



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. ESP y otros

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

Magistrado ponente: MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

Referencia: 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)
Demandantes: Empresas Varias de Medellín S.A. ESP y otros
Demandado: Agencia Nacional de Contratación Pública — Colombia Compra Eficiente
Tema: Se declara la nulidad de las circulares externas de Colombia Compra Eficiente que disponían que las entidades no regidas por el Estatuto General de Contratación deben publicar su *actividad contractual* en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública - Secop. La entidad demandada excedió su competencia al expedir las circulares y ellas desconocieron el alcance del artículo 3º de la Ley 1150 de 2007.

SENTENCIA

Verificada la inexistencia de irregularidades que invaliden la actuación, la Sala profiere sentencia de única instancia en los procesos en los que se solicitó la nulidad de las Circulares Externas Nro. 1 del 21 de junio de 2013 y Nro. 20 del 27 de agosto de 2015, expedidas por la Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente (en adelante, “Colombia Compra Eficiente”). En ellas se dispone que las entidades que contratan con recursos públicos —independientemente del régimen contractual que les sea aplicable— están obligadas a publicar su actividad contractual en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública — Secop.

La Sala es competente para conocer el proceso en única instancia, en virtud del numeral 1 del artículo 149 del CPACA¹, porque se trata de la nulidad de un acto administrativo expedido por una unidad administrativa especial con personería jurídica del orden nacional².

¹ El numeral 1 del artículo 249 del CPACA, antes y después de la Ley 2080 de 2011, establece: <<1. De la nulidad de los actos administrativos expedidos por las autoridades del orden nacional, o por las personas o entidades de derecho privado que cumplan funciones administrativas en el mismo orden, salvo que se trate de actos de certificación o registro, respecto de los cuales la competencia está radicada en los tribunales administrativos>>.

² Artículo 1º del Decreto Ley 4170 de 2011.



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. ESP y otros

El 25 de febrero de 2021 se suspendieron provisionalmente varios apartes de las circulares demandadas³. La demandada interpuso recurso de reposición contra esta decisión, el cual fue resuelto en providencia del 25 de mayo de 2021, que revocó la suspensión provisional⁴. Contra esta providencia se presentaron recursos de súplica. Antes de resolver los recursos, el magistrado Alberto Montaña Plata presentó impedimento⁵ que fue aceptado en providencia del 13 de diciembre de 2022. El 23 de febrero de 2023 se revocó la providencia del 25 de mayo de 2021, pues <<la medida cautelar decretada originalmente mantiene los elementos basilares que condujeron a su adopción>>⁶.

El 27 de abril de 2023 se ajustó el trámite para proferir sentencia anticipada, con base en el artículo 182A del CPACA⁷. El 3 de agosto de 2023 se dio traslado para presentar alegatos y para que el Ministerio Público conceptuara⁸. Empresas Varias de Medellín S.A. ESP — Emvarias⁹, la Empresa de Energía del Quindío S.A. ESP — Edeq¹⁰, Empresa Públicas de Medellín ESP — EPM¹¹, Aguas de Malambo S.A. ESP¹², Centrales Eléctricas del Norte de Santander S.A. ESP¹³, Aguas Nacionales EPM S.A. ESP¹⁴, UNE EPM Telecomunicaciones S.A., Colombia Móvil S.A., Edatel S.A. ESP¹⁵, Colombia Compra Eficiente¹⁶ y el Ministerio Público¹⁷ presentaron sus alegatos oportunamente. Los demás sujetos procesales guardaron silencio.

Adicionalmente, los apoderados de Aguas de Malambo S.A. ESP¹⁸ y Aguas Nacionales EPM S.A.¹⁹ solicitaron que se les reconociera personería, peticiones a las que se accederá en esta providencia.

I. ANTECEDENTES

A.- La posición de la parte demandante

1.- El expediente contiene cinco procesos acumulados, identificados con los números internos 56151²⁰, 56160²¹, 56162²², 56163²³ y 58711²⁴. Las demandas se dirigieron

³ Índice 105 del Samai.

