

CIRCULARES DE SERVICIO – Medio de control de nulidad simple

el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA) regula el medio de control jurisdiccional de simple nulidad; el inciso tercero de la disposición establece que *"también puede pedirse que se declare la nulidad de las circulares de servicio y de los actos de certificación y registro"*.

CIRCULARES DE SERVICIO – Definición – Manifestaciones de la voluntad de la administración – Clasificación – Internas - Externas

Las circulares de servicio son manifestaciones de la voluntad de la administración que contienen instrucciones o indicaciones dirigidas a la colectividad o a un grupo específico de entidades, servidores públicos o de ciudadanos en relación con un asunto o situaciones concretas de diversa índole como situaciones administrativas, sociales, económicas, laborales, jurídicas, metodológicas, entre muchas otras.

Las circulares de servicio se clasifican, según sus efectos, en *externas o internas*, las primeras son las que desbordan el ámbito interno de la administración y, por consiguiente, afectan situaciones de los particulares o de los ciudadanos; *contrario sensu*, las segundas, contienen meras orientaciones o instrucciones para los servidores y agentes estatales vinculados con la correspondiente entidad pública

CIRCULARES EXTERNAS – Control judicial – Efectos

Se ha entendido que las circulares externas, dado su alcance, son objeto de control judicial, mientras que la internas lo serán en la medida que produzcan efectos jurídicos.

La Sección Primera de esta Corporación, en vigencia del CPACA, se ha movido entre un entendimiento amplio y uno restrictivo sobre el alcance del control judicial de tales actos. Efectivamente, ha dicho que todas las circulares son objeto de control judicial; sin embargo, su postura se ha decantado por exigir la existencia de efectos jurídicos, es decir, que se trate de verdaderos actos administrativos, entendimiento por el que aquí se decanta la Subsección.

DEBER DE PUBLICIDAD – SECOP - Entidades exceptuadas del EGCAP – Ley 1150 de 2007 artículo 13 - Ley 2195 de 2022 artículo 53

La obligación que impuso el aparte en cita tiene unos destinatarios claros que son las *"entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública"* (inciso primero del artículo 13 de la Ley 1150 de 2007).

[...] *Prima facie*, la Sala no observa la limitación que alega la parte actora. Efectivamente, los destinatarios de dicha obligación deben publicar su actividad contractual, sin que, en ningún momento, se excluya aquella que no implique erogación presupuestal. Siendo así, donde la ley no distingue, tampoco le es posible hacerlo al intérprete *-ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus-*.

De tal forma que resulta contradictorio que la parte actora sostenga que las entidades reguladas en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 sólo están sometidas al Título II de esta ley, cuando precisamente el artículo 53 de la Ley 2195 de 2022 adicionó un artículo

que hace parte de dicho Título y que las sometió, sin distinciones, al deber de publicación en la plataforma transaccional que allí se indica.

RECURSOS PÚBLICOS – Concepto

Entonces, el objeto de la Ley 1150 de 2007 (artículo 1º) *"trasciende el aspecto de la contratación estatal para abarcar "toda la contratación con recursos públicos" y, por lo tanto, es "la proveniencia pública del recurso la que determina los sujetos regulados"*. En todo caso, esta norma fue modificada por la Ley 2195 y debe entenderse en función de ella.

Por consiguiente, se trata de un concepto más allá de lo presupuestal o del gasto de los dineros públicos o de su concepción eminentemente técnica, puesto que corresponde a la existencia misma de recursos con origen público que justifican la determinación del régimen jurídico de las empresas del Estado.

DEBER DE PUBLICIDAD – Entidades exceptuadas del EGCAP

El análisis de los cargos aducidos contra los numerales 1.3 y 11.2 del acto demandado impone tener como punto de partida las consideraciones atinentes a la interpretación del artículo 53 de la Ley 2195 de 2022, habida cuenta de que el deber de publicidad que fue integrado al artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 está referido únicamente a la contratación de las entidades que cuentan con un régimen especial o exceptuado del EGCAP que ejecuten recursos públicos.

[...]

Es preciso aclarar que para las entidades exceptuadas del EGCAP sólo es obligatorio la publicación de documentos, pero no lo transaccional, tal como lo ordenó el artículo 53 de la Ley 2195 de 2022. Así, se observa que el numeral 1.3 demandado se refiere a la oportunidad de publicación de los documentos no generados en línea, es decir, no es un tema transaccional. Por su parte, el numeral 11.2, en su primer inciso, se refiere a la publicidad de las ofertas, sin precisar que se trate de actuaciones a través del SECOP. Ahora, para los procesos transaccionales, precisa unas cuestiones de publicidad y de reserva, cuestión que no resulta aplicable a las entidades exceptuadas.



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN A

Consejera ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN

Bogotá D.C., veintiuno (21) de marzo de dos mil veinticinco (2025)

Radicación número: 11001-03-26-000-2022-00190-00 (69162)

Actora: CENTRALES ELÉCTRICAS DEL NORTE DE SANTANDER S.A. E.S.P.

**Demandada: AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
COLOMBIA COMPRA EFICIENTE**

Asunto: NULIDAD

Temas: Los recursos públicos como un concepto amplio para determinar la obligación de publicación en el SECOP de las entidades estatales exceptuadas del Estatuto General de Contratación Pública.

Sin que se observe nulidad de lo actuado y teniendo en cuenta que fue derrotada la ponencia del Consejero de Estado José Roberto Sáchica Méndez, motivo por el hubo cambio de ponente¹, la Sala procede a dictar sentencia de única instancia dentro del presente asunto.

I. SÍNTESIS DEL CASO

En la demanda se pretende la nulidad parcial de los artículos 1.1, 1.3 y 11.2 de la circular externa única proferida el 15 de julio de 2022 por la Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente, en adelante, CCE, con base en los cargos que más adelante se detallarán.

II. ANTECEDENTES

A. La demanda

1. El 1 de noviembre de 2022, la sociedad Centrales Eléctricas del Norte de Santander, en lo sucesivo CENS, presentó demanda a través del medio de control de nulidad simple, contra la CCE, en los siguientes términos:

1. Que se declare la nulidad parcial de la Circular Externa Única de 2022 proferida por CCE en cuanto a los apartes que se subrayan a continuación

Parte final del inciso final del artículo 1.1:

¹ Sala del 7 de febrero de 2025.



1.1. Quiénes deben publicar la actividad contractual en el SECOP (...)

Las Entidades Estatales 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 pública o privada o la pertenencia a una u otra rama del poder público. Esta obligación deberá cumplirse, inclusive, si la ejecución del contrato no implica erogación presupuestal.

