Compartido por:
BeltránPardo
Abogados & Asociados

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero Ponente: Édgar González López

Bogotá, D.C., trece (13) de diciembre de dos mil veintidós (2022)

Radicación interna: 2488
Número único: 11001-03-06-000-2022-00244-00
Referencia: Consulta sobre el régimen contractual de la Unidad de Búsqueda de Personas Desaparecidas (UBPD)

El Gobierno nacional, por conducto del ministro de Justicia y del Derecho, solicitó a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado absolver una consulta sobre el alcance del inciso 3.° del artículo 1.° del Decreto Ley 589 de 2017[1], en cuanto al régimen contractual aplicable a la Unidad de Búsqueda de Personas Desaparecidas, en adelante UBPD.

I. ANTECEDENTES

Como antecedentes y fundamentos de la consulta, el ministro expuso, en síntesis, lo siguiente:

1. Mediante el Acto Legislativo 01 de 2017 se creó el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR), del cual hace parte la UBPD.

2. Mencionó que el artículo 3.° del Acto Legislativo 01 dispuso que la UBPD era:

---

[1] «Por el cual se organiza la Unidad de Búsqueda de Personas dadas por desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado».
ARTÍCULO 1°. Naturaleza de la Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado.
[...]
La UBPD podrá realizar todos los actos, contratos y convenios en el país o en el exterior que sean necesarios para el cumplimiento de su objeto, ajustándose a las facultades y atribuciones que le otorgan la Constitución, este Decreto Ley, su reglamento y las demás normas que rijan su funcionamiento.

Compartido por:
BeltránPardo
Abogados & Asociados

> Un ente del orden nacional con personería jurídica y con autonomía administrativa, presupuestal y técnica. La Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas en el contexto y razón del conflicto armado tendrá carácter humanitario y extrajudicial [...] La Ley reglamentará la naturaleza jurídica, el mandato, funciones, composición, y funcionamiento de la Unidad, incluyendo los mecanismos de rendición de cuentas su gestión, siempre que ellos no menoscaben su autonomía. La ley establecerá las atribuciones necesarias con las que contará la UBPD para cumplir efectivamente su mandato de búsqueda humanitaria y extrajudicial. [...]

3. Señaló que a través del Decreto Ley 589 de 2017 se organizó la UBPD, y en el artículo 1.° se dispuso:

> La UBPD es una entidad del Sector Justicia, de naturaleza especial, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera, patrimonio independiente y un régimen especial en materia de administración de personal.
>
> La UBPD podrá realizar todos los actos, contratos y convenios en el país o en el exterior que sean necesarios para el cumplimiento de su objeto, ajustándose a las facultades y atribuciones que le otorgan la Constitución, este Decreto Ley, su reglamento y las demás normas que rijan su funcionamiento.

4. Mencionó que según el artículo 14 del Decreto Ley 589 «la UBPD podrá suscribir contratos, convenios y/o protocolos de acceso a información con cualquier tipo de organización nacional o internacional de derecho público o privado, incluyendo organizaciones de víctimas y de derechos humanos, nacionales o extranjeras, pudiendo establecer las condiciones de confidencialidad que fueren necesarias para su adecuado uso y para la protección de las personas mencionadas en ella.».

5. Asimismo, señaló que, según el artículo 1.° del Decreto Ley, se «dispuso que en temas de contratos y convenios la UBPD podrá suscribirlos con sujeción a la constitución, el Decreto Ley 589 de 2017, su reglamento y demás normas que rijan su funcionamiento».

6. Manifestó que, de acuerdo con lo anterior, surge la duda frente a la eventual exclusión de la UBPD de la Ley 80 de 1993 y las normas que lo modifiquen, y la posible aplicación de un régimen propio de contratación.

En su concepto, no existe un pronunciamiento que interprete el régimen jurídico de contratación aplicable a la UBPD, pues del mencionando artículo 14 del Decreto Ley 589 de 2017 se podría inferir que es posible aplicar la Ley 80 de 1993 y todo el Estatuto General de Contratación Pública.

Compartido por:
BeltránPardo
Abogados & Asociados

7. Asimismo, afirmó que de la lectura del artículo 13 de la Ley 1150 de 2007[2], que menciona los principios generales de contratación aplicables a las entidades no sometidas al régimen de contratación, se podría cuestionar el caso de la UBPD porque al hacer parte del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR), que tiene un régimen jurídico excepcional, «no resulta claro si por esa misma excepcionalidad su régimen de contratación es el Estatuto precitado o si en virtud del artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 se le aplica un régimen excepcional de contratación».

8. Mencionó, igualmente, que existe la duda si la UBPD debe adoptar para su funcionamiento y contratación los pliegos tipo de conformidad con lo establecido en el artículo 4.° de la Ley 1882 de 2018[3] que faculta adoptar los documentos tipo

---

[2] Ley 1150 de 2007, artículo 13:
ARTÍCULO 13. PRINCIPIOS GENERALES DE LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL PARA ENTIDADES NO SOMETIDAS AL ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 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.
<Inciso adicionado por el artículo 53 de la Ley 2195 de 2022. El nuevo texto es el siguiente:> 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.
<Inciso adicionado por el artículo 53 de la Ley 2195 de 2022. El nuevo texto es el siguiente:> 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.

[3] Modificado por el artículo 1.° de la Ley 2022 de 2020:
ARTÍCULO 4º. Adiciónese el siguiente parágrafo al artículo 2º de la Ley 1150 de 2007.

PARÁGRAFO 7º. La Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente o quien haga sus veces, adoptará documentos tipo que serán de obligatorio cumplimiento en la actividad contractual de todas las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Dentro de estos documentos tipo, se establecerán los requisitos habilitantes, factores técnicos, económicos y otros factores de escogencia, así como aquellos requisitos que, previa justificación, representen buenas prácticas contractuales que procuren el adecuado desarrollo de los principios que rigen la contratación pública.

Compartido por:
BeltránPardo
Abogados & Asociados

en contratos y procesos de selección, en concordancia con los artículos 56 de la Ley 2195 de 2022[4] y 1.° de la Ley 2022 de 2020.

9. También reseñó el Concepto núm. 049 de 2022, de Colombia Compra Eficiente[5], sobre regímenes especiales en materia de contratación pública, en el

---

Con el ánimo de promover la descentralización, el empleo local el desarrollo, los servicios e industria local, en la adopción de los documentos tipo, se tendrá en cuenta las características propias de las regiones, la cuantía, el fomento de la economía local y la naturaleza y especialidad de la contratación. Para tal efecto se deberá llevar a cabo un proceso de capacitación para los municipios.

La Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente fijará un cronograma, y definirá en coordinación con las entidades técnicas o especializadas correspondientes el procedimiento para implementar gradualmente los documentos tipo, con el propósito de facilitar la incorporación de estos en el sistema de compra pública y deberá establecer el procedimiento para recibir y revisar comentarios de los interesados, así como un sistema para la revisión constante de los documentos tipo que expida .

En todo caso, serán de uso obligatorio los documentos tipo para los pliegos de condiciones de los procesos de selección de obras públicas, interventoría para las obras públicas, interventoría para consultoría de estudios y diseños para obras públicas, consultoría en ingeniería para obras, que lleven a cabo todas las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en los términos fijados mediante la reglamentación correspondiente.