⁴ Índice 115 del Samai.

⁵ Con base en la causal 9 del artículo 141 del CGP: <<existir enemistad grave o amistad íntima entre el juez y alguna de las partes, su representante o apoderado>>.

⁶ Índice 188 del Samai.

⁷ Índice 197 del Samai.

⁸ Índice 216 del Samai.

⁹ Índice 220 del Samai.

¹⁰ Índice 221 del Samai.

¹¹ Índice 222 del Samai.

¹² Índice 225 y 228 del Samai.

¹³ Índice 226 del Samai.

¹⁴ Índice 227 del Samai.

¹⁵ Índice 228 del Samai.

¹⁶ Índice 224 del Samai.

¹⁷ Índice 223 del Samai.

¹⁸ Índice 225 y 228 del Samai.

¹⁹ Índice 227 del Samai.

²⁰ La demandante fue Empresas Varias de Medellín S.A. ESP — Emvarias.

²¹ La demandante fue Centrales Eléctricas del Norte de Santander S.A. ESP.

²² La demandante fue Empresa de Energía del Quindío S.A. ESP — Edeq.

²³ La demandante fue Empresa Públicas de Medellín S.A. ESP — EPM.

²⁴ La demandante fue Aguas Nacionales EPM S.A. ESP.



contra Colombia Compra Eficiente para solicitar la nulidad parcial de las Circulares Externas **Nro. 1 del 21 de junio de 2013 y Nro. 20 del 27 de agosto de 2015**, que disponen que las entidades que no se rijan por el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública deben publicar su <<actividad contractual>> en el Sistema Electrónico de Compra Pública (en adelante, "Secop"). Particularmente, se demanda la nulidad de los siguientes apartes:

1.1.- 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">>.

1.2.- 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.

2.- En esencia, los demandantes sostuvieron que **(i)** Colombia Compra Eficiente está invadiendo las competencias legislativas del Congreso y reglamentarias del presidente de la República; **(ii)** de acuerdo con el artículo 183 de la Ley 142 de 1994, solo el legislador está facultado para modificar el régimen contractual de las ESP; y **(iii)** el artículo 3º de la Ley 1150 de 2007 no hizo alusión a las empresas de servicios públicos domiciliarios, las cuales, de conformidad con el artículo 31 de la Ley 142 de 1994, están sometidas al régimen privado de contratación.

3.- Los cargos pueden agruparse en dos:

3.1.- **El acto administrativo se expidió sin competencia.** Colombia Compra Eficiente asumió competencias del legislador al extender el ámbito de aplicación del artículo 3º de la Ley 1150 de 2007. Y si en gracia de discusión no se entendiera lo anterior, es claro que ejerció la facultad reglamentaria que corresponde al Gobierno nacional, pues el artículo indica que 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**>>. Y, para las entidades regidas por Ley 80 de 1993, el artículo fue reglamentado por el Gobierno nacional en el artículo 2.2.1.1.1.7.1.²⁵ del Decreto 1082 de 2015 .

3.2.- **Las circulares desconocieron las normas en que debieron fundarse** porque violaron los artículos 84 y 365 de la Constitución Política, el artículo 31 de Ley 142 de

²⁵ La norma establece que 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>>.



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. ESP y otros

1994, el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 y los artículos 10 y 18 de la Ley 1712 de 2014.

a.- Estas normas se violan porque el artículo 3º de la Ley 1150 de 2007 no es aplicable a las entidades que no están regidas por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

b.- Además, porque en el evento de considerar que sí es aplicable, incluye una nueva obligación: la de publicar toda la actividad contractual. En efecto, el artículo 3º de la Ley 1150 de 2007 señala 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;

d) Integrará 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>>.

4.- Según los actores, es claro que en materia de contratación de <<dineros públicos>> la norma no exige publicar todos los actos precontractuales y contractuales en el Secop, sino simplemente publicar <<la información oficial de la contratación realizada>>. No obstante, las Circulares sí exigen publicar toda la <<actividad contractual>>, así:

4.1.- La Circular Externa 1 de 2013:

<<Para: Entidades que contratan con recursos públicos
Asunto: Publicación **de la actividad contractual** en el SECOP



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. ESP y otros

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.

