

Radicado: 11001-03-26-000-2016-00003-00 (56151), acumulado con 11001-03-26-000-2016-00001-00 (56160), 11001-03-26-000-2016-00002-00 (56163), 11001-03-26-000-2016-00004-00 (56162) y 11001-03-26-000-2017-00026-00 (58711)

Actor: Empresas Varias de Medellín S.A. E.S.P. y otros

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ

Bogotá D.C., veinticinco (25) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

Referencia: Medio de control nulidad simple

Radicación: 11001-03-26-000-2016-00003-00 (56151), acumulado con 11001-03-26-000-2016-00001-00 (56160), 11001-03-26-000-2016-00002-00 (56163), 11001-03-26-000-2016-00004-00 (56162) y 11001-03-26-000-2017-00026-00 (58711)

Actor: Empresas Varias de Medellín S.A. E.S.P. y otros

Demandado: Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente

Tema: Se suspenden provisionalmente los apartes de las circulares externas que disponen que entidades regidas por derecho privado deben publicar su actividad contractual en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública - Secop. El análisis judicial en la suspensión provisional es similar al de la sentencia. La entidad demandada excedió su competencia al expedir las circulares y estas desconocen el alcance del artículo 3º de la Ley 1150 de 2007.

AUTO

Procede el despacho a resolver la solicitud de suspensión provisional de las Circulares Externas No. 1 de 21 de junio de 2013 y 20 de 27 de agosto de 2015, expedidas por la Dirección de la Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente. En ellas se dispuso que las entidades que contratan con recursos públicos están obligadas a publicar oportunamente su actividad contractual en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública - Secop, independientemente del régimen contractual que les sea aplicable.

El despacho es competente para pronunciarse sobre la medida cautelar solicitada, por tratarse de un proceso contencioso adelantado en única instancia ante el Consejo de Estado (artículos 125 y 138 del CPACA).

I. ANTECEDENTES

A.- Las demandas

1.- El 15 de diciembre de 2015, Centrales Eléctricas del Norte de Santander S.A. E.S.P. presentó demanda de simple nulidad contra la Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente, con el fin de que se declarara la nulidad de: i) la Circular Externa No. 1 de 21 de junio de 2013, por la cual se ordenó “la publicación de la actividad contractual en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública -SECOP-” para aquellas empresas que contratan con recursos públicos, sin que fuera relevante para la exigencia de esta obligación su régimen jurídico, naturaleza pública o privada o pertenencia a una u otra rama del poder público y, ii) la Circular Externa No. 20 de 27 de agosto de 2015, que “establece las condiciones de publicidad de la actividad contractual de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, las Sociedades de Economía Mixta y las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios que en su actividad comercial están en situación de competencia”. La causal de nulidad alegada consistió en la falta de competencia y el desconocimiento de las normas en que deberían fundarse las circulares.

2.- En el mismo escrito, la demandante elevó solicitud de suspensión provisional de los actos acusados.

3.- La demanda fue admitida mediante auto de 1º de junio de 2016 y en auto separado de la misma fecha se ordenó correr traslado de la medida cautelar a la parte demandada (fls. 58 c-1 y 1-8 c-2 proceso 56160).

4.- Con el mismo objeto, el 18 de diciembre de 2015 Empresas Varias de Medellín S.A. E.S.P. presentó demanda y solicitó la suspensión provisional de las circulares impugnadas, para lo cual invocó la expedición del acto sin competencia y el desconocimiento de las normas en que debería fundarse.

5.- Mediante providencia de 14 de abril de 2016 se admitió la demanda y en auto separado de la misma fecha se corrió traslado de la medida cautelar (fls. 77 c. 1 y 78 c. 2 proceso 56151).

B.- Acumulación de procesos

6.- Mediante auto del 22 de febrero de 2018 se decretó la acumulación del proceso 56160 adelantado por Centrales Eléctricas del Norte de Santander S.A. E.S.P. -CENS S.A. E.S.P.- al proceso 56151 presentado por las Empresas Varias de Medellín S.A. E.S.P.

7.- Posteriormente, mediante auto de 13 de marzo de 2019, se decretó la acumulación del proceso 5616 y 5616 al proceso de la referencia y a través de providencia de 12

de marzo de 2020 se decretó la acumulación del proceso 5877. En estos autos se ordenó que, en adelante, los procesos siguieran el mismo curso y se identificaran con el último radicado 56151.

C.- Coadyuvantes

8.- En el proceso radicado con el número interno 56160, la sociedad CHEC S.A. E.S.P. solicitó ser tenida como coadyuvante de la demandante CENS S.A. E.S.P. En el escrito de intervención, respaldó las súplicas de la demanda y la solicitud de suspensión provisional (fls. 108-123 cuaderno ppal.).