[4] Ley 2195 de 2022, artículo 56:

ARTÍCULO 56. APLICACIÓN DE LOS DOCUMENTOS TIPO A ENTIDADES DE REGIMEN ESPECIAL. Para la adquisición de bienes, obras o servicios, las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Publica que celebren contratos o convenios interadministrativos o de cualquier otra índole, con otra entidad estatal o con patrimonios autónomos o con personas naturales o jurídicas de derecho privado, cuyo régimen de contratación sea especial o de derecho privado, deberán aplicar los documentos tipo adoptados por la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente o quien haga sus veces, conforme al parágrafo 7 del Artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 o las normas que lo modifiquen o sustituyan.

Los procedimientos de selección y los contratos que realicen en desarrollo de los anteriores negocios jurídicos, donde apliquen los documentos tipo se regirán por el Estatuto General de Contratación de la Administración Publica.

PARÁGRAFO. Se exceptúan del presente Artículo las Instituciones de Educación Superior públicas, las empresas sociales del Estado, las sociedades de economía mixta y las empresas industriales y comerciales del Estado, únicamente en cuanto a la contratación de su giro ordinario. En estos casos, en los manuales de contratación de estas entidades, se fomentará como buena práctica la aplicación de los pliegos tipo.

Compartido por:
BeltránPardo
Abogados & Asociados

que se consideró que la norma de creación del régimen especial y el manual de contratación de la entidad son los que determinan las reglas diferenciales que deben aplicarse en esta materia.

En la misma línea citó el Concepto 2335 de la Sala de Consulta y Servicio Civil[6], en el que se mencionó que, tratándose de regímenes especiales, la entidad pública debe observar y acatar los principios constitucionales que rigen la función pública.

10. Concluyó que ni el Acto Legislativo 01 de 2017 ni el Decreto Ley 589 de 2017 determinan la naturaleza jurídica, ni el régimen especial de contratación de la UBPD, como si se hace respecto al Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR), el cual es de carácter excepcional.

11. Al formular las preguntas, el ministro recordó que la UBPD en su solicitud argumenta que debe contar con un régimen contractual especial que le permita realizar su objeto y funciones (humanitaria y extrajudicial) de manera célere, en consideración a la naturaleza de los asuntos que maneja, como la búsqueda de personas desaparecidas.

12. Expuesto lo anterior, y con base en las inquietudes planteadas por la UBPD, el ministro formuló a la Sala las siguientes

PREGUNTAS:

A. ¿En atención a la naturaleza especial de la UBPD; mandato de transitoriedad; y el marco normativo y jurisprudencial aplicable, cuál es el alcance del inciso 3 del artículo 1 del Decreto Ley 589 de 2017 en cuanto al régimen contractual aplicable a la UBPD?

B. ¿Es viable que la UBPD, como mecanismo que hace parte del Sistema Integral para la Paz, reglamente la gestión contractual para la realización de todos los actos y contratos aplicando los principios de la función administrativa, bajo un régimen excepcional?

---

[5] Concepto C-049 de 2022 de Colombia Compra Eficiente, sobre entidades exceptuadas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, manuales de contratación, exigencia de publicación en el SECOP y aplicación de documentos tipo.
[6] Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 15 de mayo de 2018. Radicación número: 11001-03-06-000-2017-00058-00(2335).

Compartido por:
BeltránPardo
Abogados & Asociados

C. ¿En garantía de los derechos de las víctimas, cuál debe ser el procedimiento a seguir por la UBPD para aplicar un régimen excepcional de contratación?

III. CONSIDERACIONES

A. Problema jurídico

Del contexto fáctico y normativo de la consulta y de las preguntas formuladas por el ministro de Justicia y del Derecho, el problema jurídico a resolver es: ¿Cuál es el régimen jurídico de contratación aplicable a la UBPD?

B. Análisis jurídico.

Para resolver el problema jurídico enunciado, la Sala considera necesario analizar los siguientes aspectos: i) naturaleza jurídica de la UBPD; ii) regímenes exceptuados del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública ,y, iii) el caso concreto. Régimen de contratación de la UBPD.

IV. CONSIDERACIONES

1. Naturaleza jurídica de la Unidad de Personas dadas por Desaparecidas (UBPD)

El Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera firmado por el Gobierno Nacional y las FARC-EP el 24 de noviembre de 2016 y refrendado por el Congreso de la República el 30 de noviembre de 2016, previó la creación del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (en adelante SIVJRNR), el cual busca la garantía a la protección de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición en razón del conflicto armado.

El Acto Legislativo 01 de 2017 incorporó constitucionalmente los acuerdos para la paz y puso en marcha su implementación. El artículo transitorio 1 del Acto Legislativo 01 de 2017, por el cual se adopta un título transitorio que contiene las normas para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera, incorporó en la Constitución Política el SIVJRNR. Este sistema está compuesto por mecanismos judiciales y extrajudiciales, incluida la Unidad de Personas dadas por Desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto (UBPD).

El artículo transitorio 3 del Acto Legislativo 01 de 2017 estableció lo siguiente:

Compartido por:
BeltránPardo
Abogados & Asociados

> **ARTÍCULO TRANSITORIO 3°. Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado.** La Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado será un ente del orden nacional con personería jurídica y con autonomía administrativa, presupuestal y técnica La Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado tendrá carácter humanitario y extrajudicial y dirigirá, coordinará y contribuirá a la implementación de acciones humanitarias encaminadas a la búsqueda y localización de personas dadas por desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado que se encuentren con vida y en los casos de fallecimiento, cuando sea posible, la identificación y entrega digna de sus restos. La Ley reglamentará la naturaleza jurídica, el mandato, funciones, composición, y funcionamiento de la Unidad, incluyendo los mecanismos de rendición de cuentas sobre su gestión, siempre que ellos no menoscaben su autonomía. La ley establecerá las atribuciones necesarias con las que contará la UBPD para cumplir efectivamente su mandato de búsqueda humanitaria y extrajudicial. En todo caso, las actividades de la Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado no podrán sustituir ni impedir las investigaciones de carácter judicial a las que haya lugar en cumplimiento de las obligaciones que tiene el Estado.
>
> Los órganos del estado brindaran toda la colaboración que requiera la Unidad. Se deberá promover la participación de las víctimas y sus organizaciones en todas las fases del proceso de búsqueda, localización, recuperación, identificación y entrega digna de restos de personas dadas por desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado.

De esta manera, la Constitución creó la UBPD como una entidad que cumple funciones de carácter humanitario y extrajudicial, para dirigir, coordinar y contribuir a la implementación de acciones humanitarias encaminadas a la búsqueda y localización de personas dadas por desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado.

Tema de especial interés para dar respuesta a la consulta formulada es que este acto legislativo atribuyó a la ley la función de reglamentar su naturaleza jurídica, mandato, funciones, composición, y funcionamiento de la UBPD, incluyendo los mecanismos de rendición de cuentas sobre su gestión, siempre que ellos no menoscaben su autonomía.

De la misma manera la norma de rango constitucional defiere a la ley establecer las atribuciones necesarias con las que contará la UBPD para cumplir efectivamente su mandato de búsqueda humanitaria y extrajudicial.

Compartido por:
BeltránPardo
Abogados & Asociados

En desarrollo del Acuerdo Final, y en ejercicio de las facultades constitucionales conferidas en el artículo 3.° del Acto Legislativo 01 de 2017, se expidió el Decreto 589 de 2017, «Por el cual se organiza la Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado».