Inciso final del artículo 1.3.:

1.3. Oportunidad en la publicación de la información en el SECOP (...)

Respecto a los documentos que no son generados en línea, el SECOP II y la TVEC permiten su publicidad. Para ello, se aplicará la misma regla de los tres (3) días hábiles siguientes a la expedición, conforme con lo previsto en el artículo 2.2.1.1.1.7.1. del Decreto 1082 de 2015.

Inciso inicial y final del artículo 11.2.:

11.2. Publicación de las ofertas

Con fundamento en el principio de transparencia y publicidad de las actuaciones públicas, las Entidades Estatales, después de ocurrido el cierre del Proceso, deben entregar las copias que se soliciten de las ofertas recibidas o publicar las ofertas en el SECOP II, salvo aquella información sujeta a reserva legal. (...)

En los Procesos de Contratación que se adelanten en el SECOP II, la Entidad Estatal dará a conocer las ofertas presentadas en el Proceso de Contratación, haciendo clic en la opción «publicar ofertas» para que sean visibles a todos los proponentes. En los eventos en los que se presenten documentos con información reservada, el SECOP II, antes de publicar las ofertas, brinda a las entidades la opción de calificar dicha información como confidencial, lo cual impide que los documentos se publiquen.

2. En el concepto de la violación se plantearon los siguientes cargos, cuyo desarrollo, por fines metodológicos, se hará en el estudio puntual de la Sala:

2.1. Falta de competencia por: (i) “violación de la disposición constitucional que reserva al legislador la función de interpretar, reformar y derogar las leyes”; y (ii) “violación de la disposición constitucional que reserva al Presidente de la República la función indelegable de reglamentar las leyes”.

2.2. “Falsa motivación de la Circular Externa Única de 2022 para regular situaciones sin habilitación legal e indebida interpretación de sus facultades”.

2.3. “Infracción de las normas en que debería fundarse - violación de las disposiciones legales que exceptúan a las empresas de servicios públicos domiciliarios del estatuto general de contratación”.



B. La contestación de la demanda

3. La CCE contestó la demanda, se opuso a las pretensiones y señaló los fundamentos que sostienen la legalidad de las disposiciones censuradas.

3.1. Refirió que la Ley 1712 de 2014 definió como sujetos obligados a publicar la información relacionada con su contratación, a todas las entidades que ejerzan funciones públicas o que ejecuten recursos públicos, así como las empresas del Estado y sociedades en las que éste tenga participación, sin importar su monto - norma desarrollada por el artículo 2.1.1.2.1.7 del Decreto 1081 de 2015-. Preciso que el artículo 3 de la Ley 1150 de 2007 ya había señalado que el SECOP debía contar con la información oficial de toda la contratación realizada con dineros públicos, y que con la Ley 2195 de 2022 se estableció el deber de las entidades exceptuadas de publicar su información contractual, sin hacer salvedades por su régimen o naturaleza de los recursos.

3.2. Como medios exceptivos, planteó los siguientes:

3.2.1. *“Cumplimiento de los deberes propios”*, ya que la ley le asignó competencia para difundir las mejores prácticas en contratación pública, en calidad de ente rector en materia de contratación estatal y administrador del SECOP.

3.2.2. *“Inexistencia de violación de la disposición constitucional que reserva al legislador la función de interpretar, reformar y derogar las leyes”*, dado que le compete definir operativamente cómo se debe cumplir la obligación de publicidad fijada en el art. 53 de la Ley 2195 de 2022.

3.2.3. *“Inexistencia de violación de la disposición constitucional que reserva al Presidente de la República la función indelegable de reglamentar las leyes”*, al sostener que la circular demandada no reglamenta el art. 53 de la Ley 2195 de 2022, sino que el actor la interpreta y agrega salvedades que la ley no fijó.

3.2.4. *“Inexistencia de falsa motivación de la Circular Externa Única de 2022 para regular situaciones sin habilitación legal e indebida interpretación de sus facultades”*, al afirmar que el actor hizo transcripción de apartes jurisprudenciales sin indicar el fundamento de esta censura; además, sólo reiteró los cargos anteriores.

3.2.5. *“Inexistencia de infracción de las normas en que debería fundarse - violación de las disposiciones legales que exceptúan a las empresas de servicios públicos”*



domiciliarios del estatuto general de contratación”, pues la circular demandada no desconoce que el régimen de las empresas de servicios públicos domiciliarios es el derecho privado, y la herramienta del SECOP sólo ofrece la forma de cumplir con la publicidad que ordenó el legislador. El término de tres (3) días para publicar en el SECOP está fijado por ley.

C. Coadyuvancia

4. Como coadyuvantes del actor intervinieron: (i) Aguas de Malambo S.A. ESP; (ii) Empresas Públicas de Medellín S.A. ESP; (iii) Aguas Regionales EPM S.A. ESP; (iv) Electrificadora de Santander S.A. ESP; (v) Central Hidroeléctrica de Caldas S.A. ESP BIC; (vi) Caribemar de la Costa S.A.S. ESP; (vii) Empresas Varias de Medellín S.A. ESP; y (viii) Aguas Nacionales EPM S.A. ESP, insistiendo todas ellas en las pretensiones y cargos formulados por el actor.

D. Adecuación del trámite procesal

5. Mediante proveído del 20 de junio de 2023 se dispuso adecuar el presente trámite al de sentencia anticipada. No hubo solicitudes probatorias de las partes ni de los coadyuvantes, salvo la circular demandada que fue aportada al proceso; se efectuó la fijación del litigio y se ordenó prescindir de la audiencia inicial.

E. Alegatos de conclusión y concepto del Ministerio Público

6. En sus alegatos, el actor, los coadyuvantes y CCE reiteraron sustancialmente los argumentos esgrimidos en sus intervenciones.

7. El Ministerio Público pidió declarar la nulidad de la expresión contenida en el inciso final del numeral 1.1. de la circular demandada, que indica: *“Esta obligación deberá cumplirse, inclusive, si la ejecución del contrato no implica erogación presupuesta”*, pues el artículo 53 de la citada Ley 2195 adicionó la Ley 1150 de 2007 *“Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos”* (resaltado del texto), de modo que trata aspectos contractuales únicamente vinculados con la ejecución de recursos de esta naturaleza.

7.1. Puntualizó que el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 está ubicado en el Título II que establece *“DISPOSICIONES GENERALES PARA LA CONTRATACIÓN CON RECURSOS PÚBLICOS”*, de modo que corresponde a una disposición dirigida a



regular la actividad contractual en la que se ejecuten tales recursos; tesis concordante con la interpretación del literal c) del artículo 3 de la Ley 1150 de 2007.

7.2. Pidió negar las pretensiones de nulidad parcial de los numerales 1.3 y 11.2 demandados, en el entendido que la publicación en el SECOP se contrae a la actividad contractual con recursos públicos, de modo que las disposiciones acusadas no adolecen de vicios, pues se adecúan al art. 2.2.1.1.1.7.1. del Decreto 1082 de 2015.