9.- El doctor Carlos Alberto Atehortúa Ríos intervino para apoyar las pretensiones y la solicitud de suspensión provisional. Puso de presente el régimen jurídico especial de los servicios públicos domiciliarios y el carácter reservado de los actos empresariales. Además, adujo que la Agencia Nacional de Contratación Pública no era competente para modificar el régimen legal de tales empresas ni para atribuirse una facultad reglamentaria propia del Gobierno Nacional (fls. 125-159 cuaderno ppal.)

10.- La empresa ESSA respaldó las pretensiones de la demanda y la solicitud de suspensión provisional. Alegó que las empresas con régimen especial, como es el caso de las que prestan servicios públicos domiciliarios, no están obligadas a publicar su gestión contractual en el Secop (fls. 161-175 cuaderno ppal.)

11.- La sociedad Aguas de Malambo S.A. E.S.P. apoyó las pretensiones y la solicitud de suspensión provisional. Sostuvo que la Agencia Nacional de Contratación Pública, a través de las circulares acusadas, pretendió extender el ámbito de aplicación del Secop a las empresas de servicios públicos domiciliarios, sin autorización expresa de la ley, desconociendo el régimen privado al que están sometidas (fls. 177-188 cuaderno ppal.)

12.- Por último, Aguas Regionales EPM S.A. E.S.P. solicitó aceptar su intervención como coadyuvante de la demandante y reiteró los argumentos expuestos por los demás intervinientes (fls. 213-224 cuaderno ppal.)

13.- Mediante auto del 9 de octubre de 2017, el despacho que adelantó la actuación del proceso radicado con el número 56160 aceptó la coadyuvancia de Aguas Regionales EPM S.A. E.S.P. (fl. 227 cuaderno ppal.), sin pronunciarse sobre la solicitud de los demás intervinientes (fls. 236-239 cuaderno ppal.)

14.- En el proceso con radicado interno 56163, las sociedades UNE EPM Telecomunicaciones S.A. E.S.P., Colombia Móvil S.A. E.S.P. y Edatek S.A. E.S.P. coadyuvaron la demanda presentada por Empresas Públicas de Medellín S.A. E.S.P. (fls. 107-135 cuaderno ppal.) La coadyuvancia no solicitó la suspensión provisional de las Circulares Externas No. 1 de 2013 y 20 de 2015, ni se refirió a la solicitud presentada por la demandante.

D.- La solicitud de suspensión provisional

15.- Los demandantes pidieron la suspensión provisional de las circulares, en los siguientes apartes:

15.1.- Suspensión parcial de la expresión “actividad contractual”

En concepto de los demandantes, se presenta una contradicción evidente entre las circulares enjuiciadas y el literal c) del artículo 3 de la Ley 1150 de 2007, en cuanto la disposición legal prevé que el Secop contará con **“la información oficial de la contratación”** realizada con recursos públicos, mientras que los actos acusados establecen que las entidades que contratan con recursos públicos están obligadas a publicar oportunamente **“su actividad contractual”**, sin que tales expresiones puedan asimilarse.

Según los demandantes, la Agencia Nacional de Contratación invadió competencias asignadas por la Constitución Política al legislador, toda vez que i) “un funcionario administrativo no tiene la potestad constitucional ni legal de modificar la ley, potestad reservada por el artículo 150 numeral 1º de la Carta al legislador”, pues las circulares sustituyeron la expresión “información oficial de la contratación” por la expresión “actividad contractual” y, ii) “un funcionario administrativo no tiene la potestad de interpretar por vía de autoridad la ley, potestad reservada por el artículo 150 numeral 1º de la Carta al legislador”, pues, en su criterio, las expresiones en cuestión no se asemejan.

La parte actora puso de presente que la entidad demandada, a través de las circulares acusadas, reglamentó aspectos de competencia del presidente de la República, pues: i) la Circular 1 de 2013 estableció que las entidades públicas con régimen especial debían utilizar la clasificación también especial; y ii) la Circular 20 de 2015 señaló cómo las entidades publicarían en el Secop, a través de un hipervínculo entre su página y el de la entidad y, en caso de no poder hacerlo, utilizarían la clasificación de régimen especial.

15.2.- La demandante también solicitó la suspensión provisional y parcial de los siguientes apartes, en cuanto se dirigen, entre otras, a las empresas de servicios públicos domiciliarios que están sujetas en su contratación al régimen de derecho privado.

a-. De la Circular Externa 1 de 2013:

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

b.- De la Circular Externa 20 de 2015:

La expresión “las empresas de servicios públicos domiciliarios”, contenida en el asunto de la circular y en el párrafo primero del contenido, así como en los demás, en cuanto se dirijan a dichas empresas.

Según la actora, las circulares contemplaron supuestos no previstos en la Ley 1150 de 2007, como el relativo a que las empresas de servicios públicos domiciliarios estaban obligadas a publicar su gestión contractual en el Secop, invadiendo con ello las competencias del legislador y del presidente de la República. Sostuvo que el artículo 3º de la Ley 1150 de 2007 no hizo alusión a las empresas de servicios públicos domiciliarios, empresas que, de conformidad con el artículo 31 de la Ley 142 de 1994, están sometidas al régimen privado de contratación y, por tanto, exceptuadas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y que el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 mantuvo el régimen exceptuado. Alegó, además, que en los términos del artículo 183 de la Ley 142 de 1994 solo el legislador está facultado para modificar el régimen contractual de las E.S.P.; sin embargo, la Agencia Nacional de Contratación introdujo reglas de publicidad modificatorias del régimen contractual propio de los servicios públicos domiciliarios.