El artículo 1.° del Decreto 589 de 2017, indicó que la UBPD tenía una naturaleza jurídica especial:

> Artículo 1. Naturaleza de la Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado. De conformidad con el artículo transitorio 3 del Acto Legislativo 01 de 2017, en el marco del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR), y con el propósito de contribuir a satisfacer los derechos de las víctimas a la verdad y a la reparación póngase en marcha la Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado (UBPD) por un período de veinte (20) años, prorrogables por ley.
>
> La UBPD **es una entidad del Sector Justicia, de naturaleza especial, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera, patrimonio independiente y un régimen especial en materia de administración de personal.**
>
> La UBPD podrá realizar todos los actos, contratos y convenios en el país o en el exterior que sean necesarios para el cumplimiento de su objeto, ajustándose a las facultades y atribuciones que le otorgan la Constitución, este Decreto Ley, su reglamento y las demás normas que rijan su funcionamiento. (Resalta la Sala)

En concordancia con esta disposición, el numeral 8 del artículo 17 del Decreto Ley 589 de 2017 consagra dentro de las funciones del Director de la UBPD, el de «celebrar los contratos, acuerdos y convenios que se requieran para el buen funcionamiento de la UBPD».

En cuanto a un régimen especial, la norma solo lo prevé en materia de administración de personal.

Finalmente, la Corte Constitucional, en ejercicio de la acción de constitucionalidad del Decreto Ley 589 de 2017, revisó la integralidad del decreto, y en lo que se refiere a la naturaleza de la UBPD, sostuvo en la Sentencia C-067 de 2018, lo siguiente:

> Para comenzar, la Corte advierte que el artículo transitorio 3 del Acto Legislativo 01 de 2017 no señala expresamente la naturaleza jurídica de la UBPD, pues tan sólo dispone que *"será un* ***ente del orden nacional*** *con personería jurídica y con autonomía administrativa, presupuestal y técnica"*. Su

Compartido por:
BeltránPardo
Abogados & Asociados

consagración difiere radicalmente de la forma como se planteó la CEV, en donde sí se mencionó explícitamente que se trata de un *"**ente autónomo** del orden nacional"*, por lo que se entiende que corresponde a un organismo con autonomía de carácter constitucional, al amparo de lo previsto en el artículo 113 del Texto Superior. Tal distinción, se torna aún más evidente, cuando –a diferencia de este último organismo– en el citado acto de reforma se le asigna al legislador la atribución de fijar directamente *"la naturaleza jurídica"* de la UBPD, lo que supone que el Constituyente no asumió una definición, sino que delegó, la caracterización orgánica del ente en mención. Una revisión de los antecedentes del referido Acto Legislativo, confirma esta conclusión, ya que en el tercer debate, en la Comisión Primera de Senado, se incorporó la expresión *"autónomo"* para referir a la naturaleza jurídica de la Unidad, la cual se suprimió en el cuarto debate, en la Plenaria del Senado, por la fórmula que le otorga al legislador la potestad para asumir dicha decisión.

[…]
En armonía con lo expuesto, lo que se observa es que fue intención del constituyente derivado, durante la discusión del artículo transitorio 3 del Acto Legislativo 01 de 2017, requerir del legislador la labor de dotar a la UBPD de la autonomía e independencia necesarias para su gestión, por lo que, en los debates, se puso de presente la importancia de que pueda ejercer sus atribuciones sin interferencias.

Conclusiones

1. La UBPD es una unidad del orden nacional, con personería jurídica y con autonomía administrativa, presupuestal y técnica.

2. La UBPD es una unidad administrativa especial, que hace parte del ejecutivo. La autonomía administrativa de la UBDP no significa que esta tenga un régimen jurídico autónomo, pues se insiste, pertenece al sector justicia.

3. La norma constitucional señaló expresamente que, corresponde a la ley la función de reglamentar la naturaleza jurídica de la UBPD, su mandato y atribuciones, así como establecer las atribuciones necesarias para cumplir su mandato de naturaleza humanitaria.

4. El Decreto Ley que regula su naturaleza y el funcionamiento sitúa a la Unidad como parte del sector justicia, la cual cumple funciones de coordinación con el resto de autoridades del SIVJRNR y con otras instituciones públicas de la misma área misional.

5. La UBPD es una entidad de carácter humanitario y extrajudicial cuyo objeto es implementar acciones de búsqueda y localización de personas dadas por

Compartido por:
BeltránPardo
Abogados & Asociados

desaparecidas, así como recuperar, identificar y entregar sus cuerpos de forma digna.

6. Como se trata de un órgano extrajudicial, el alcance de sus atribuciones no puede sustituir ni impedir el desarrollo de las investigaciones judiciales a las que haya lugar.

7. En su calidad de persona jurídica, la UBPD puede realizar todos los actos, contratos y convenios que sean necesarios para el cumplimiento de su objeto, ajustándose a las facultades y atribuciones que le otorgan la Constitución, el Decreto Ley 589 de 2017, su reglamento y las demás normas que rijan su funcionamiento.

8. El Decreto Ley que organizó esta entidad solo estableció un régimen especial en materia de administración de personal.

2. Regímenes exceptuados del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública

La Ley 80 de 1993 o «Estatuto General de Contratación de la Administración Pública» (en adelante EGC) consagró las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales (artículo 1º)[7], bajo una visión unitaria de estos contratos, los cuales deben perseguir siempre el cumplimiento de los fines

[7] Conforme lo ordenó el artículo 150 de la Constitución Política, que le otorgó al Congreso la competencia para «expedir el estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional» La Ley 80 de 1993 pretendió acoger la teoría unitaria del contrato para eliminar la distinción legal de los contratos administrativos y de los contratos de derecho privado de la administración, consagrada en la Ley 19 de 1982 y el Decreto 222 de 1983. Con su expedición se unificó la denominación de contrato estatal para los contratos de las entidades públicas y se concentró la labor juzgadora de las controversias que surjan con ocasión del mismo en una sola jurisdicción, como regla general, en la jurisdicción de lo contencioso administrativo (artículos 32 y 75 Ley 80 de 1993).

Compartido por:
BeltránPardo
Abogados & Asociados

estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados (art. 3 *ejusdem*[8]).
En este orden de ideas, la Ley 80 de 1993 calificó los negocios celebrados por las entidades estatales (enunciadas en el artículo 2 *ibidem*) como contratos estatales y pretendió establecer un marco normativo general, sistemático y homogéneo para su celebración y ejecución[9].

Al respecto, el artículo 1 de la citada ley señaló:

> **ARTÍCULO 1.- Del objeto**. La presente Ley tiene por objeto disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales.

En concordancia con lo anterior, el artículo 2 señaló las entidades calificadas como estatales, así:

> **ARTÍCULO 2.-** *De la Definición de Entidades, Servidores y Servicios Públicos.* Para los solos efectos de esta Ley:
>
> 1o. Se denominan entidades estatales:
>
> a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el Distrito Capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación

---

[8] De acuerdo con el artículo 3 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007, las entidades estatales al celebrar los contratos y con la ejecución de los mismos deben buscar «*el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines*». A su vez, el artículo 3 de la Ley 489 de 1998 establece que las entidades estatales deben ejercer su función administrativa: [...] conforme a los principios constitucionales, en particular los atinentes a la buena fe, igualdad, moralidad, celeridad, economía, imparcialidad, eficacia, eficiencia, participación, publicidad, responsabilidad y transparencia. Los principios anteriores se aplicarán, igualmente, en la prestación de servicios públicos, en cuanto fueren compatibles con su naturaleza y régimen.