7.3. En cuanto atañe a las empresas de servicios públicos domiciliarios, señaló que cuando los recursos ejecutados en sus procesos contractuales no tengan el carácter de públicos, los presupuestos demandados de los artículos 1.3. y 11.2 de la circular externa no le son aplicables, pues su régimen de contratación estipula que no están sujetos a las disposiciones del EGCAP.

III. CONSIDERACIONES

F. De la jurisdicción, competencia y medio de control

8. Atendiendo a la naturaleza pública de CCE, esta controversia es de conocimiento de esta jurisdicción, en los términos del artículo 104 del CPACA.

9. Corresponde a la Sala conocer en única instancia la presente demanda de nulidad, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 149 de la Ley 1437 de 2011 y el artículo 13 del Acuerdo 80 de 2019 de la Sala Plena de esta Corporación.

10. Lo anterior por tratarse de un acto expedido por una entidad del orden nacional, la Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente- que, de acuerdo con el artículo 1º del Decreto Ley 4170 de 2011, es una Unidad Administrativa especial, descentralizada, perteneciente a la rama ejecutiva y adscrita al Departamento Nacional de Planeación, así que esta Corporación está habilitada para avanzar en el juicio de legalidad propuesto.

11. Vale precisar que, aunque el acto enjuiciado perdió vigencia al ser sustituido en su integridad por la circular externa única expedida el 27 de diciembre de 2023², ello

² Circular identificada con el Código CCE-EICP-MA-06, publicada por CCE, en la que expresamente se indicó: “esta sustituye íntegramente la anterior Circular Externa Única que incluía las actualizaciones de la versión 02 de 15 de julio de 2022, la cual queda sin efectos” (pág. 5). Disponible en el siguiente enlace: https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_circulares/circular_externa_unica_version_3_vf49.pdf.



no impide adelantar el examen de que trata el medio control promovido, pues ante los efectos que el mismo produjo, tal escrutinio no está condicionado a la pervivencia del acto sino que se remonta a la verificación de sus elementos de origen en contraste con el ordenamiento jurídico en un examen de legalidad objetiva, como lo ha reiterado en múltiples ocasiones esta Corporación³.

12. El artículo 137 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA) regula el medio de control jurisdiccional de simple nulidad; el inciso tercero de la disposición establece que *“también puede pedirse que se declare la nulidad de las circulares de servicio y de los actos de certificación y registro”*.

13. Las circulares de servicio son manifestaciones de la voluntad de la administración que contienen instrucciones o indicaciones dirigidas a la colectividad o a un grupo específico de entidades, servidores públicos o de ciudadanos en relación con un asunto o situaciones concretas de diversa índole como situaciones administrativas, sociales, económicas, laborales, jurídicas, metodológicas, entre muchas otras.

14. Las circulares de servicio se clasifican, según sus efectos, en *externas* o *internas*, las primeras son las que desbordan el ámbito interno de la administración y, por consiguiente, afectan situaciones de los particulares o de los ciudadanos; *contrario sensu*, las segundas, contienen meras orientaciones o instrucciones para los servidores y agentes estatales vinculados con la correspondiente entidad pública.

15. Se ha entendido que las circulares externas, dado su alcance, son objeto de control judicial, mientras que la internas lo serán en la medida que produzcan efectos jurídicos.

16. La Sección Primera de esta Corporación, en vigencia del CPACA, se ha movido entre un entendimiento amplio y uno restrictivo sobre el alcance del control judicial de tales actos. Efectivamente, ha dicho que todas las circulares son objeto de control judicial⁴; sin embargo, su postura se ha decantado por exigir la existencia de

³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 23 de abril de 2021, exp. 56.307, M.P. José Roberto SÁCHICA Méndez.

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 27 de noviembre de 2014, expediente no. 2012-00533, MP Guillermo Vargas Ayala.



efectos jurídicos, es decir, que se trate de verdaderos actos administrativos⁵, entendimiento por el que aquí se decanta la Subsección⁶.

17. En ese marco normativo y jurisprudencial, se tiene que la circular del 15 de julio de 2022 proferida por CCE constituye, formal y materialmente un acto administrativo pasible de control jurisdiccional, puesto que, además que reiteró la carga de publicar en el SECOP a las entidades estatales exceptuadas (1.1), es posible predicar de ella efectos jurídicos frente a terceros al señalar la oportunidad para publicar (1.3), las reglas para casos especiales o particulares (1.8), el uso del SECOP para auditorías, veedurías ciudadanas y órganos de control (1.9), los lineamientos para la elaboración del Plan Anual de Adquisiciones (5.3), la acreditación de la situación militar (9), la acreditación de la formación académica (10), la forma de publicación de las ofertas (11.2), la obligatoriedad del uso de documentos tipo (13) y las reglas para la contratación de actividades de ciencia, tecnología e innovación (15), entre otras.

G. Análisis de los cargos objeto de la *litis*

18. La Sala emprenderá el análisis de los cargos formulados de la siguiente forma:

H. Frente al numeral 1.1. de la circular del 15 de julio de 2022

19. El numeral 1.1. de la circular demandada precisa quiénes deben publicar la actividad contractual en el SECOP. Para lo que aquí interesa, dispuso (lo demandado se resalta):

*Las Entidades Estatales 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 pública o privada o la pertenencia a una u otra rama del poder público. **Esta obligación deberá cumplirse, inclusive, si la ejecución del contrato no implica erogación presupuestal** (se destaca).*

20. Son dos los cuestionamientos que configuran este cargo de ilegalidad, los cuales serán analizados de manera conjunta al compartir lazos conceptuales de cara a los contenidos normativos a los que se atribuyen los vicios aducidos:

a. “violación de la disposición constitucional que reserva al legislador la función de interpretar, reformar y derogar las leyes” y

b. “violación de la disposición constitucional que reserva al Presidente de la República la función indelegable de reglamentar las leyes”

⁵ Consejo de Estado, Sección Primera, sentencias del 22 de octubre de 2021, exp. 2017-00142, M.P. Oswaldo Giraldo López y del 6 de agosto de 2021, exp. 2018-00113, M.P. Nubia Margoth Peña Garzón.

⁶ En el mismo sentido, ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, auto del 4 de octubre de 2024, exp. 70713, M.P. Fredy Ibarra Martínez. Confirmado por auto del 17 de enero de 2025.



21. Con argumentos similares a los que pasan a exponerse también se adujo la falsa motivación de los actos demandados.

22. La parte actora señala que el acto demandado transgredió el numeral primero y el inciso final del artículo 150.1 de la Constitución Política, por cuanto la circular cuestionada amplió el alcance del artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, adicionado por el artículo 53 de la Ley 2195 de 2022, al señalar que la obligación de las entidades con régimen especial de publicar su actividad contractual en el SECOP debía cumplirse, inclusive si la ejecución del contrato no implica erogación presupuestal, invadiendo así la órbita del legislador.