16.- Los cargos pueden resumirse en los siguientes dos aspectos:

16.1.- El acto administrativo se expidió sin competencia. Para sustentar este aspecto, plantean que se están asumiendo esferas del legislador (artículo 150 de la Constitución), al extender el ámbito de aplicación del artículo 3º de la Ley 1150 de 2007. Igualmente, sostienen que se está ejerciendo la facultad reglamentaria cuando ello corresponde al Gobierno Nacional, de acuerdo con lo previsto en el artículo 189 de la Constitución Política.

16.2.- Las circulares violaron los artículos 84 y 365 de la Constitución Política, el artículo 31 de la Ley 142 de 1994, el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 y los artículos 10 y 18 de la Ley 1712 de 2014. Según los actores, esas normas se violan porque el artículo 3º de la Ley 1150 no es aplicable a las entidades que no están reguladas por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. También son vulneradas porque las circulares equiparan la expresión “información oficial de la contratación” con “actividad contractual”.

Relacionado con el argumento anterior, plantean que equiparar las expresiones conlleva la violación del artículo 333 de la Constitución y de los artículos 2.6, 3.9, 23 y 30 de la Ley 142 de 1994. Esto porque, al obligar a publicar la actividad contractual, se pone “en conocimiento general y de sus competidores valiosa información sobre las operaciones que sus directos competidores pueden y seguramente aprovecharán en su beneficio” (fl. 48 cuaderno ppal.)

E.- Oposición a la medida cautelar

17.- En cada uno de los procesos se corrió traslado a la demandada de la solicitud de medida cautelar, de conformidad con el artículo 233 del CPACA, excepto en el proceso 58771. En este no se abrió cuaderno separado de medida cautelar, teniendo en cuenta que los argumentos expuestos son los mismos, y que la demandada ya describió dicho traslado en los otros procesos.

18.- La Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente se opuso a la prosperidad de la medida cautelar. En síntesis, sostuvo que:

19.1.- De la sola confrontación de los apartes demandados con las normas superiores invocadas no emerge la violación manifiesta y ostensible requerida por la ley para suspender provisionalmente. Indicó que ese criterio fue aplicado por otro despacho de la Sección Tercera en el proceso 11001-03-26-000-2017-00031-00(58820). Sostuvo que en ese caso no se accedió a la suspensión provisional de la Circular Externa 1 de 2013, por motivos similares a los alegados en el presente proceso.

19.2. Las circulares fueron expedidas en cumplimiento de las funciones legales atribuidas mediante el Decreto Ley 4170 de 2001, el cual guarda consonancia con el artículo 3° de la Ley 1150 de 2007. En ese sentido, indicó que ejerció “una cierta potestad reglamentaria adscrita al tercer supuesto traído a colación arriba en tanto que se refiere a la posibilidad de dictar normas generales en materia de contratación pública, vía circulares, manuales o guías, claro está, subordinada a normas jerárquicamente superiores” (fl. 106 y 1-8 c-2 proceso 56160).

19.3.- La obligación de publicar en el Secop tenía que ver con la naturaleza de los recursos públicos usados para la contratación, no con la naturaleza jurídica de la entidad, en los términos de los artículos 1 y 3 de la Ley 1150 de 2007. De ahí que las circulares demandadas no hacen más que desarrollar lo previsto en la ley.

19.4.- El artículo 3° conlleva publicar toda la información de la actividad contractual, como derivación del principio constitucional de publicidad. Una lectura contraria, según el demandando, implicaría limitar el principio a dar transparencia a una información “marginal”. Además, ello conllevaría una restricción al control fiscal de los recursos públicos, previsto en el artículo 267 de la Constitución.

19.5- Por último, la parte accionada puso de presente que las circulares no obligan a publicar información reservada; por el contrario, prevén que la publicación debe acatar la reserva prevista en la ley.

I. CONSIDERACIONES

20.- El despacho accederá a la solicitud de suspensión provisional de los actos demandados, por las siguientes razones: (i) las circulares se expidieron por fuera del ámbito de competencia de Colombia Compra Eficiente; y (ii) las Circulares Externas No. 1 de 21 de junio de 2013 y 20 de 27 de agosto de 2015 contrarían lo previsto en el artículo 3° de la Ley 1150 de 2007.

21.- De manera previa se advierte que, de conformidad con el artículo 231 del CPACA, la suspensión provisional de los actos administrativos procede cuando se demuestra que el acto administrativo viola las normas superiores invocadas en la demanda o en escrito separado.