[9] Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de 29 de mayo de 2003, (Exp. No. 1488), reiterado en el Concepto de 20 de noviembre de 2003, (Exp. No. 1537). Vid. Gaceta del Congreso 75 del 23 de septiembre de 1992, Exposición de Motivos de la Ley 80 de 1993: «*La nueva ley pretende convertirse en el marco normativo de la actividad estatal en cuanto atañe a la contratación. Por ende, su estructura se caracteriza por definir y consagrar en forma sistematizada y ordenada las reglas y principios básicos que deben encaminar la realización y ejecución de todo contrato que celebre el Estado*».

Compartido por:
BeltránPardo
Abogados & Asociados

> pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.
>
> b) El Senado de la República, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, distritales y municipales, la Procuraduría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil, los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, las unidades administrativas especiales y, en general, los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos. […]. (Subraya la Sala).

Por último, el 13 del estatuto dispuso que*:*

> **ARTÍCULO 13.-** De la Normatividad Aplicable a los Contratos Estatales. **L**os contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2 del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta Ley. […]. (La Sala subraya).

Conforme con estas disposiciones, los contratos estatales se regulan, en primer lugar, por las normas previstas en la Ley 80 de 1993 y las disposiciones que la modifican y adicionan, y en lo no previsto por estas, por las reglas del derecho privado, comercial que resulten aplicables.

Por otra parte, la Ley 80 de 1993 le otorgó un amplio margen de configuración a las entidades estatales para escoger los tipos o clases de contratos que pueden celebrar para cumplir con sus objetivos, así como las cláusulas que pueden incluir en estas, al señalar que son contratos estatales todos los previstos en el derecho privado y aquellos derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, tal como se señala expresamente en los artículos 32 y 40 de la misma normativa:

> **ARTÍCULO 32.** ***De los Contratos Estatales.*** Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación.
>
> […]

De manera adicional, esta libertad de configuración de la entidad estatal, en cuanto a los tipos de contratos y sus contenidos, se ratifica con el art. 40 *ibidem*:

Compartido por:
BeltránPardo
Abogados & Asociados

> **ARTÍCULO 40.-** ***Del Contenido del Contrato Estatal.*** Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta Ley, correspondan a su esencia y naturaleza.
>
> **Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales.**
>
> **En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta Ley y a los de la buena administración.**
>
> En los contratos de empréstito o cualquier otra forma de financiación de organismos multilaterales, podrán incluirse las previsiones y particularidades contempladas en los reglamentos de tales entidades, que no sean contrarias a la Constitución o a la ley.[…] (Resalta la Sala).

Esta facultad de las entidades estatales para definir el contenido y los tipos de contratos que requieren para cumplir sus fines, establecida en los artículos 32 y 40 del EGC, no implica que estas tengan un régimen especial diferente al establecido en la Ley 80 de 1993 y las normas que la modifican o adicionan. Estas entidades deben aplicar los procesos de selección regulados por el citado estatuto, y ante el silencio de un proceso de selección específico, como regla general, el proceso de licitación.

Así las cosas, en ejercicio de su capacidad jurídica y del principio de autonomía contractual, las entidades estatales cuentan con una amplia gama de tipologías contractuales consagradas en el Código de Comercio, el Código Civil y disposiciones especiales, así como aquellos otros - atípicos e innominados- que surjan del ejercicio de la autonomía de la voluntad y satisfagan sus objetivos y necesidades. Asimismo, pueden incluir las cláusulas que sean necesarias y conducentes para el cumplimiento del objeto contrato y fines, de manera adicional a aquellas que el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública consagra de manera especial para los contratos estatales.

De todas maneras, su actividad contractual debe estar en consonancia con el objeto de su creación.

Entre los aspectos regulados de manera particular por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y a los que deben sujetarse las entidades estatales en su actividad contractual encontramos, entre otros, los

Compartido por:
BeltránPardo
Abogados & Asociados

siguientes: el deber de planeación, en especial con el cumplimiento de los requisitos legales, como los de orden presupuestal y los de los estudios previos, conforme al Decreto 1082 de 2015; las inhabilidades e incompatibilidades para contratar; los principios de la contratación estatal; los mecanismos de selección; las reglas sobre documentos tipo, de conformidad con lo establecido en el artículo 56 de la Ley 2195 de 2022 y sus disposiciones reglamentarias; los requisitos de perfeccionamiento y ejecución del contrato; el equilibrio económico y financiero del contrato; las cláusulas excepcionales (interpretación, modificación y terminación unilaterales, caducidad, reversión y sometimiento a las leyes nacionales); la imposición y efectividad de las multas, así como de la cláusula penal una vez pactada; las garantías del contrato, las nulidades del contrato estatal y la liquidación del contrato.

Ahora bien, de manera excepcional, la propia ley ha excluido del EGC a algunas entidades estatales, las cuales han quedado facultadas para aplicar en su actividad contractual unas reglas especiales, contenidas generalmente en el derecho privado o en un régimen especial, y desarrolladas además en sus manuales de contratación.

No obstante la pretensión unificadora que inspiró la Ley 80 de 1993, la misma ha venido consagrando paulatinamente un número importante de regímenes exceptuados o especiales, en razón al tipo de entidades o al sector en el que se desempeñan (criterio orgánico), o a la naturaleza de las actividades que estas ejercen (criterio material). Lo anterior, bien en atención a que las entidades desarrollan actividades propias de mercados en los que se interactúa en competencia con particulares (actividad industrial y comercial); ora por necesidades sociales o públicas o de otra índole, que determinen la exigencia de darle agilidad y flexibilidad a las actuaciones contractuales de ciertas entidades estales, para alcanzar sus fines.

En todo caso, cuando la ley somete a determinadas entidades a un régimen especial de contratación, las libera de las formalidades y estructuras propias de la Ley 80 de 1993 y las normas que la modifican y adicional, así como, por regla general, de las facultades y prerrogativas unilaterales y exorbitantes de la Administración. En todo caso, los contratos realizados por estas entidades mantienen su calificación de contratos estatales[10] y, en consecuencia, las

[10] En efecto, el Consejo de Estado ha señalado en reiteradas ocasiones que la naturaleza del contrato no depende de su régimen jurídico. A partir de un criterio orgánico, ha expuesto que serán considerados contratos estatales aquellos que celebren las entidades de igual naturaleza. En este sentido, ha manifestado la Corporación lo siguiente:
De este modo, **son contratos estatales 'todos los contratos que celebren las entidades públicas del Estado,** ya sea que se regulen por el Estatuto General de Contratación Administrativa o que estén sujetos a regímenes especiales', y estos últimos, **donde encajan los**

Compartido por:
BeltránPardo
Abogados & Asociados

controversias surgidas de estos deben ser conocidas por la jurisdicción de lo contencioso administrativo[11].

Así, ha sido una constante, durante estos años, la proliferación de excepciones a su aplicación, que han dado lugar a que, en la práctica, la Ley 80 de 1993 no se aplique a todas las entidades del Estado, ante la existencia de muchos regímenes especiales que remiten al derecho privado o a normas especiales[12].