22.1. A su juicio, las únicas normas de la Ley 1150 de 2007 aplicables a las entidades con régimen de contratación diferente del EGCAP, como las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios (ESPD), son las contenidas en su título II. Así que la interpretación del artículo 53 de la Ley 2195 de 2022 no puede exceder dicho marco.

22.2. Agregó que ello es consistente con la interpretación del Consejo de Estado⁷ respecto del literal c) del artículo 3 de la citada Ley 1150, que al definir el ámbito de aplicación del SECOP indicó que en dicho sistema se incluiría sólo la *“información oficial de la contratación realizada con dineros públicos”*, de modo que al vicio de falta de competencia materia de esta censura se suma el de infracción a las normas en que debía fundarse. Interpretación que adujo que incluso CCE ha acompañado en sus propios conceptos.

22.3. Con igual perspectiva, pero en función reglamentaria, adujo que el precepto demandado viola las competencias asignadas por la Constitución Política al Presidente de la República para reglamentar las leyes –núm. 11 del art. 189 superior–, puesto que a través de la circular *sub examine* CCE reglamentó directamente los contratos que deben publicarse en el SECOP, extralimitando el postulado del artículo 53 de la Ley 2195 de 2022, al señalar que tal obligación se extendía a los contratos que celebren las entidades públicas excluidas del régimen de contratación estatal, aun cuando no ejecuten recursos públicos.

23. La Agencia demandada se opuso a tal reproche. Sostuvo que la obligación de las entidades estatales no sometidas al EGCAP de publicar los documentos de su

⁷ Aunque no se identifica de manera completa, con los datos y la transcripción de la demanda se concluye que se refiere al auto del 14 de agosto de 2017, exp. 58.820 de la Subsección C de esta Corporación, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.



actividad contractual en el SECOP, *con o sin erogación de recursos públicos*, surgió expresamente del artículo 53 de la Ley 2195 de 2022 que fijó tal deber de publicidad y al hacerlo no introdujo las distinciones que pretende el actor; la única excepción autorizada se refiere a los documentos que por expresa disposición legal están sujetos a reserva.

23.1. Así que CCE, como administrador del SECOP II, únicamente dictó los lineamientos para que las entidades no sometidas al EGCAP dieran cumplimiento al referido artículo 53, sin que en esa tarea pudiera establecer una excepción al deber de publicidad que la misma ley no previó; insistió en que la circular demandada no reglamenta el citado artículo sino que el actor, al interpretarlo, le agrega salvedades que la norma no fijó.

23.2. Indicó que la jurisprudencia y los conceptos emitidos por CCE citados en la demanda son anteriores a la Ley 2195 de 2022 y que el alcance del artículo 3 de la Ley 1150 de 2007, que reglamenta el deber de publicidad en el SECOP cuando la contratación se ejecute con cargo a recursos públicos, no impide que el legislador hubiera establecido con posterioridad tal deber en cabeza de las entidades estatales con régimen de contratación especial.

24. Para decidir, la Sala iniciará por citar el texto del artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, adicionado por el artículo 53 de la Ley 2195 de 2022, en su parte pertinente, que la parte actora aduce como desbordado, así:

PRINCIPIOS GENERALES DE LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL PARA ENTIDADES NO SOMETIDAS AL ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. (...)

*En desarrollo de los anteriores principios [se refiere a los de la función administrativa y gestión fiscal], deberán publicar **los documentos relacionados con su actividad contractual** en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública (SECOP II) o la plataforma transaccional que haga sus veces. Para los efectos de este artículo, se entiende por actividad contractual los documentos, contratos, actos e información generada por oferentes, contratista, contratante, supervisor o interventor, tanto en la etapa precontractual, como en la contractual y la poscontractual (se destaca).*

25. La obligación que impuso el aparte en cita tiene unos destinatarios claros que son las *“entidades estatales que por disposición legal cuentan con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”* (inciso primero del artículo 13 de la Ley 1150 de 2007).

26. Al tiempo, dicha carga se concretó en el deber de *“publicar los documentos relacionados con su actividad contractual”*, entendida esta última como *“los documentos, contratos, actos e información generada por oferentes, contratista,*



contratante, supervisor o interventor, tanto en la etapa precontractual, como en la contractual y la poscontractual”, en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública (SECOP II) o la plataforma transaccional que haga sus veces.

27. *Prima facie*, la Sala no observa la limitación que alega la parte actora. Efectivamente, los destinatarios de dicha obligación deben publicar su actividad contractual, sin que, en ningún momento, se excluya aquella que no implique erogación presupuestal. Siendo así, donde la ley no distingue, tampoco le es posible hacerlo al intérprete *-ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus-*.

28. De tal forma que resulta contradictorio que la parte actora sostenga que las entidades reguladas en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 sólo están sometidas al Título II de esta ley, cuando precisamente el artículo 53 de la Ley 2195 de 2022 adicionó un artículo que hace parte de dicho Título y que las sometió, sin distinciones, al deber de publicación en la plataforma transaccional que allí se indica.

29. Entonces, de existir un exceso en dicha carga, tal defecto no está en la circular demandada, toda vez que esta se limitó a reproducir la ley. Entonces, el destino real del ataque sería esta última, cuestión que no se podría revisar aquí, por cuanto desborda la jurisdicción de esta Corporación.

30. Así, resultarían excesivas las elucubraciones alrededor del concepto de recursos públicos, que bien pudieran corresponder a lo que entiende la parte actora, puesto que si así fuera, lo cierto es que fue el propio legislador, a través del artículo 53 de la Ley 2195 de 2022, el que decidió ampliar el alcance del concepto, siguiendo la línea argumentativa de la demanda, por lo que tal ejercicio, en esta sede, desembocaría en una limitación al propio legislador y no al acto administrativo demandado, que es lo corresponde a esta instancia.

31. La Sección, al anular otras circulares de 2013 y 2015 de CCE, en las que se amplió la obligación de publicación en el SECOP a toda la actividad contractual de las entidades estatales exceptuadas, precisó que es evidente que, al momento de expedirse los actos administrativos demandados (del año 2013 y 2015), el artículo 3º de la Ley 1150 no establecía el deber de publicar toda la actividad contractual de las entidades estatales exceptuadas, pero que ello sí se habilitó con la Ley 2195 de 2022⁸. Aunque se define el contenido del mandato de publicar, no del concepto de recursos públicos, como aquí se estudia, lo cierto es que se ponen de presente los

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 19 octubre de 2023, exp. 56151, acumulado, M.P. Martín Bermúdez Muñoz.



cambios que sobre el tema introdujo el legislador y su línea amplificadora frente a su cumplimiento en relación con dichas entidades.