22.- Contrario a lo previsto en el CCA y a lo indicado por la entidad demandada, la procedencia de la suspensión provisional no está sujeta a acreditar que la infracción del acto administrativo sea manifiesta. Hoy día la suspensión del acto administrativo procede cuando se demuestra que

vulnera la normativa. Al ser un juicio de simple legalidad, el análisis que se adelanta en el presente auto es el mismo que se realizará en la sentencia. Se trata, entonces, de una medida cautelar anticipativa porque satisface la pretensión perseguida por el demandante por adelantado. No obstante, las consideraciones que se exponen a continuación no implican prejuzgamiento porque así lo establece el inciso segundo del artículo 229 del CPACA.

Sobre el asunto, este Despacho ha sostenido lo siguiente:

<<2.- La suspensión provisional es una medida autosatisfactiva porque, al decretarla, lo que hace el Juez es acceder anticipadamente a la pretensión de anulación que impetra el demandante, sin que aún se haya tramitado el proceso; esta circunstancia le impone al Juzgador el deber de ser particularmente exigente al examinar el cumplimiento de la carga procesal a cargo del demandante, anteriormente referida.

(...)

a.- La facultad atribuida por el artículo 238 de la C.P. a la jurisdicción contencioso administrativa para suspender los actos administrativos es excepcional y solo procede «por los motivos y con los requisitos que establezca la ley». Y el artículo 231 del CPACA que estableció tales requisitos exigen la demostración de la ilegalidad del acto al disponer que ella procede «cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud.»>>.

En ese sentido, la suspensión provisional procederá cuando el demandante acredite que un acto desconoce las normas superiores invocadas. Esta demostración no significa que el contraste con la norma deba ser manifiesto, sino que agote la carga procesal que le exige el artículo 231 del CPACA.

23.- Cabe aclarar que el demandado indicó que el auto del 14 de agosto de 201 negó una solicitud de suspensión provisional de la Circular Externa No. 1 de 2013. Esta providencia no es vinculante para este despacho por dos motivos:

23.1.- Por una parte, el auto formalmente indica que la suspensión provisional en el CPACA no exige que la violación de las normas invocadas y el acto administrativo sea manifiesta. Pero, al mismo tiempo, concluye que debe estudiar si la “infracción [es] evidente u ostensible y que su decisión tiene un “carácter provisorio o preliminar y no resolutivo o concluyente de estas razones, las que se ventilarán en la oportunidad para emitir fallo de mérito o de fondo. Para el despacho, no existe diferencia entre que la violación sea manifiesta, evidente u ostensible. Plantear ese estándar es aplicar el CCA a un proceso en el que no es aplicable.

23.2.- Por otra parte, la decisión no constituye cosa juzgada, en los términos del artículo 18 del CPACA. No se trata, entonces, de una sentencia que genere efectos erga omnes frente a las normas superiores que se estudiaron para decidir sobre la procedencia de la suspensión provisional.

A.- Primer motivo para acceder a la suspensión: Colombia Compra Eficiente excedió su competencia

24.- El primer motivo para acceder a la suspensión provisional consiste en que Colombia Compra Eficiente profirió las Circulares Externas No. 1 de 2013 y 20 de 2015 por fuera del ámbito de su competencia. El artículo 3° del Decreto Ley 4170 de 2011 establece las funciones

que cumple la mencionada unidad administrativa especial, sin que en su ejercicio pueda invadir esferas del legislador o ejercer la facultad reglamentaria.

25.- Colombia Compra Eficiente alegó que los actos administrativos demandados fueron expedidos en el marco de los numerales 5 y 8 del artículo 3° del Decreto Ley 4170 de 2011. El primero establece que corresponde a la entidad “absolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general y expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública”. El segundo determina que le corresponde “desarrollar y administrar el Sistema Electrónico para la Contratación Pública (SECOP) o el que haga sus veces, y gestionar nuevos desarrollos tecnológicos en los asuntos de su competencia, teniendo en cuenta los parámetros fijados por el Consejo Directivo”. Dichas funciones no pueden ser entendidas como la facultad de complementar las normas o de desarrollarlas para que sean operativas.

26.- En reciente providencia, esta Subsección declaró la nulidad parcial de actos administrativos expedidos por el Gobierno Nacional. En esa ocasión se pudo constatar que hay actuaciones que le corresponden al legislador y no al presidente de la República en ejercicio de la potestad reglamentaria. En ese sentido, se estableció que, entre otros, existen dos de los límites de la potestad reglamentaria: “**i**) Ningún mandato superior autoriza al reglamento para entrar a interpretar la Constitución o la ley con autoridad; **ii**) No puede adicionar o reducir, modificar o contrariar la norma de reenvío (Constitución o ley) (...). Colombia Compra Eficiente desconoció esos dos límites.