Sin embargo, teniendo en cuenta esa realidad, así como las finalidades de interés general que deben perseguir todas las entidades públicas en sus actuaciones, independientemente del régimen contractual aplicable y la exigencia de proteger el patrimonio público que estas administran, el artículo 13 de la Ley 1150 de 2011 positivizó un regla que se venía decantando por vía doctrinal y jurisprudencial[13], esto es: que la actividad contractual de las entidades sometidas a un régimen especial de derecho privado u otro régimen especial previsto en la ley está siempre sujeta a los principios de la función administrativa y la gestión fiscal, así como al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previstos en el Estatuto General de la Administración Pública.

En efecto, la norma señaló expresamente lo siguiente:

---

que celebran las empresas oficiales que prestan servicios públicos domiciliarios, son objeto de control por parte del juez administrativo, caso en el cual las normas procesales aplicables a los trámites que ante éste se surtan no podrán ser otras que las del derecho administrativo y las que en particular existan para este tipo de procedimientos, sin que incida la normatividad sustantiva que se le aplique a los contratos[10]. Consejo de Estado. Sala Contencioso Administrativa. Auto de 20 de agosto de 1998. Exp. 14.202. Esta posición ha sido expuesta en otros fallos, en la Sentencia del 13 de abril de 2011. 25000-23-26-000-2005-00280-01(37423).

[11] No obstante, el artículo 105 del CPACA establece que la jurisdicción de lo contencioso administrativo no conocerá de las controversias de los contratos celebrados por entidades públicas que tengan el carácter de instituciones financieras, aseguradoras, intermediarios de seguros o intermediarios de valores vigilados por la Superintendencia Financiera, cuando correspondan al giro ordinario de los negocios de dichas entidades, incluyendo los procesos ejecutivos.

[12] Así lo ha analizado esta Sala en diferentes pronunciamientos, entre los cuales se destacan el Concepto No 2456 del 13 de mayo de 2001.

[13] La Corte Constitucional, mediante Sentencia C-230 de 1995, había manifestado la exigencia de que las entidades públicas sometidas a las normas de derecho privado acataran los principios de la función administrativa, en particular los principios de moralidad y eficacia, con el fin de garantizar el correcto manejo, control y responsabilidad de la inversión de los recursos públicos administrados por estas entidades. En igual sentido se pronunció la Sentencia C-629 de 2003[13].
Por su parte, la Sección Tercera del Consejo de Estado, en Sentencia del 20 de abril de 2005[13], al conocer una demanda de nulidad de un acto de adjudicación de un contrato expedido por la Universidad del Tolima, señaló que, no obstante la entidad estaba sujeta al régimen de derecho privado[13], de acuerdo con lo establecido en su propio reglamento de contratación, también debía aplicar de manera supletiva las normas de la Ley 80 de 1993[13]. En tal virtud, concluyó que la universidad debía observar los principios de economía y selección objetiva que orientan la función administrativa.

Compartido por:
BeltránPardo
Abogados & Asociados

> Art. 13 de la Ley 1150 de 2007. Principios generales de la actividad contractual para entidades no sometidas al Estatuto General de Contratación General de Contratación de la Administración Pública. Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 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. (Subrayado fuera de texto)[14].

La finalidad del Legislador, al establecer estas disposiciones, se expresó así:

> Los artículos 12 y 13 del proyecto de ley señalan los principios y límites a que debe someterse la actividad contractual de entidades estatales que por la naturaleza de la función o de los servicios que prestan, requieren de procedimientos contractuales que les permitan competir en igualdad de condiciones con los particulares. En ese sentido el proyecto permite que quienes como entidades públicas tienen objetos de naturaleza comercial, industrial o financiera, rijan su actividad por las normas de la misma en aras de su competitividad, pero que ello no sirva de excusa a la aplicación de los fines de la función pública, ni mucho menos a la universalidad del sistema de inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado.[15]

Asimismo, la jurisprudencia de esta corporación ha recalcado[16]:

> [L]as entidades estatales a las cuales se les conservó el régimen contractual de derecho privado -entre ellas las Empresas Sociales del Estado-, y por tanto mantuvieron la exclusión de la Ley 80, quedaron limitadas por la nueva filosofía fiscalizadora de la conveniencia de mantener esa exclusión. El artículo 13 reaccionó, exigiendo que las entidades excluidas de la Ley 80 apliquen en la actividad contractual: i) los principios de la función administrativa, ii) los principios de la gestión fiscal y iii) el régimen de inhabilidades e incompatibilidades.
>
> El último aspecto destacado atrás significa que a partir de la Ley 1150 las entidades no regidas por la Ley 80 tienen claridad (…) sobre la mezcla de

---

[14] Adicionado por el artículo 53 de la Ley 2195 de 2022.
[15] Gaceta del Congreso núm. 458 de 2005. Exposición de motivos de la Ley 1150 de 2007. Proyecto de Ley 20 de 2005 Senado, «[p]or 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».
[16] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 8 de abril de 2014 (exp. 25.801).

Compartido por:
BeltránPardo
Abogados & Asociados

> ordenamientos jurídicos que deben realizar para celebrar los contratos estatales. Sin embargo, antes de expedirse aquella ley la obligación ya existía, pero fue la doctrina, los órganos de control y los operadores jurídicos comunes quienes reclamaban -pero en forma dispersa y desordenada- que en esas instituciones también se debían aplicar los principios constitucionales, sólo que no hubo conclusiones al respecto. El art. 13 desmaterializó la discusión, de ahí que la resistencia ilustrada, pero inconstitucional, que ejercían algunas entidades excluidas de la Ley 80 desapareció, porque el legislador se apropió de la controversia, y la decidió.
>
> **El resultado que produjo esta combinación de normas de derecho privado con principios constitucionales es lo que experimentan las entidades excluidas, porque la pureza del derecho privado no la pueden aplicar, so pena de trasgredir los principios constitucionales.** No obstante, esto tampoco significa que el régimen contractual de esas entidades haya pasado a ser la Ley 80, porque de ninguna manera se dispuso algo semejante. [La Sala resalta].

Así las cosas, el régimen excepcional de los contratos que celebran estas entidades es mixto y prevalentemente de derecho privado.

Por una parte, implica la aplicación de las normas civiles y comerciales o de las disposiciones especiales previstas para una determinada entidad o materia y, de otra, la aplicación de los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades regulados por la Ley 80 de 1993 y las normas que lo modifican o adicionan.

Ahora, debido al carácter abierto e indeterminado de los referidos principios, así como a la falta de concreción de la norma sobre la manera como estos deben aplicarse en los regímenes exceptuados del Estatuto General de contratación de la Administración Pública y cómo deben ser incorporados y desarrollados en los manuales de contratación de las entidades excluidas del Estatuto Contractual, no ha sido fácil establecer su alcance y efectos[17]. Por el contrario, la línea doctrinal y

---

[17] El Legislador propugna por la aplicación de los principios contenidos en los artículos 209 y 267 constitucionales y por el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, pero no da pautas ni fija criterios claros frente al alcance de su aplicación, ni la manera en que operan en las diferentes fases y etapas de la contratación, ni el procedimiento a seguir para ello, lo cual genera una incertidumbre jurídica, aspecto que no resulta deseable en la celebración de contratos, en los que se debe garantizar la seguridad jurídica.
Así, concebidos a la manera de principios, se proyectan como normas cuyo alcance puntual en la actividad contractual debe ser definido por el Legislador de acuerdo con las características y necesidades de cada procedimiento en particular, para permitir su aplicación, desarrollo e implementación en forma adecuada, de suerte que se cumpla con los objetivos propuestos en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007. Por tanto, mientras ello no suceda, resta entonces armonizarlos e interpretarlos conforme con la actividad y el contrato de que se trate, sin que dicha

Compartido por:
BeltránPardo
Abogados & Asociados

jurisprudencial del Consejo de Estado en la materia ha estado sujeta a múltiples cambios y matices interpretativos a través de los años[18].