32. Además, tampoco en una interpretación finalística y sistemática es posible concluir que la carga que impuso el legislador de 2022 fue sólo para los contratos en que median recursos públicos, entendidos como erogación presupuestal y, en esa medida, que la circular, en el aparte del artículo en revisión, desbordaría el espíritu de la Ley 2195. La Sala se aparta de dicho entendimiento, por lo que pasa a exponerse:

33. La Ley 2195 de 2022 tuvo como objeto *“adoptar disposiciones tendientes a prevenir los actos de corrupción, a reforzar la articulación y coordinación de las entidades del Estado y a recuperar los daños ocasionados por dichos actos con el fin de asegurar promover la cultura de la legalidad e integridad y recuperar la confianza ciudadana y el respeto por lo público”* (artículo 1º).

34. Como se observa, el ámbito de la norma se dirigió a todas las entidades del Estado, sin que se circunscribiera a los recursos públicos como apropiaciones presupuestales, sino al respeto *“por lo público”*, es decir, una finalidad más amplia que la meramente presupuestal o una simple erogación de dineros con el carácter referido. Fue así, como en el Capítulo VIII, artículo 53, sobre las disposiciones en materia contractual para la moralización y la transparencia, nuevamente, con sentido holístico, que no restrictivo, dispuso la adición del artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, en los términos ya citados.

35. La Ley 1150 de 2007, en su Título II, al regular las disposiciones generales para la contratación con recursos públicos, tampoco adoptó una concepción cerrada o técnica presupuestal del concepto de *“recursos públicos”*, sino que más bien lo empleó como una forma de ampliar el criterio subjetivo de aplicación del del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tal como lo ha entendido esta Corporación, así⁹:

11.7.- (...) Considera este Despacho que una razón de peso que debe ser abonada en este caso es el hecho de que con la Ley 1150 de 2007 se inauguró en el sistema jurídico colombiano un concepto de contrato estatal que ya no gravita, por entero, alrededor del criterio orgánico recogido en la Ley 80 de 1993 en los artículos 1º (...), 2º(...) y 32 (...); pues desde el mismo título de la Ley y a lo largo de diversos apartes de su articulado se advierte el afán del legislador de vincular el recurso público como uno de los ejes definitorios del contrato estatal, que no el único, como se lo puede ver con lo preceptuado, por caso, en

⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, auto del 14 de agosto de 2017, exp. 58.820, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Mediante sentencia del 29 de octubre de 2024, M.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas, se declaró la cosa juzgada respecto de la sentencia de la Subsección B del 19 octubre de 2023, exp. 56151, acumulado, M.P. Martín Bermúdez Muñoz.



el título de la Ley “Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos”, lo que se repite en el artículo 1°, así: “La presente ley tiene por objeto introducir modificaciones en la Ley 80 de 1993, así como dictar disposiciones generales aplicables a toda contratación con recursos públicos” y encuentra clara relación de concordancia con el artículo 13° cuando vincula, inclusive, a las Entidades con régimen contractual excepcional al Estatuto General a la observancia de los principios constitucionales de la función administrativa, la gestión fiscal y al régimen de inhabilidades e incompatibilidades¹⁰.

11.8.- Tal cuestión denota, entonces, la preocupación del legislador por concretar conceptualmente la noción de la contratación estatal más allá de la identificación subjetiva del órgano que ejerce tal actividad e, inclusive, del régimen jurídico que aplique, pues, en suma, en nada se ve alterado el concepto de contrato estatal porque resulte aplicable el régimen del derecho privado, pues la noción determinante no proviene de esa fuente, sino que está concretada por la vía instrumental que quiso recalcar la Ley 1150 de 2007: **la presencia del recurso público en la actividad contractual. Así, allí donde se advierta la intervención de recurso público se estará en presencia de un contrato estatal, sin perjuicio de la sustantividad del derecho que le resulte aplicable.**

11.9.- Por ende, si se vincula este razonamiento con el objeto de discusión de la medida cautelar, se sigue que (i) el deber de dar cuenta de la información contractual oficial no se determina en razón a la naturaleza de la entidad ejecutora (pública o privada), (ii) tampoco se desprende del régimen sustantivo contractual que aplique, sea el del Estatuto General de Contratación o los regímenes exceptuados y (iii) sí se establece en razón a la presencia de recursos públicos involucrados en la contratación que maneje la Entidad, sin consideración ulterior. 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 (se destaca).

36. Además, la providencia en cita destacó el alcance del deber de información contenido en la Ley 1150 de 2007, en línea con el derecho convencional, así¹¹:

11.10.- Y agrega este Despacho la razonabilidad del deber de informar establecido en la Ley 1150 de 2007, pues como se advirtió en el acápite sobre el derecho de acceso a la información pública, los estándares convencionales sobre esta materia dan cuenta que el objeto de ese derecho no se agota en la información que está en poder, es producida o controlada por cualquier autoridad estatal sino que también se extiende a la de otros sujetos, sin distinción de su naturaleza y/o régimen, que desempeñan funciones o servicios públicos o manejan recursos públicos; lo que ya se tenía bien averiguado en el sistema interamericano como se expuso anteriormente cuando se anotó: “Se entiende por aquella la información (...) que está en poder de quienes

¹⁰ Cita original: Ley 1150 de 2007. Artículo 13. Principios Generales de la Actividad Contractual para entidades no sometidas al Estatuto General de la Contratación Estatal de la Administración Pública. Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal.

¹¹ *Ibíd.*



administran servicios¹² y fondos públicos¹³⁻¹⁴, únicamente respecto de esos servicios o fondos” y que vino a ser reiterado acertadamente en el artículo 5° de la Ley 1712 de 2014 en su literal f) al identificar como sujetos obligados a “f) las entidades que administren instituciones parafiscales, fondos o recursos de naturaleza u origen público” quienes, inter alia, deben brindar como información mínima obligatoria “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”, como lo prevé el literal g) del artículo 11 de esa misma obra legislativa. En pocas palabras, la carga informativa a ser sufragada por los sujetos obligados es de profundo calado y, de momento, aparece bien lejana a la postura minimalista que ha argumentado la Fundación demandante en sus intervenciones escritas y orales.

11.11.- Agrega el Despacho que ello es ajustado al ordenamiento jurídico convencional en tanto que el tener noticia sobre la suerte y la buena administración que se haga del recurso y los bienes públicos es una legítima inquietud de toda persona interesada por los asuntos públicos, en tanto sujeto democrático activo, que contribuye a la creación de un espacio de rendición de cuentas y aúna esfuerzos para luchar contra la corrupción y otras prácticas malsanas que atentan contra los principios de la buena gobernanza pública¹⁵.