27.- Por un lado, como se verá en el siguiente aparte, contrarió la disposición del literal c) del artículo 3° de la ley 1150. Esto al dar un alcance distinto a la expresión “información oficial de la contratación” y equipararla a “actividad contractual”. Con lo anterior, desconoció que el alcance de la publicidad de entidades que celebren contratos con recursos públicos es diferente al de las entidades regidas por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Podría indicarse que la “información oficial de la contratación” puede interpretarse de manera tal que comprenda todas las actuaciones de la actividad contractual. Este argumento supone que, entre todas las lecturas que tiene la norma, Colombia Compra Eficiente está limitando con autoridad su interpretación. Esto implica que las circulares demandadas estarían estableciendo cuál es la interpretación correcta de la norma. Este aspecto, sin embargo, tampoco es competencia de la facultad reglamentaria, como se pudo constatar previamente.

28.- Por otro lado, Colombia Compra Eficiente indicó que ejerció “una potestad reglamentaria (...) que se refiere a la posibilidad de dictar normas generales en materia de contratación pública, vía circulares, manuales o guías (...)” (fl. 106 y 1-8 c-2 proceso 56160). Esa argumentación desconoce el artículo 189 de la Constitución Política y el mismo artículo 3° de la Ley 1150 de 2007.

La Sección Tercer ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la facultad que tiene Colombia Compra Eficiente de expedir normativas. Al respecto, se indicó lo siguiente en la sentencia del 11 de abril de 2019, en la que se declararon nulas algunas disposiciones del Decreto 1510 de 2013, hoy compilado en el Decreto 1082 de 2015:

<< En el anterior orden de ideas, para la Sala resulta claro que con el Decreto-Ley 4170 de 2011 el legislador extraordinario no quiso modificar –como en efecto no lo hizo– el esquema de producción normativa establecido en la Constitución Política y, por lo mismo, las funciones asignadas a Colombia Compra Eficiente guardan una estricta lógica de jerarquía normativa

respecto de las facultades reglamentarias reservadas al Presidente de la República y, por supuesto, respecto de los lineamientos legislativos. **No podría considerarse que con el Decreto-Ley mencionado se distribuyeron las competencias reglamentarias entre el Presidente de la República y la nueva agencia, asignando a esta última todo aquello relativo a la contratación del Estado.**

Por el contrario, lo que resulta evidente es que el Presidente de la República cuenta ahora con una entidad especializada que **lo apoya técnicamente** tanto en la formulación de una política pública en materia de compras y contratación pública, como en su labor de producción normativa, **sin que por ello se desprenda de las normas pertinentes alguna suerte de escisión de las facultades.**

(...)

La naturaleza de los manuales expedidos por Colombia Compra Eficiente

En consonancia con lo anterior, cabe advertir que la regulación llevada a cabo por las distintas entidades y autoridades estatales de todos los órdenes, en el ámbito de sus competencias -que necesariamente la ubicarán en un grado jerárquicamente inferior a la ley y a los decretos reglamentarios expedidos por el Presidente de la República **189**, consiste precisamente en la producción de normas de carácter general, impersonal y abstracto, cuyos efectos jurídicos entran a formar parte del ordenamiento jurídico de manera indefinida, las cuales buscan desarrollar y hacer ejecutables las normas superiores a las que se hallan sujetas –constitucionales, legales y reglamentarias-, mediante la consecución de un **mayor grado de detalle que haga posible su aplicación.**

La doctrina las llama normas reglamentarias de segundo o tercer grado, “cuando se expiden con sujeción a un reglamento de la ley o de otro reglamento. Se da así un escalonamiento o cadena de normas reglamentarias, con tantos grados o niveles como sea posible en la estructura jerárquica y territorial del Estado, reservando los reglamentos de primer grado, a aquellos que frente a la ley, profiere el presidente de la República en ejercicio de la facultad otorgada por el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, y a los proferidos por las demás autoridades a las que constitucionalmente se les atribuyó también la posibilidad de reglamentar directamente la ley.

(...)

Lo anterior, no obsta para entender que, en ejercicio de sus propias funciones, que **no son reglamentarias de la ley pero que sí implican la facultad de expedir medidas de carácter general encaminadas a dar cumplimiento a la ley y a los decretos reglamentarios del Presidente de la República,** Colombia Compra Eficiente bien puede establecer instrumentos que compendien las normas legales y reglamentarias sobre el particular, que sirvan de guía para las entidades destinatarias, las que deberán, en cada caso particular, incluir en sus pliegos de condiciones la estimación, tipificación y asignación de riesgos previsibles involucrados en la contratación, de acuerdo con la ley y los reglamentos. Se reitera entonces, que es el Presidente de la República, en ejercicio de la función constitucional atribuida por el numeral 11 del artículo 189 de la Carta, el **llamado a reglamentar la norma legal que dispone la distribución de riesgos en los contratos estatales.**

En consecuencia, **no resulta procedente que el Presidente de la República, a través de la norma demandada, traslade a otra entidad, en este caso a Colombia Compra Eficiente,** la reglamentación de lo concerniente a la estimación de los riesgos en materia contractual, en

cuanto a su identificación y cobertura, como lo hace el literal a) del numeral 2° del artículo 159 demandado, razón por la cual se declarará su nulidad>>

Como se ve, la sentencia establece que la facultad reglamentaria del presidente de la República es indelegable en Colombia Compra Eficiente, porque eso implicaría desconocer el artículo 189 de la Constitución Polític. Esta subregla ha sido reiterada incluso en presencia de reglamentos autónomos constitucionales. En particular, frente al Decreto 092 de 2017 se indicó que el Gobierno Nacional no podía delegar la potestad reglamentaria en Colombia Compra Eficient.