Se observa que el artículo 13 de la Ley 1150 de 2017, a la par que señala la aplicación de estos principios, indica que esta debe hacerse acorde con su «régimen legal especial» y «según sea el caso», lo cual determina que la intensidad en su determinación dependerá de aspectos tales como la naturaleza de la entidad y de sus actividades.

Entre los temas que han sido objeto de discusión en la doctrina y la jurisprudencia sobre el contenido de este régimen especial se encuentran: el alcance de la selección objetiva en estos contratos; las potestades unilaterales que pueden ejercer estas entidades en la ejecución del contrato de acuerdo con lo previsto en el mismo[19]; la naturaleza de las actuaciones contractuales de estas entidades y, por ende, los medios de control a través de los cuales pueden ser revisados judicialmente.

En cuanto a la selección objetiva, si bien no están sometidas a las formalidades del EGC, las entidades públicas con régimen especial de contratación deben cumplir, como mínimo, con los principios de libre concurrencia, igualdad y no discriminación de los oferentes y transparencia en la escogencia de sus contratistas[20].

---

adecuación implique reproducir o replicar mecánicamente el régimen legal establecido en la Ley 80 de 1993. Cfr. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 15 de mayo de 2018. Radicación número: 11001-03-06-000-2017-00058-00(2335)

[18] *Ibidem.*

[19] Bajo el presupuesto que, por regla general, estas cláusulas son válidas en el ámbito del derecho privado, la tesis que parece prevalecer en la jurisprudencia del Consejo de Estado es la posibilidad de pactar este tipo de cláusulas en los contratos celebrados por las entidades estatales con régimen prevalente de derecho privado. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 20 de febrero de 2017. Rad. nº. 05001-23-31-000-2003-04466-02(56562). En el mismo sentido: Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 13 de abril de 2011. Rad. nº. 25000-23-26-000-2005-00280-01(37423), en la que se indicó que las empresas de servicios públicos podrán pactar cláusulas obligatorias que impliquen el ejercicio de facultades unilaterales de la Administración, pues en ejercicio de la autonomía privada la empresa prestadora del servicio está habilitada para determinar las condiciones que mejor se adecuen al cumplimiento de su objeto social.

[20] En este sentido Cfr. Entre otras, Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 9 de octubre de 2013. Rad. nº. 25000-23-26-000-2002-01282-01(30763). Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 2 diciembre de 2013. Rad. nº. 76001-23-31-000-2005-02130-01(AP) y Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de Unificación del 3 de septiembre de 2020. Rad. nº. 25000-23-26-000-2009-00131-01 (42003).

Compartido por:
BeltránPardo
Abogados & Asociados

En relación con las potestades excepcionales, surgidas de cláusulas excepcionales, se destaca que estas solo proceden cuando exista norma legal especial que lo permita. Es el caso entre otros, de las empresas de servicios públicos domiciliarios, conforme lo establece el artículo 31 de la Ley 142 de 1994.

De otro lado, como regla general, las actuaciones de estas entidades en el desarrollo de la actividad contractual no pueden calificarse como actos administrativos que impliquen el privilegio de la decisión previa.

En lo que parece existir consenso en la doctrina y la jurisprudencia es que, cuando el legislador remite el régimen de contratación de las entidades estatales a las normas de derecho privado, o a un régimen especial contenido en la ley, estas se aplican a todas las fases de la actividad contractual (precontractual, contractual y postcontractual); por lo tanto, a estas entidades no les aplican los términos y procedimientos de selección del contratista regulados por la Ley 80 de 1993 y las normas que la modifican o adicionan[21].

En síntesis, la tesis predominante, en especial a partir de la Sentencia SU del 3 de Septiembre de 2020, de la Sección Tercera de la Corporación corresponde a que sus actuaciones son de derecho privado y, por ende, a la aplicación de las normas de derecho comercial y civil[22].

Ahora, si en la actividad precontractual se desconocen estos principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, así como los inherentes a una selección objetiva, y se culmina con la celebración o perfeccionamiento del contrato, para la Sala es claro que dicho contrato podría estar incurso en una causal de nulidad absoluta, ya no bajo los presupuestos establecidos en la Ley 80 de 1993 (artículo 44), sino bajo las causales establecidas en el Código Civil y el Código de Comercio, en especial en la nulidad por objeto y causa ilícitos.

---

[21] Cfr. Entre otras, Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 28 de febrero de 2020. Rad. nº. 05001-23-31-000-1996-00657-01(31.628) y Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 13 de abril de 2011. Rad., nº. 25000-23-26-000-2005-00280-01(37423).

[22] Al respecto, los actos de naturaleza contractual son generalmente calificados como actos de carácter privado, mientras que para los actos de naturaleza precontractual existen dos tesis claramente diferenciables: la que los consideran actos administrativos susceptibles de ser controlados a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, y aquella que los califica como actos privados de naturaleza contractual, que al desconocer los principios del derecho privado o de la función administrativa a los cuales están sujetos, generan consecuencias indemnizatorias en el marco de la acción de reparación directa. Esta última posición fue asumida por el Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de Unificación del 3 de septiembre de 2020. Rad. nº. 25000-23-26-000-2009-00131-01 (42003). con varios salvamentos de voto.

Compartido por:
BeltránPardo
Abogados & Asociados

De manera adicional, tal como lo estableció el artículo 53 de la Ley 2195 de 2022, en virtud de tales principios, las entidades estatales sometidas a un régimen especial de contratación deben publicar los documentos relacionados con su actividad contractual en el SECOP:

> **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.**
>
> [..]
>
> 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.

Finalmente, se reitera que, de conformidad con lo previsto en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, la aplicación de los principios de la función administrativa y de la gestión a las entidades estatales excluidas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública debe realizarse de manera acorde con su régimen especial y según el caso, lo cual implica, entre otras, realizar una labor de armonización de estos principios con los de autonomía privada, libre iniciativa económica y régimen de competencia, y con la especial naturaleza de la entidad estatal y de su actividad.

Conclusiones

De conformidad con todo lo expuesto, la Sala concluye lo siguiente en relación con el régimen contractual de las entidades públicas excluidas del Estatuto General de Contratación Pública:

i) Para que una entidad estatal pueda tener un régimen especial de contratación, debe haber una norma constitucional o legal que lo consagre.

Compartido por:
BeltránPardo
Abogados & Asociados

ii) Las entidades estatales con régimen especial de contratación, de la misma forma que las entidades estatales sometidas al citado estatuto, pueden adelantar todo los contratos -típicos o atípicos, nominados e innominados- que consideren procedentes para la ejecución del objeto a contratar y a efectos de garantizar las finalidades perseguidas con cada contrato. Asimismo, pueden incorporar las cláusulas que consideren necesarias para estos fines.

iii) Para seleccionar a sus contratistas, las entidades estatales con régimen especial de contratación pueden adelantar los procesos de selección que consideren apropiados y establecer sus propios términos y procedimientos en su manual de contratación. En este caso, serán de aplicación las normas de derecho privado, con respeto del derecho a la competencia.