11.12.- Además, no puede dejar de traerse a la memoria a esta altura que en todo asunto donde se debate sobre la información pública el principio de máxima divulgación o publicidad opera como criterio rector que garantiza, en línea de principio, la presunción según la cual toda información en posesión o bajo control o custodia de un sujeto obligado (y ya se sabe que quienes manejan recursos públicos y/o hacen contrataciones con recursos públicos son obligados a tenor de la Ley 1150 de 2007 y 1712 de 2014) está llamada a ser pública y no habrá lugar a ello solo cuando se configure alguna de las precisas y excepcionales razones que el ordenamiento jurídico prevé para considerarla reservada o limitada, las que, prima facie, este juez no encuentra configuradas, a lo que habrá de agregarse, por lo demás, que la formulación de tales

¹² Cita original: Cfr. Principios de Lima. 16 de noviembre de 2000. 2. El acceso a la información en una sociedad democrática. “Todas las personas tienen derecho a fiscalizar de manera efectiva la labor de la administración estatal, de los poderes del Estado en general y de las empresas que prestan servicios públicos (...)”.

¹³ Cita Original: “2. El derecho de acceso a la información se extiende a todos los órganos públicos en todos los niveles de gobierno, (...) y organizaciones que operan con fondos públicos o que desarrollan funciones públicas.” Comité Jurídico Interamericano. CJI/RES. 147 (LXXIII-O/08) 7 de agosto de 2008.

¹⁴ Cita original: “19. El derecho de acceso a la información genera obligaciones para todas las autoridades públicas de todas las ramas del poder y de los órganos autónomos, de todos los niveles de gobierno. **Este derecho también vincula a quienes cumplen funciones públicas, presten servicios públicos o ejecuten, en nombre del Estado, recursos públicos.** Respecto de estos últimos, el derecho de acceso obliga a suministrar información exclusivamente respecto al manejo de los recursos públicos, la satisfacción de los servicios a su cargo y el cumplimiento de las funciones públicas mencionadas.” Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El derecho de acceso a la información en el Marco Jurídico Interamericano. 2° Ed., OEA/Ser.LV/II, 2012, párr. 19.

¹⁵ Cita original: “4.8.- Así afirmado, resulta que no se trata de un enunciado meramente programático o aspiracional, pues el mismo trata, antes que nada, de la adscripción de un verdadero derecho fundamental a la Buena Administración o, lo que es lo mismo, la manifestación de una suerte de posiciones jurídicas, protegidas por el ordenamiento, de defensa, prestación positiva e igualdad cuya titularidad recae sobre los administrados. 4.9.- Así, los contornos de este derecho no implican cosa diferente a la garantía material o efectiva de ejercer una función administrativa volcada, de manera decidida, hacia la satisfacción de los derechos e intereses de los administrados, a la concreción de los principios convencionales y constitucionales en el proceder de la administración acorde al estándar de la debida diligencia, en la revaloración del principio de legalidad comprendido éste desde una perspectiva sustancial y garantística por oposición a estrechas lecturas formalistas, en la ponderada y suficiente motivación de las decisiones que se adopten, en el despliegue de una gestión oportuna y eficaz, en la realización del principio de economía como criterio rector de la acción administrativa, en la transparencia de su obrar y todas aquellas otras circunstancias que se tornan esenciales para satisfacer un postulado básico y axial en el marco del Estado Social y Democrático de Derecho cual es el de reconocer el empoderamiento de los ciudadanos como titulares de derechos y, por consiguiente, merecedores de una gestión administrativa de calidad.” Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 10 de octubre de 2016, Exp. 55813.



excepciones de un caso concreto impone una fuerte carga argumentativa sobre quien así plantea la cuestión.

11.13.- Las razones expuestas, que apenas constituyen un juicio preliminar sobre la medida cautelar, llevan a este Despacho a considerar que, a esta altura de la actuación procesal, no se reúnen elementos suficientes para configurar una violación a la potestad legislativa prevista en el artículo 150.1 de inciso final de la Constitución Política, pues entiende como argumento razonable afirmar que el deber de información a quienes contratan con recursos públicos ya se encontraba previsto en el ordenamiento jurídico interno desde la Ley 1150 de 2007, sin perjuicio de su existencia, también, en el escenarios de los estándares convencionales sobre el derecho humano fundamental al acceso a la información pública.

37. En efecto, la expedición de la Ley 1150 estuvo en el centro de una álgida discusión sobre si las entidades estatales que desarrollan su actividad en competencia, como lo son, entre otras, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta, tienen un régimen jurídico contractual propio o se integran a la universalidad pretendida por la Ley 80 de 1993. Esta última posición fue defendida por el Consejo de Estado y la Procuraduría General de la Nación en las discusiones del proyecto de ley respectivo¹⁶.

38. En tal dirección, la doctrina advierte que uno “de los puntos de mayor controversia fue justamente el régimen para las empresas del Estado y, finalmente, se llegó a una transacción entre los partidarios de la homogeneidad y quienes abogaban por las diversidad de regímenes”¹⁷. Así, “ya que el Estado seguirá actuando como empresario, y ya que se insistió en que dentro de la ley se hiciera mención de este tipo de empresas, se dispuso como regla general la sujeción al estatuto (vale decir Leyes 80 y 1150)”¹⁸.

39. En el marco de dicha discusión, el concepto de recursos públicos fue el eje fundamental para justificar la aplicación del derecho público, hasta el punto de que su presencia habilitaba una interacción, una mixtura, entre el régimen jurídico contractual privado de las empresas del Estado y los principios de la función pública y el gasto público, así como las inhabilidades e incompatibilidades de la Ley 80 de 1993.

40. Entonces, el objeto de la Ley 1150 de 2007 (artículo 1º) “trasciende el aspecto de la contratación estatal para abarcar “toda la contratación con recursos públicos”¹⁹

¹⁶ Varios autores. La Ley 1150 de 2007 ¿Una respuesta a la eficacia y transparencia de la contratación estatal? Rocío Araújo Oñate (Editora Académica). Editorial Universidad del Rosario, 2011. Bogotá. Actos y contratos con objeto directo de empresas y sociedades en la Ley 1150 de 2007, Luis Ignacio Betancur Escobar, p. 373.

¹⁷ *Ibíd.*, p. 373.

¹⁸ *Ibíd.*, p. 374.

¹⁹ Ob. cit. *Una aproximación a la Ley 1150 desde el derecho económico*, Fernando Álvarez Rojas, p. 46.



y, por lo tanto, es *“la proveniencia pública del recurso la que determina los sujetos regulados”*²⁰. En todo caso, esta norma fue modificada por la Ley 2195 y debe entenderse en función de ella.