29.- En el presente caso, Colombia Compra Eficiente no se encargó de agregar un mayor detalle para poder aplicar la ley. En realidad, reglamentó el literal c) del artículo 3° de la Ley 1150 de 2007.

Hay tres motivos que permiten llegar a esa conclusión. Primero, el artículo 3° fue parcialmente reglamentado por el Gobierno Nacional, en lo relacionado con la publicidad que deben realizar las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Este aspecto se encuentra reglamentado en el artículo 2.2.1.1.1.7.1 del Decreto 1082 de 2015. Así, no tendría sentido que el Gobierno Nacional deba ejercer la potestad reglamentaria para esas entidades y, al mismo tiempo, corresponda a Colombia Compra Eficiente realizar la reglamentación para las entidades de derecho privado.

Segundo, y relacionado con lo anterior, el mismo artículo 3° estableció que la reglamentación y desarrollo normativo de esa funcionalidad correspondía al Gobierno Nacional. Al respecto, el inciso inmediatamente interior a los literales indica que “[c]on el fin de materializar los objetivos a que se refiere el inciso anterior, **el Gobierno Nacional** desarrollará el Sistema Electrónico para la Contratación Pública, Secop, el cual..:” (destacado fuera del texto). En ese sentido, si uno de los literales concernientes a ese aspecto debía ser reglamentado, ello correspondería al Gobierno Nacional.

Tercero, no se trata de que Colombia Compra Eficiente esté expidiendo una norma que aclare aspectos técnicos de cómo utilizar el Secop. Como admitió la entidad demandada, en realidad está dando un alcance al principio de publicidad de las entidades exceptuadas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Es decir, la misma entidad admitió que está reglamentando lo concerniente al principio de publicidad constitucional de las entidades regidas por derecho privado que celebren contratos con recursos públicos.

B.- Segundo motivo para acceder a la suspensión: las Circulares Externas No. 1 de 2013 y 20 de 2015 desconocen el literal c) del artículo 3° de la Ley 1150 de 2007

30.- Las Circulares Externas No. 1 de 2013 y 20 de 2015 exceden lo establecido en literal c) del artículo 3° de la Ley 1150 de 2007. Aunque dicho aparte es aplicable a las entidades que no están regidas por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, los actos demandados le dan un alcance indebido a la expresión “información oficial de la contratación”.

31.- El artículo 1° de la Ley 1150 de 2007 establece el objeto de la norma. Conforme a ese artículo, es claro la Ley 1150 contiene disposiciones que (i) modifican el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y (ii) establecen disposiciones generales “aplicables a toda contratación con recursos públicos”. Este segundo aspecto acoge un criterio que no es subjetivo, a diferencia de la noción de contrato estatal. El criterio para su aplicación es si el contrato está financiado o involucra la ejecución de recursos públicos.

No hay duda de que el literal c) del artículo 3º pertenece a este grupo de normas. Expresamente establece que ese aparte del artículo se aplica a la “contratación realizada con dineros públicos”. Para su aplicación resulta irrelevante el régimen contractual del contrato. La publicación de la información oficial de la contratación debe realizarse si los negocios jurídicos adelantados fueron financiados con recursos públicos.

32.- El anterior argumento no significa, sin embargo, que las Circulares Externas No. 1 de 2013 y 20 de 2015 se ajusten al contenido del artículo 3º de la Ley 1150 de 2007. Esta norma establece lo siguiente:

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

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

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

a) **Dispondrá de las funcionalidades tecnológicas para realizar procesos de contratación** electrónicos bajo los métodos de selección señalados en el **artículo 2o de la presente ley según lo defina el reglamento**;

b) Servirá de punto único de ingreso de información y de generación de reportes para las entidades estatales y la ciudadanía;

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

(...)>>

33.- Sin perjuicio de los parágrafos, el artículo 3º contiene dos apartes:

33.1.- La primera parte del inciso primero y el inciso segundo contiene disposiciones relativas a las entidades estatales regidas por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y, en particular, a que estas puedan adelantar la contratación de manera electrónica.

La primera parte del inciso primero hace referencia a la expedición de actos administrativos y a su notificación, lo cual es excepcional en los contratos regidos por el derecho privado. El inciso segundo aclara que la posibilidad planteada en el inciso primero no releva a las entidades de realizar las publicaciones previstas en el numeral 3 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993. Ese artículo regula la licitación pública, por lo que esas publicaciones sólo son aplicables a las entidades regidas por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

33.2.- El inciso tercero y los literales a) a d) establecen que el Gobierno Nacional debe

desarrollar el Secop y determinan qué debe contener ese sistema, con la finalidad de materializar los objetivos definidos en la segunda parte del inciso primero, esto es, los “mecanismos e instrumentos por medio de los cuales las entidades cumplirán con las obligaciones de publicidad”.