De esta forma, las actuaciones que cumplan estas entidades en su etapa precontractual, en la celebración del contrato y en su ejecución serán las propias del derecho privado y, como regla general, no tienen la potestad de expedir actos administrativos con el privilegio de la decisión previa.

iv) No obstante, siempre deberán dar aplicación a los principios de la función administrativa[23] y de la gestión fiscal en los procesos de selección y en la celebración y ejecución de sus contratos, siempre acorde con su régimen legal especial. Asimismo, estarán sometidos al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto en la Ley 80 de 1993.

v) Esto implica, fundamentalmente, la exigencia de adelantar procesos de selección objetiva que, a pesar de no estar sujetos a los procedimientos y requisitos reglados por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, acaten como mínimo los principios de libre concurrencia, igualdad y no discriminación de los oferentes y transparencia en la escogencia de sus contratistas.

vi) El medio de control judicial de estos contratos corresponderá, como regla general, a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

vii) El desconocimiento de los principios de la función administrativa, de la gestión fiscal y los inherentes a la selección objetiva durante el

---

[23] De acuerdo con lo previsto en el art. 209 de la C.P., los principios de la función administrativa son los siguientes: Igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.

Compartido por:
BeltránPardo
Abogados & Asociados

proceso de selección del contratista, también tendrían incidencia en el contenido contractactual y en la grave consecuencia de ejecutar un contrato con los vicios de ilegalidad que heredaría del proceso precontractual.

viii) De manera adicional, de acuerdo con lo previsto en el artículo 53 de la Ley 2195 de 2022, las entidades estatales sujetas a un régimen legal especial deben publicar en el SECOP los documentos relacionados con su actividad contractual.

2.1. La exclusión de una entidad estatal del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública: la exigencia de una expresa disposición legal o constitucional que así lo consagre

El establecimiento de un régimen especial de contratación de una entidad estatal, que la excluya del EGC, solo es posible con fundamento en una norma constitucional o legal que lo establezca expresamente.

En efecto, si el Estatuto de contratación, acorde con las normas constitucional[24], es de carácter legal, es claro que debe existir una norma del mismo rango o de origen constitucional que permita sustentar un régimen jurídico especial de contratación.

Ahora bien, son varias y disímiles las razones que han llevado al legislador y al mismo constituyente a establecer un régimen especial de contratación para algunas entidades públicas. En general, estas se han determinado por la naturaleza de la entidad o por la naturaleza de su actividad.

En varios casos el régimen especial de contratación atribuido por el legislador a distintas entidades públicas encuentra fundamento en la naturaleza de la función o de los servicios que estas prestan, en virtud de los cuales requieren actuar en el mercado en condiciones de libre iniciativa privada y de libre competencia frente a los demás agentes del mercado[25].

---

[24] Artículo 150 C.P.

[25] Precisamente en el artículo 30 de la Ley de Servicios Públicos se establece que: «[…] Las normas que esta ley contiene sobre contratos se interpretarán de acuerdo con los principios que contiene el título preliminar, en la forma que mejor garantice la libre competencia y que mejor impida los abusos de la posición dominante, tal como ordena el artículo 333 de la Constitución política […]». Resaltado fuera de texto.

Compartido por:
BeltránPardo
Abogados & Asociados

Así, por ejemplo, se encuentra el régimen especial previsto para: las empresas de servicios públicos domiciliarios de carácter oficial[26], los establecimientos de crédito, las compañías de seguros y demás entidades financieras de carácter estatal[27], las universidades públicas[28], Ecopetrol[29], las entidades estatales que prestan servicios de telecomunicaciones[30], las empresas sociales del Estado[31] y

---

[26] Art. 31 de la Ley 142 de 1994, modificado por el art. 3 de la Ley 689 de 2001, expedido de conformidad con el artículo 365 constitucional, que dejó en manos del legislador la disposición para definir el régimen jurídico aplicable a la prestación de los servicios públicos, establece lo siguiente: Régimen de la contratación. Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa.
Las Comisiones de Regulación podrán hacer obligatoria la inclusión, en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos, de cláusulas exorbitantes y podrán facultar, previa consulta expresa por parte de las empresas de servicios públicos domiciliarios, que se incluyan en los demás. Cuando la inclusión sea forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, y los actos y contratos en los que se utilicen esas cláusulas y/o se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa. Las Comisiones de Regulación contarán con quince (15) días para responder las solicitudes elevadas por las empresas de servicios públicos domiciliarios sobre la inclusión de las cláusulas excepcionales en los respectivos contratos, transcurrido este término operará el silencio administrativo positivo.
PARÁGRAFO. Los contratos que celebren los entes territoriales con las empresas de servicios públicos con el objeto de que estas últimas asuman la prestación de uno o de varios servicios públicos domiciliarios, o para que sustituyan en la prestación a otra que entre en causal de disolución o liquidación, se regirán para todos sus efectos por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en todo caso la selección siempre deberá realizarse previa licitación pública, de conformidad con la Ley 80 de 1993.
[27] Parágrafo 1º, art. 32, Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 15 de la Ley 1150 de 2007:
Parágrafo 1o. Los Contratos que celebren los Establecimientos de Crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal, no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades.
En todo caso, su actividad contractual se someterá a lo dispuesto en el artículo 13 de la presente ley.
[28] Artículo 93 de la Ley 30 de 1992. Salvo las excepciones consagradas en la presente ley, los contratos que para el cumplimiento de sus funciones celebren las universidades estatales u oficiales, se regirán por las normas del derecho privado y sus efectos estarán sujetos a las normas civiles y comerciales, según la naturaleza de los contratos.
PARÁGRAFO. Se exceptúan de lo anterior los contratos de empréstito, los cuales se someterán a las reglas previstas para ellos por el Decreto 222 de 1983 y demás disposiciones que lo modifiquen, complementen o sustituyan.
[29] Artículo 5 de la Ley 1118 de 2006: **ARTÍCULO 6o. RÉGIMEN APLICABLE A ECOPETROL S. A.** Todos los actos jurídicos, contratos y actuaciones necesarias para administrar y desarrollar el objeto social de Ecopetrol S. A., una vez constituida como sociedad de economía mixta, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado, sin atender el porcentaje del aporte estatal dentro del capital social de la empresa.
[30] Artículo 55 de la Ley 1341 de 2009. *Régimen jurídico de los proveedores de redes y servicios de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.* Los actos y los contratos, incluidos los

Compartido por:
BeltránPardo
Abogados & Asociados

las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%) que estén en competencia con los particulares[32], entre otras.

Asimismo, el legislador y el propio constituyente han establecido un régimen especial de contratación para determinadas entidades públicas, por la naturaleza especial de la entidad o por las necesidades sociales, públicas involucradas en sus actividades y funciones, que requieren una garantía de selección de los contratistas y ejecución del contrato en condiciones legales que les de competitividad y/o agilidad para alcanzar sus fines[33].

En este sentido, se observa el régimen especial previsto por la Constitución para la celebración de contratos entre el Gobierno y las entidades privadas sin ánimo de lucro[34] o los establecidos por el legislador para los siguientes contratos: los de

---

relativos a su régimen laboral y las operaciones de crédito de los proveedores de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, cualquiera que sea su naturaleza, sin importar la composición de su capital, se regirán por las normas del derecho privado.