(...)

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**. (...)>>

4.2.- La Circular Externa 20 de 2015:

<<Para: Entidades que contratan con recursos públicos

(...)

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.

(...) 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">>.

B.- Coadyuvantes

5.- En el proceso radicado con el número interno 56160 se presentaron las siguientes coadyuvancias que apoyaron las pretensiones de la demanda:

5.1.- CHEC S.A. ESP indicó que la función de interpretar, reformar y derogar las leyes solo está en cabeza del legislador.



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. ESP y otros

5.2.- El doctor Carlos Alberto Atehortúa 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.

5.3.- La empresa ESSA 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.

5.4.- Aguas de Malambo S.A. ESP sostuvo que Colombia Compra Eficiente, 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, y desconociendo el régimen privado al que están sometidas.

5.5.- Aguas Regionales EPM S.A. ESP reiteró los argumentos expuestos por los demás intervinientes.

6.- En el proceso con radicado interno 56163, las sociedades UNE EPM Telecomunicaciones S.A. ESP, Colombia Móvil S.A. ESP y Edatel S.A. ESP agregaron que, al equiparar el concepto de <<información contractual>> con el de <<actividad contractual>>, las circulares también desconocen el régimen de contratación en materia de telecomunicaciones previsto en la Ley 1341 de 2009.

C.- Posición de la parte demandada

7.- Colombia Compra Eficiente se opuso a las pretensiones. En síntesis, sostuvo que:

7.1.- Las circulares fueron expedidas en cumplimiento de las funciones legales atribuidas mediante el Decreto Ley 4170 de 2011, que guardan consonancia con el artículo 3º de la Ley 1150 de 2007. En ese sentido, 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>>.

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

7.3.- El artículo 3º conlleva publicar toda la información de la actividad contractual, como derivación del principio constitucional de publicidad. Una lectura contraria, según la demandada, 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.



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. ESP y otros

7.4.- Las circulares no obligan a publicar información reservada; por el contrario, prevén que la publicación debe acatar la reserva prevista en la ley.

7.5.- La Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992 y la Ley 1340 de 2009 establecen las prácticas anticompetitivas. Ninguna de ellas establece que <<la publicación de contratos ejecutados con recursos públicos en la plataforma del SECOP haga parte de una práctica que restrinja la competencia>>.

D.- El concepto del Ministerio Público

8.- El Ministerio Público conceptuó que se debe declarar la nulidad parcial de las circulares. Puntualmente, de los apartes que contengan la expresión <<actividad contractual>>, porque desconocieron el artículo 3º de la Ley 1150 de 2007.

II. CONSIDERACIONES

9.- La Sala declarará la nulidad de las circulares. El artículo 137 del CPACA dispone que se pueden demandar las circulares del servicio y, adicionalmente, es claro que las circulares demandadas son actos administrativos de carácter general²⁶, pues estaban dirigidas a <<las entidades que contratan con recursos públicos>>. Lo hará a pesar de que la Circular Única Externa de Colombia Compra Eficiente, en su numeral 18, dispuso que <<La presente Circular Externa Única **sustituye integralmente** todas las circulares que Colombia Compra Eficiente haya expedido con anterioridad a su publicación. Las guías y manuales expedidos por Colombia Compra Eficiente permanecen vigentes>>²⁷. Lo anterior, porque la competencia para pronunciarse sobre la validez de los actos generales no se suprime cuando estos han sido derogados en la medida en que ellos han podido producir efectos mientras estuvieron vigentes; por ello, recientemente se indicó que la <<nulidad es un mecanismo corrector de vicios en la validez, independientemente de la consideración de la vigencia y eficacia de la norma cuestionada>>²⁸.

10.- Se declarará la nulidad de las circulares porque Colombia Compra Eficiente determinó el alcance al principio de publicidad frente a las entidades exceptuadas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y no tenía competencia para hacerlo.