Conforme con lo anterior, establece dos (2) funcionalidades diferentes: uno, para las entidades regidas por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, el literal a) indica que el Secop contendrá las funcionalidades para poder adelantar electrónicamente los procesos de contratación previstos en el artículo 2º de la Ley 1150 de 2007. Este artículo se refiere a los mecanismos de selección de las entidades regidas por el Estatuto. Dicho en otras palabras, materializa la posibilidad de realizar la contratación electrónicamente.

A diferencia de esto, el literal c) establece una funcionalidad específica en relación con los contratos celebrados con recursos públicos. Determina que el Secop debe contener la “información oficial” de la contratación.

34.- En conclusión, el artículo 3º de la Ley 1150 de 2007 se encargó de regular el alcance del principio de publicidad tanto en contratos regidos por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, como en contratos financiados con recursos públicos.

35.- La estructura de la norma permite entender que el alcance de la publicidad no es equivalente entre los contratos regidos por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y los financiados con recursos públicos. En los primeros se deben publicar todos los actos relacionados con la actividad contractual. Es por eso que la norma citada establece que todo el proceso puede adelantarse electrónicamente.

Esto es concordante con el artículo 2.2.1.1.1.7.1. del Decreto 1082 de 2015 que establece lo siguiente:

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

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

36.- A diferencia de lo anterior, es claro que el literal c) no establece la obligación de publicar la totalidad de los actos desarrollados en el marco de la actividad contractual de los contratos financiados con recursos públicos.

Todo lo contrario, el literal c) se limita a indicar que se debe publicar la “información oficial de la contratación”. El alcance de esta expresión no puede equipararse al alcance de la publicidad que el artículo 3º impone a las entidades estatales regidas por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. De lo contrario, no se entiende el motivo por el que el artículo 3º establece diferencias en relación con las entidades que celebran contratos con dineros públicos.

37.- Lo anterior no implica desconocer el principio de publicidad del artículo 209 de la Constitución Política. Se trata de respetar la manera como el legislador materializó las obligaciones de publicidad en contratos financiados con recursos públicos. En este orden de ideas, no corresponde a una entidad descentralizada determinar si limitarse a publicar “información oficial de la contratación” es restringir el principio constitucional a aspectos marginales. Ese fue el alcance que legítimamente estableció el órgano de deliberación democrática al concretar las obligaciones de publicidad y transparencia constitucionales.

38.- Tampoco se trata de limitar indebidamente el acceso a la información pública de la ciudadanía. En efecto, el alcance de este derecho ha sido definido por el legislador por medio de la Ley Estatutaria 1712 de 2014. El artículo 5° de esa norma establece que es aplicable a las entidades que administren recursos públicos. No obstante, el alcance del acceso a la información sobre la contratación no cubre todos los actos. El literal e del artículo 9° establece la información contractual que debe ser publicada.

En concordancia con esa norma, el artículo 10 de la Ley 1712 de 2014 establece un alcance de la publicidad específico para las entidades cuyo régimen contractual es el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. La norma mencionada señala lo siguiente:

<<ARTÍCULO 10. Publicidad de la contratación. En el caso de la información de contratos indicada en el artículo 9 literal e), **tratándose de contrataciones sometidas al régimen de contratación estatal**, cada entidad publicará en el medio electrónico institucional sus **contrataciones en curso** y un vínculo al sistema electrónico para la contratación pública o el que haga sus veces, a través del cual podrá **accederse directamente a la información correspondiente al respectivo proceso contractual**, en aquellos que se encuentren sometidas a dicho sistema, sin excepción.>>

Como se ve, el artículo 10 de la Ley 1712 dispone que debe estar publicada la información de cada uno de los procesos contractuales en curso, únicamente cuando la entidad estatal esté regida por la Ley 80 de 1993 y demás normas.

39.- Esta lectura del literal c) del artículo 3° de la Ley 1150 tampoco limita el ejercicio del control fiscal previsto en el artículo 267 constitucional. No publicar la actividad contractual no significa que los entes que ejercen el control fiscal no puedan acceder a la información que consideren necesaria para poder ejercer sus competencias. Todo lo contrario, ellos podrán acceder a la información, pues es deber de quienes gestionan recursos públicos responder los requerimientos de información que les hagan los entes competentes. Lo anterior únicamente significa que no es viable que un tercero pueda acceder a cualquiera de los actos de la actividad contractual de los contratos financiados con recursos públicos.

40.- Finalmente, se debe aclarar que esta lectura del literal c) del artículo 3° también está inspirada en las normas constitucionales.

