001, deberá adelantar el proceso de liquidación de su contrato en virtud de lo señalado en el derecho privado y en lo establecido en las cláusulas de dicho contrato.

**4. Referencias normativas, jurisprudenciales y otras fuentes:**

|  |
| --- |
| * Constitución Política: Artículo 355. * Ley 142 de 1994: Artículo 31 y 32. * Ley 489 de 1998: Artículo 96. * Ley 80 de 1993: Artículo 60. * Ley 1150 de 2007: Artículo 11 – modificado por el artículo 217 del Decreto 019 de 2012. * Decreto 092 de 2017: Artículo 8. * Guías y manuales expedidos por la ANCP-CCE. Disponible en: <https://www.colombiacompra.gov.co/manuales-guias-y-pliegos-tipo/manuales-y-guias> |

**5. Doctrina de la Agencia Nacional de Contratación Pública:**

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se pronunció sobre el régimen contractual de los prestadores de servicios públicos en los Conceptos C-027 del 23 de enero de 2020, C-032 del 19 de febrero de 2020, C-157 del 16 de marzo de 2020, el C-147 del 17 de marzo de 2020, C-168 del 31 de marzo de 2020, C-158 del 3 de abril de 2020, C-227 del 7 de abril de 2020, C-362 del 3 de julio de 2020, C-462 del 24 de julio de 2020, C-718 del 17 de diciembre de 2020, C-053 del 9 de marzo de 2021, C-072 del 16 de marzo de 2021, C-077 del 16 de marzo de 2021, C-218 del 14 de mayo de 2021, C-699 del 6 de enero de 2022, entre otros. Por otro lado, esta entidad se ha pronunciado en diferentes oportunidades respecto de la liquidación de los contratos en el concepto con radicado No. 4201912000004908 del 27 de septiembre de 2019 y los conceptos con número interno CU-028 de 25 de febrero de 2020, C-221 de 21 de abril de 2020, C-444 del 23 de julio de 2021 y C-955 del 24 de enero de 2023. Estos y otros conceptos se encuentran disponibles para consulta en el Sistema de relatoría de la Agencia, al cual se puede acceder a través del siguiente enlace: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos>.

También le invitamos a consultar las versiones I y II de 2024 del Boletín de Relatoría de la Subdirección de Gestión Contractual, las cuales puede descargar en la página web de la Agencia: <https://www.colombiacompra.gov.co/sala-de-prensa/boletin-digital>

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y las expresiones aquí utilizadas con mayúscula inicial deben ser entendidas con el significado que les otorga el artículo 2.2.1.1.1.3.1. del Decreto 1082 de 2015.

Atentamente,

Texto

Descripción generada automáticamente

|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Diana Lucia Saavedra Castañeda  Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Alejandro Raúl Sarmiento Cantillo  Gestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Carolina Quintero Gacharná  Subdirectora de Gestión Contractual ANCP – CCE |

1. Sobre esta norma, consultar los conceptos del 8 de octubre de 2019, con radicado No. 2201913000007532, y del 20 de diciembre de 2019, con radicado No. 4201913000008240. [↑](#footnote-ref-2)
2. Al respecto, la Ley 489 de 1998 dispone que “Artículo 96. Las entidades estatales, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo podrán, con la observancia de los principios señalados en el artículo 209 de la Constitución, asociarse con personas jurídicas particulares, mediante la celebración de convenios de asociación o la creación de personas jurídicas, para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que les asigna a aquéllas la ley.

   Los convenios de asociación a que se refiere el presente artículo se celebrarán de conformidad con lo dispuesto en el artículo 355 de la Constitución Política, en ellos se determinará con precisión su objeto, término, obligaciones de las partes, aportes, coordinación y todos aquellos aspectos que se consideren pertinentes”.

   [↑](#footnote-ref-3)
3. En el concepto emitido el 5 de febrero de 2019, dentro del radicado No. 2201913000000663, se dijo: “[l]os convenios de asociación del artículo 5 son distintos a los contratos de colaboración del artículo 2 del Decreto 092 de 2017”. [↑](#footnote-ref-4)
4. Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente. Concepto del 3 de septiembre de 2019, con radicado No. 2201913000006512. [↑](#footnote-ref-5)
5. Decreto 1082, artículo 5: “[…] no estarán sujetos a competencia cuando la entidad sin ánimo de lucro comprometa recursos en dinero para la ejecución de esas actividades en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio. Los recursos que compromete la entidad sin ánimo de lucro pueden ser propios o de cooperación internacional”. [↑](#footnote-ref-6)
6. EXPOSITO, Juan Carlos. Forma y contenido del contrato estatal. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Página 90. [↑](#footnote-ref-7)
7. Según esta norma: “La liquidación de los contratos se hará de mutuo acuerdo dentro del término fijado en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, o dentro del que acuerden las partes para el efecto. De no existir tal término, la liquidación se realizará dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la expiración del término previsto para la ejecución del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga.

   En aquellos casos en que el contratista no se presente a la liquidación previa notificación o convocatoria que le haga la entidad, o las partes no lleguen a un acuerdo sobre su contenido, la entidad tendrá la facultad de liquidar en forma unilateral dentro de los dos (2) meses siguientes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 136 del C. C. A.

   Si vencido el plazo anteriormente establecido no se ha realizado la liquidación, la misma podrá ser realizada en cualquier tiempo dentro de los dos años siguientes al vencimiento del término a que se refieren los incisos anteriores, de mutuo acuerdo o unilateralmente, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 136 del C. C. A.

   Los contratistas tendrán derecho a efectuar salvedades a la liquidación por mutuo acuerdo, y en este evento la liquidación unilateral solo procederá en relación con los aspectos que no hayan sido objeto de acuerdo». [↑](#footnote-ref-8)
8. También puede consultar el Concepto C-955 del 24 de enero de 2023 de la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, en el cual se explica de forma detallada los términos para realizar la liquidación en contratos regidos por el EGCAP. [↑](#footnote-ref-9)
9. A esta conclusión llegó la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente en el Concepto C-548 del 5 de octubre de 2021. [↑](#footnote-ref-10)
10. Así lo establece la norma: “Salvo en cuanto la Constitución Política o esta Ley dispongan expresamente lo contrario, la constitución, y los actos de todas las empresas de servicios públicos, así como los requeridos para la administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas que sean socias de ellas, en lo no dispuesto en esta Ley, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado.

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

    Se entiende que la autorización para que una entidad pública haga parte de una empresa de servicios públicos organizada como sociedad por acciones, faculta a su representante legal, de acuerdo con los estatutos de la entidad, para realizar respecto de la sociedad, las acciones y los derechos inherentes a ellas [y] todos los actos que la ley y los estatutos permiten a los socios particulares”. [↑](#footnote-ref-11)
11. Consejo de Estado. Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 13 de abril de 2011. Exp. 37423. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. En similar sentido, puede verse la Sentencia del Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B, del 15 de noviembre de 2011. Exp. 21178. Consejera ponente: Ruth Stella Correa Palacio. [↑](#footnote-ref-12)
12. Esta norma dispone: “Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal”. [↑](#footnote-ref-13)