11.- La Sala ha indicado que Colombia Compra Eficiente no tiene potestad reglamentaria: si bien le corresponde <<desarrollar, implementar y difundir las políticas públicas, planes,

²⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 24 de marzo de 2011, exp. 32733. C.P. Enrique Gil Botero. En el mismo sentido, Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 6 de julio de 2020, exp. 48183. C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

²⁷ Publicado en https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_circulares/cce_circular_unica.pdf. Posteriormente, incluso, se sustituyó la versión citada. Esta nueva versión del 15 de julio de 2022 se profirió con posterioridad a la Ley 2195 de 2022.

En ese sentido, aunque el recurrente no aportó el acto, se aplica el artículo 177 del CGP, por remisión del artículo 211 del CPACA.

²⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 26 de enero de 2023, exp. 47688, C.P. Alberto Montaña Plata. En el mismo sentido, Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 25 de mayo de 2023, exp. 64758, con ponencia de este despacho.



programas, normas, instrumentos y herramientas que faciliten las compras públicas, no se puede pretender derivar una facultad reglamentaria>>²⁹. En este caso, las circulares extendieron una obligación a sujetos que la ley no dispone. Con esto, no sólo se desconoció que Colombia Compra Eficiente no puede ejercer la facultad reglamentaria, sino que estableció directamente un asunto que corresponde a legislador.

11.1.- Una cosa es desarrollar y administrar el Secop, que es una función asignada a Colombia Compra Eficiente en virtud del numeral 8 del artículo 3 del decreto ley 4170 de 2011, y otra cosa totalmente distinta es determinar cuáles entidades están obligadas a publicar allí su actividad contractual.

11.2.- Las letras <<a>> y <<c>> del artículo 3 de la Ley 1150 de 2007 determinan que las entidades sometidas a la Ley 80 están obligadas a publicar en el Secop su actividad contractual, y la información que deben suministrar en relación con la contratación con dineros públicos. La primera disposición se refiere a las entidades que deben aplicar los métodos de selección previstos en la misma ley y, la segunda, a la <<contratación con dineros públicos>>:

<<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; (...)

(...)

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>>

11.3- La norma anterior es concordante con el artículo 2.2.1.1.7.1. del Decreto 1082 de 2015, reglamentario del estatuto de contratación de las entidades estatales, que dispone que 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>>. Es claro, entonces, no solo que la ley establece la distinción, sino también el reglamento la regula.

12.- No es cierto que esta distinción sobre la información pública obligatoria que debe ir en el Secop, que estaba prevista en el artículo 3º de la Ley 1150 de 2007, limitara la publicidad o posibilidades de fiscalización de recursos públicos, tal como lo alegó Colombia Compra Eficiente. Las razones son las siguientes:

²⁹ En el mismo sentido, Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 3 de abril de 2020, exp. 50199, C.P. Alberto Montaña Plata.



12.1.- La distinción no desconocía el principio de publicidad del artículo 209 de la Constitución Política, sino que se trataba de respetar la manera como el legislador materializó las obligaciones de publicidad en contratos financiados con recursos públicos. Y no corresponde a una entidad descentralizada, que carece de competencia reglamentaria como Colombia Compra Eficiente, determinar si limitarse a publicar <<información oficial de la contratación>> restringía el principio constitucional a aspectos marginales.

12.2.- Tampoco limitaba indebidamente el acceso a la información pública de la ciudadanía. El alcance de este derecho fue definido por el legislador por medio de la Ley Estatutaria 1712 de 2014. Esta norma también indica que el alcance del acceso a la información sobre la contratación de las entidades que administren recursos públicos no cobija todos los actos: la letra e)³⁰ del artículo 9º establece la información contractual que debe ser publicada. Y, a diferencia de lo anterior, su artículo 10 establece que las entidades cuyo régimen contractual es el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública sí deben publicar todos sus actos precontractuales³¹.