41. Por consiguiente, se trata de un concepto más allá de lo presupuestal o del gasto de los dineros públicos o de su concepción eminentemente técnica, puesto que corresponde a la existencia misma de recursos con origen público que justifican la determinación del régimen jurídico de las empresas del Estado.

42. Por su parte, el SECOP integra *“el Registro Único Empresarial de las Cámaras de Comercio, el Diario Único de Contratación Estatal y los demás sistemas que involucren la gestión contractual pública. Así mismo, se articulará con el Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal, SICE, creado por la Ley 598 de 2000, sin que este pierda su autonomía para el ejercicio del control fiscal a la contratación pública”* (literal d) del artículo 3 de la Ley 1150 de 2007), lo que confirma una tendencia unificadora alrededor del concepto de recursos públicos.

43. Ahora, la referencia desarticulada que hace la parte actora del literal c) del artículo 3 de la Ley 1150 de 2007, que señala que el SECOP contará *“con la información oficial de la contratación realizada con dineros públicos”*, tampoco justifica un entendimiento cerrado como el propuesto, toda vez que debe entenderse como uno de los elementos que integran dicha herramienta, pero no el único. Además, dicha ley fue modificada por la Ley 2195 de 2022 y debe entenderse en el marco de esta.

44. En efecto, el literal b) del artículo 3 de la Ley 1150 señala que el SECOP contendrá las funcionalidades tecnológicas para realizar los procesos de contratación electrónicos bajo los métodos de selección del artículo 2 de dicha ley, entre los que está la enajenación de bienes del Estado (literal e) del artículo numeral 2 del artículo 2 *ejusdem*), que no supone erogación presupuestal, pero que, sin lugar a dudas, involucra un recurso de origen público y, por lo tanto, el cumplimiento de la obligación de utilizar la herramienta de contratación digital referida. Aún cuando lo expuesto no resulta aplicable a las entidades estatales exceptuadas, ilustra que el concepto de recursos públicos, es multicompreensivo.

45. Esta Corporación tampoco ha acogido la interpretación que propone la parte actora sobre el concepto *“recursos públicos”*. La providencia que se cita en la

²⁰ *Ibíd*, p. 46.



demanda²¹ se produjo en el marco de una nulidad simple en contra de unos apartes de la circular externa n.º 01 del 21 de junio de 2013, proferida por CCE, que, en su parte pertinente, decía:

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.

46. En esa oportunidad, la demanda se concretó en vicios por falta de competencia. En punto sobre lo que aquí interesa, se alegó la violación del numeral 1 del artículo 150 Superior, puesto que se invadía la competencia del legislador, si se tenía en cuenta que el literal c) del artículo 3 de la Ley 1150 de 2007 obligaba a publicar la “*información contractual*”, que la parte actora reducía al plan de adquisiciones, mientras que la circular la extendía a toda la “*actividad contractual*”; se adujo que así se amplió la aplicación del SECOP a las entidades exceptuadas; en los demás cargos se señaló la violación de la competencia reglamentaria, de inspección y vigilancia del presidente de la República, para lo cual se refirió a los numerales 11 y 25 del artículo 189 Superior; finalmente, se estimó violado el objeto de la CCE definido en el Decreto Ley 4170 de 2011.

47. Como se observa, lo planteado en aquella ocasión dista de la que aquí ocupa a la Sala, en la medida que gira en torno a las expresiones “*información contractual*” y “*actividad contractual*” y la extensión a las entidades estatales exceptuadas, además de la violación de las competencias del presidente de la República, como del objeto para el cual fue creada CCE, pero no así sobre el alcance del concepto de “*recursos públicos*”. Lo mismo habría que decir sobre las providencias que definieron dichos asuntos y que ya fueron citadas.

48. La falta de competencia se centró en la “*violación de la disposición constitucional que reserva al legislador la función de interpretar, reformar y derogar las leyes*”, la “*violación de la disposición constitucional que reserva al Presidente de la República la función indelegable de reglamentar las leyes*” y, con argumentos similares, la falsa motivación, toda vez que se impuso una carga por fuera de lo dispuesto en la ley, que, como quedó visto, no está demostrada, sino que CCE se limitó a la divulgación

²¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, auto del 14 de agosto de 2017, exp. 58.820, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Este proceso finalizó con la sentencia que declaró la cosa juzgada en relación con la sentencia de la Subsección B del 19 octubre de 2023, exp. 56151, acumulado, M.P. Martín Bermúdez Muñoz.



de las normas sobre contratación pública, en los términos del Decreto 4170 de 2011 y, por lo tanto, se impone negar las pretensiones de la demanda.

I. La nulidad del inciso final del numeral 1.3 y los incisos primero y último del numeral 11.2²²

49. Para empezar, la Sala estima necesario reproducir en este punto el texto de las dos disposiciones atacadas (se subraya el objeto del reproche):

1.3 Oportunidad en la publicación de la información en el SECOP (...)

Respecto a los documentos que no son generados en línea, el SECOP II y la TVEC permiten su publicidad. Para ello, se aplicará la misma regla de los tres (3) días hábiles siguientes a la expedición, conforme con lo previsto en el artículo 2.2.1.1.1.7.1. del Decreto 1082 de 2015”.

11.2. Publicación de las ofertas

Con fundamento en el principio de transparencia y publicidad de las actuaciones públicas, las Entidades Estatales, después de ocurrido el cierre del Proceso, deben entregar las copias que se soliciten de las ofertas recibidas o publicar las ofertas en el SECOP II, salvo aquella información sujeta a reserva legal. (...)

En los Procesos de Contratación que se adelanten en el SECOP II, la Entidad Estatal dará a conocer las ofertas presentadas en el Proceso de Contratación, haciendo clic en la opción «publicar ofertas» para que sean visibles a todos los proponentes. En los eventos en los que se presenten documentos con información reservada, el SECOP II, antes de publicar las ofertas, brinda a las entidades la opción de calificar dicha información como confidencial, lo cual impide que los documentos se publiquen.

50. El actor cuestionó el inciso final del numeral 1.3, y los incisos primero y último del numeral 11.2, al considerar que a través de tales disposiciones se equipara a las entidades con régimen exceptuado, como las empresas de servicios públicos domiciliarios, con aquellas que sí están regidas por el EGCAP. Enfatiza que el artículo 31 de la Ley 142 de 1994 dispuso expresamente que los contratos de las ESP no están sometidos al régimen de contratación público, salvo lo que en esa misma ley se dispusiera.

51. Con ese sustento, objetó la remisión que el numeral 1.3 de la circular *sub examine* hace a las disposiciones del Decreto 1082 de 2015, el cual no es aplicable a las entidades con un régimen de contratación especial y que se encuentran en competencia; de forma que ni directamente ni por analogía es admisible que establezca el término de 3 días para la publicación de los documentos del proceso. Reclama en cabeza del legislador la función de definir el régimen aplicable a los prestadores de servicios públicos.