Protege la libre competencia que se encuentra en el artículo 333 de la Constitución Política y el principio de igualdad del artículo 13 constitucional. La mayoría de las entidades que cuentan con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública se encuentran en competencia con el sector privado. En este contexto, publicar la actividad contractual implica que sus competidores, que no están sujetos a la misma obligación, podrán acceder a información sobre la operación empresarial. Esto les permite a los competidores saber qué actuaciones está realizando una empresa en el sector económico y, sobre

todo, cómo las está llevando a cabo.

Por esto, no se trata de limitar la publicidad a los aspectos que tengan secreto empresarial. Hay información de actividad contractual que, aunque no esté cobijada por secreto empresarial, le daría ventaja a competidores si tienen acceso a ella. Esto pondría a esas empresas que celebran contratos con recursos públicos en franca desventaja con aquellos competidores que financien sus actuaciones con recursos completamente privados.

41.- En conclusión, es claro que las Circulares Externas No. 1 de 2013 y 20 de 2015 desconocieron el literal c) del artículo 3º de la Ley 1150 de 2007. Esto porque equiparan las obligaciones de publicidad de las entidades regidas por derecho privado con los deberes de publicidad de las entidades regidas por el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública.

42.- De conformidad con lo expuesto, el despacho accederá a la solicitud de la medida cautelar de suspensión provisional.

C.- Decisión acerca de las solicitudes de intervención

43.- En cuanto a la intervención de las sociedades CHEC S.A. E.S.P., ESSA y Aguas de Malambo S.A. E.S.P., así como del doctor Carlos Alberto Atehortúa Ríos, el despacho los reconocerá como coadyuvantes de la parte demandante en este proceso, por reunir los requisitos del artículo 223 del CPACA, esto es, que, en los procesos que se tramiten con ocasión de las pretensiones de simple nulidad, la solicitud debe presentarse desde la admisión de la demanda y hasta la audiencia inicial, como en efecto ocurrió.

44.- Por otro lado, la coadyuvancia de UNE EPM Telecomunicaciones S.A. E.S.P., Colombia Móvil S.A. E.S.P. y Edatek S.A. E.S.P. fue presentada el 17 de enero de 2019. En ese documento se plantearon nuevos cargos contra los actos demandados. La última de las comunicaciones previstas en el artículo 199 del CPACA se realizó el 25 de octubre de 2018. Como la coadyuvancia se presentó antes del vencimiento del término para reformar la demanda previsto en el artículo 173, se ordena dar traslado en los términos del artículo 223 del CPACA.

En mérito de lo expuesto, se

RESUELVE

PRIMERO: DECRETASE la solicitud de suspensión provisional de los apartes de las Circulares Externas No. 1 de 21 de junio de 2013 y 20 de 27 de agosto de 2015, expedidas por la Dirección de la Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente, que contengan la expresión “actividad contractual”.

De acuerdo con lo expuesto, se subraya y tachan los apartes de las Circulares, cuyos efectos se suspenden:

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

<<Para: Entidades que contratan con recursos públicos

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

La Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente- en cumplimiento de

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

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

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

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

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

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

<<Para: Entidades que contratan con recursos públicos

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

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

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

Para que la información de la contratación con cargo a recursos públicos esté disponible al público en general en un solo sitio de internet, Colombia Compra Eficiente y las entidades destinatarias de la presente Circular Externa que cuentan con sistemas de información propios, deben disponer de un hipervínculo que comunique al SECOP con los sistemas de información de

las entidades mencionadas antes del 30 de noviembre de 2015. Las entidades destinatarias de la presente Circular Externa cuyos sistemas de información propios no cumplan las condiciones señaladas, deben publicar ~~su actividad contractual~~ en el SECOP utilizando la clasificación "régimen especial".>>

SEGUNDO: ACÉPTANSE como coadyuvantes de la parte demandante la sociedad de la demandante CENS S.A. E.S.P. a las sociedades CHEC S.A. E.S.P., ESSA y Aguas de Malambo S.A. E.S.P., así como al señor Carlos Alberto Atehortúa Ríos.

TERCERO: ORDÉNASE dar traslado a Colombia Compra Eficiente de la coadyuvancia presentada por UNE EPM Telecomunicaciones S.A. E.S.P., Colombia Móvil S.A. E.S.P. y Edatek S.A., por el término de quince (15) días, para que se pronuncie sobre los cargos nuevos planteados.

CUARTO: La presente providencia será notificada mediante estado electrónico, en atención a lo dispuesto por el artículo 9 del Decreto 806 de 2020. En el sistema de información SAMAI se encuentran registrados los correos electrónicos de los apoderados de las partes. Se advierte a los sujetos procesales que deberán comunicar cualquier modificación en la información de los canales de comunicación electrónica a la dirección Ces3secr@consejodeestado.gov.co

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Con firma electrónica

MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ

Magistrado

2



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma de Migración Colombia

ISSN 2344-7729

Última actualización: 31 de Diciembre de 2024 - (Diario Oficial No. 52.964 - 8 de Diciembre de 2024)