12.3.- No restringía el ejercicio del control fiscal previsto en el artículo 267 constitucional. Los entes que ejercen el control fiscal podían acceder a la información que en su concepto fuera necesaria para ejercer sus competencias, pues es deber de quienes gestionan recursos públicos responder los requerimientos de información que les hagan los entes competentes.

12.4.- No desconocía la posibilidad de restringir la publicidad en casos de secreto empresarial, como alegó Colombia Compra Eficiente. La Sala destaca que este argumento de conveniencia no corresponde hacerlo a una entidad descentralizada, sino al legislador. En todo caso, se pone de presente que puede haber información de actividad contractual que, aunque no esté cobijada por secreto empresarial o reserva, le daría ventaja a competidores si tienen acceso a ella³².

12.5.- La distinción estaba inspirada en normas constitucionales, pues respetaba la libre competencia consagrada 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 puede implicar que sus competidores, que no

³⁰ <<e) Su respectivo plan de compras anual, así como las contrataciones adjudicadas para la correspondiente vigencia en lo relacionado con funcionamiento e inversión, las obras públicas, los bienes adquiridos, arrendados y en caso de los servicios de estudios o investigaciones deberá señalarse el tema específico, de conformidad con el artículo 74 de la Ley 1474 de 2011. En el caso de las personas naturales con contratos de prestación de servicios, deberá publicarse el objeto del contrato, monto de los honorarios y direcciones de correo electrónico, de conformidad con el formato de información de servidores públicos y contratistas;>>.

³¹ <<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>>.

³² Por ejemplo, los competidores podrían acceder al plan de negocios de la empresa y afectar su desarrollo. Estas desventajas no tienen que necesariamente ser equivalentes a las prácticas anticompetitivas definidas por el legislador.



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. ESP y otros

están sujetos a la misma obligación, accedan a información sobre la operación empresarial.

13.- Finalmente, es evidente que, al momento de expedir las circulares, el artículo 3º de la Ley 1150 no establecía el deber de publicar toda la actividad contractual. Tan es así que el legislador profirió la siguiente norma en la Ley 2195 de 2022 —con posterioridad al auto que suspendió las circulares—:

<<ARTÍCULO 53. Adiciónese los siguientes incisos al artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, el cual quedará así:

ARTÍCULO 13. PRINCIPIOS GENERALES DE LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL PARA ENTIDADES NO SOMETIDAS AL ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (...)

En desarrollo de los anteriores principios, **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.

A partir de la entrada en vigencia de la presente ley, se **establecerá un periodo de transición de seis (6) meses**, para que las entidades den cumplimiento efectivo a lo aquí establecido>>.

14.- Teniendo en cuenta que se ventiló un interés público, la Sala se abstendrá de condenar en costas a la parte vencida, de conformidad con lo previsto en el artículo 188 del CPACA.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO. DECLÁRASE la nulidad de parcial de los apartes de las Circulares Externas Nro. 1 de 21 de junio de 2013 y Nro. 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 declarados nulos:

Circular Externa Nro. 1 del 21 de junio de 2013:

<<Para: Entidades que contratan con recursos públicos
Asunto: Publicación **~~de la actividad contractual~~** en el SECOP



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. ESP y otros

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".>>



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. ESP y otros

SEGUNDO. NO SE CONDENA en costas.

TERCERO. RECONÓCESE personería jurídica a la abogada Karen Cecilia Ramírez Moré, titular de la tarjeta profesional No. 161.583 del Consejo Superior de la Judicatura para actuar como apoderada de Aguas de Malambo S.A. ESP, conforme al poder que obra en los índices 225 y 228 del Samai.

CUARTO. RECONÓCESE personería jurídica al abogado Carlos Mario Montoya Rincón, titular de la tarjeta profesional No. 280.561 del Consejo Superior de la Judicatura para actuar como apoderado de Aguas Nacionales EPM S.A., conforme al poder que obra en el índice 227 del Samai.

QUINTO. En firme esta providencia, **ARCHÍVESE** el presente proceso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Con firma electrónica
MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ
Magistrado

Con firma electrónica
FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Magistrado