²² Para el desarrollo de este punto, la Sala se valió de las consideraciones del proyecto del Consejero de Estado José Roberto SÁCHICA Méndez, en la medida que fue un punto compartido y no fue el motivo del disenso que llevaría al cambio de ponente.



52. Lo propio ocurre con el artículo 11.2 en los fragmentos controvertidos, acusados de vulnerar la Ley 142 de 1994 en la medida que fijan la obligación a cargo de todas las entidades estatales de publicar las ofertas recibidas desconociendo que su régimen contractual es el derecho privado y que sus actividades las desarrolla en un sector en competencia, lo que pone en peligro este tipo de información; además, deja de considerar que la Ley 1712 de 2014 estableció excepciones al deber de publicación de los contratos.

53. La Agencia demandada negó la configuración del vicio formulado, y planteó: (i) la ausencia de sustento fáctico y jurídico en el cargo, ya que las disposiciones acusadas no contradicen el régimen de las ESP; (ii) los lineamientos de la circular se limitan a determinar la forma de cumplir el principio de publicidad ordenado por el artículo 53 de la Ley 2195 de 2022, previendo herramientas que reconocen su régimen especial y limitan el acceso a la información de carácter reservada, y (iii) que el término para publicar documentos en el SECOP se encuentra regulado en la Ley 1712 de 2014 y sus decretos reglamentarios.

54. El análisis de los cargos aducidos contra los numerales 1.3 y 11.2 del acto demandado impone tener como punto de partida las consideraciones atinentes a la interpretación del artículo 53 de la Ley 2195 de 2022, habida cuenta de que el deber de publicidad que fue integrado al artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 está referido únicamente a la contratación de las entidades que cuentan con un régimen especial o exceptuado del EGCAP que ejecuten recursos públicos.

55. La Subsección observa que las disposiciones cuestionadas no reportan en sí mismas una censura en que se vea comprometida su legalidad por los cargos aducidos, en la medida que corresponden a reglas generales dirigidas a las entidades obligadas a publicar en el SECOP y, en tal contexto, no exhiben una infracción a las normas en que debían fundarse. Ello, en tanto los sujetos obligados, aun sin la circular, están compelidos a publicar la información pertinente en los términos del artículo 2.2.1.1.7.1. del Decreto 1082 de 2015, al que justamente remite el numeral 1.3. del acto demandado, sin que dicha pauta general aluda puntualmente a las ESPD.

56. De manera que el reparo aducido por el demandante realmente se sitúa en el marco de una omisión, pues lo que reprocha es que CCE hubiera señalado una regla general que fija un término de tres (3) días para realizar el deber de publicidad, sin haber indicado que frente a las ESPD tal premisa no aplica de cara al régimen de derecho privado que las regenta, según se deduce del artículo 31 de la Ley 142 de 1994.



57. La Sala reflexiona si verdaderamente existe un interés del actor en que se retire del ordenamiento jurídico la aserción contenida en el numeral 1.3. cuestionado. La respuesta es negativa bajo la fundamental razón de que lo pretendido es que a dicha premisa se agregue una subregla que excluya de su aplicación (de tres días) a las ESPD, en la medida que, como lo define el artículo 53 de la Ley 2195 de 2022, las entidades públicas no sometidas al EGCAP que conlleven recursos públicos en su contratación están obligadas a publicar su actividad contractual en el SECOP.

58. Lo propio acontece en relación con el inciso primero y final del numeral 11.2 “*publicación de las ofertas*”, en tanto se trata de pautas que obran como criterio preponderante de la actividad contractual sometida al EGCAP, sin que el contenido de los apartes acusados friccione o riña con normas superiores, ni necesariamente se implanten de forma directa y pura en el modelo normativo de los servicios públicos.

59. Los ataques aducidos, nuevamente, se postulan contra disposiciones generales, que por el hecho de no expresar una pauta referida sólo a las ESPD no las hace merecedoras o destinatarias de la sanción de nulidad. Se insiste que el objeto de reproche no puede anidar en aspectos de los que no se ocupan estas disposiciones. Más bien, antes que un cargo de ilegalidad, la postura del actor entraña una crítica que descansa en un ejercicio hermenéutico, del que no desemboca un efecto anulatorio, de suerte que no se puede extraer por vicios de ilegalidad un segmento del acto, cuando éste no desdice del sistema legal y de la especialidad que, ciertamente, está atribuida al régimen de los servicios públicos.

60. El argumento planteado por el actor es contundente en torno a la *omisión* en la que funda su descontento; ya que, luego de citar los fragmentos del numeral 11.2, manifestó:

En este aparte de la norma, se omite que las entidades de SPD estatales, al estar en competencia con el sector privado y tener por ende un régimen especial, no deberían asimilarse a las entidades estatales que aplican un régimen de contratación de Ley 80, de donde sí nace tal obligatoriedad de la publicidad descrita en el estatuto general de la contratación pública (...) por lo que la circular debió considerar las particularidades de las entidades, en términos de los criterios antes señalados.

61. De manera que las disposiciones objeto del cargo que ahora examina la Sala, no pueden ser expulsadas del ordenamiento jurídico por los vicios esgrimidos por el actor.



62. Es preciso aclarar que para las entidades exceptuadas del EGCAP sólo es obligatorio la publicación de documentos, pero no lo transaccional, tal como lo ordenó el artículo 53 de la Ley 2195 de 2022. Así, se observa que el numeral 1.3 demandado se refiere a la oportunidad de publicación de los documentos no generados en línea, es decir, no es un tema transaccional. Por su parte, el numeral 11.2, en su primer inciso, se refiere a la publicidad de las ofertas, sin precisar que se trate de actuaciones a través del SECOP. Ahora, para los procesos transaccionales, precisa unas cuestiones de publicidad y de reserva, cuestión que no resulta aplicable a las entidades exceptuadas.

J. Las costas

57. Dado que en este asunto se ventila un interés público, consistente en el control abstracto y objetivo de la legalidad del acto administrativo debatido, la Sala se abstendrá de condenar en costas, en virtud de lo establecido en el artículo 188 del CPACA.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

FALLA:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Ejecutoriada esta providencia, por Secretaría archívese el presente proceso.

Se deja constancia de que esta providencia fue aprobada por la Sala en la fecha de su encabezado y que se firma en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar la integridad y autenticidad del presente documento en el enlace <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/Vistas/documentos/evalidador.aspx>

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado electrónicamente
MARÍA ADRIANA MARÍN

Firmado electrónicamente
FERNANDO ALEXEI PARDO FLÓREZ

Firmado electrónicamente
JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ
Salvamento parcial de voto

VF