[31] Numeral 6, del artículo 195 de la Ley 100 de 1993. **ARTÍCULO 195. RÉGIMEN JURÍDICO.** Las Empresas Sociales de Salud se someterán al siguiente régimen jurídico:
[...] 6. En materia contractual se regirá por el derecho privado, pero podrá discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el estatuto general de contratación de la administración pública.

[32] Ley 1150 de 2007, en su artículo 14, estableció el régimen jurídico aplicable a los contratos celebrados por las empresas industriales y comerciales del Estado, como sigue: ARTÍCULO 14. DEL RÉGIMEN CONTRACTUAL DE LAS EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO, LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA, SUS FILIALES Y EMPRESAS CON PARTICIPACIÓN MAYORITARIA DEL ESTADO. <Artículo modificado por el artículo 93 de la Ley 1474 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> Las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, las Sociedades de Economía Mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), sus filiales y las Sociedades entre Entidades Públicas con participación mayoritaria del Estado superior al cincuenta por ciento (50%), estarán sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, con excepción de aquellas que desarrollen actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, nacional o internacional o en mercados regulados, caso en el cual se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a sus actividades económicas y comerciales, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 13 de la presente ley. Se exceptúan los contratos de ciencia y tecnología, que se regirán por la Ley 29 de 1990 y las disposiciones normativas existentes.

[33] Cfr. Así lo resaltó esta Sala en Concepto del quince (15) de mayo de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 11001-03-06-000-2017-00058-00(2335).

[34] Estos contratos cuentan con su propio estatuto contractual de acuerdo con los previsto en el artículo 355 Constitucional, desarrollado a su vez por el Decreto 092 de 2017, ***Por el cual se reglamenta la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro a la que hace referencia el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política*** (antes en el Decreto 777 de 1992).

Compartido por:
BeltránPardo
Abogados & Asociados

exploración y explotación de recursos naturales[35]; los celebrados por las entidades exceptuadas en el sector defensa: entre ellos los contratos que celebren Satena, Indumil, El Hotel Tequendama, la Corporación de Ciencia y Tecnología para el desarrollo de la industria naval, marítima y fluvial –Cotecmar– y la Corporación de la Industria Aeronáutica Colombiana –CIAC–[36]; los contratos celebrados por entidades estatales con convenios o contratos financiados con organismos internacionales[37]; los contratos del Banco de la República[38]; los contratos

---

[35] Art. 76 de la Ley 80 de 1993. **ARTÍCULO 76.-** ***De los Contratos de Exploración y Explotación de los Recursos Naturales.*** Los contratos de exploración y explotación de recursos naturales renovables y no renovables, así como los concernientes a la comercialización y demás actividades comerciales e industriales propias de las entidades estatales a las que correspondan las competencias para estos asuntos, continuarán rigiéndose por la legislación especial que les sea aplicable. Las entidades estatales dedicadas a dichas actividades determinarán en sus reglamentos internos el procedimiento de selección de los contratistas, las cláusulas excepcionales que podrán pactarse, las cuantías y los trámites a que deben sujetarse.
Los procedimientos que adopten las mencionadas entidades estatales, desarrollarán el deber de selección objetiva y los principios de transparencia, economía y responsabilidad establecidos en esta Ley.
En ningún caso habrá lugar a aprobaciones o revisiones administrativas por parte del Consejo de Ministros, el Consejo de Estado ni de los Tribunales Administrativos.

[36] Artículo 16 de la Ley 1150 de 2007. **ARTÍCULO 16. DE LAS ENTIDADES EXCEPTUADAS EN EL SECTOR DEFENSA.** Los contratos que celebren Satena, Indumil, El Hotel Tequendama, la Corporación de Ciencia y Tecnología para el desarrollo de la industria naval, marítima y fluvial –Cotecmar– y la Corporación de la Industria Aeronáutica Colombiana –CIAC–, no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a su actividad.
En todo caso su actividad contractual se someterá a lo dispuesto en el artículo 13 de la presente ley.

[37] Artículo 20 de la Ley 1150 de 2007. **DE LA CONTRATACIÓN CON ORGANISMOS INTERNACIONALES.** Los contratos o convenios financiados en su totalidad o en sumas iguales o superiores al cincuenta por ciento (50%) con fondos de los organismos de cooperación, asistencia o ayudas internacionales, podrán someterse a los reglamentos de tales entidades. En caso contrario, se someterán a los procedimientos establecidos en la Ley 80 de 1993. Los recursos de contrapartida vinculados a estas operaciones podrán tener el mismo tratamiento.
Los contratos o convenios celebrados con personas extranjeras de derecho público u organismos de derecho internacional cuyo objeto sea el desarrollo de programas de promoción, prevención y atención en salud; contratos y convenios necesarios para la operación de la OIT; contratos y convenios que se ejecuten en desarrollo del sistema integrado de monitoreo de cultivos ilícitos; contratos y convenios para la operación del programa mundial de alimentos; contratos y convenios para el desarrollo de programas de apoyo educativo a población desplazada y vulnerable adelantados por la Unesco y la OIM; los contratos o convenios financiados con fondos de los organismos multilaterales de crédito y entes gubernamentales extranjeros, podrán someterse a los reglamentos de tales entidades.
Las entidades estatales no podrán celebrar contratos o convenios para la administración o gerencia de sus recursos propios o de aquellos que les asignen los presupuestos públicos, con organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacional.

Compartido por:
BeltránPardo
Abogados & Asociados

celebrados para la enajenación de la participación del Estado en una empresa[39], las que celebran las entidades en los términos de la Ley General de Cultura[40] y los de la Aeronáutica Civil[41].

3. Caso concreto. Régimen de contratación de la UBPD

El artículo transitorio 3.° del Acto Legislativo 01 de 2016 señala:

PARÁGRAFO 1o. Los contratos o acuerdos celebrados con personas extranjeras de derecho público, podrán someterse a las reglas de tales organismos. Subraya la Sala.

[38] Artículo 3 de Ley 31 de 1992. Régimen jurídico. El Banco de la República se sujeta a un régimen legal propio. En consecuencia, la determinación de su organización, su estructura, sus funciones y atribuciones y los contratos en que sea parte, se regirá exclusivamente por las normas contenidas en la Constitución Política, en esta Ley y en los Estatutos. En los casos no previstos por aquellas y éstos, las operaciones mercantiles y civiles y, en general, los actos del Banco que no fueren administrativos, se regirán por las normas del derecho privado.

El Banco podrá realizar todos los actos, contratos y operaciones bancarias y comerciales en el país o en el exterior que sean necesarios para el cumplimiento de su objeto, ajustándose a las facultades y atribuciones que le otorgan la Constitución, esta Ley y sus Estatutos.

[39] Artículos 6 y 7 de la Ley 226 de 1995.

ARTÍCULO 6º.- El Gobierno decidirá, en cada caso, la enajenación de la propiedad accionaria del nivel nacional, a que se refiere el artículo 1 de la presente Ley, adoptando un programa de enajenación, diseño para cada evento en particular, que se sujetará a las disposiciones contenidas en esta Ley.

ARTÍCULO 7º.- Corresponderá al Ministerio titular o a aquel al cual estén adscritos o vinculados los titulares de la participación social, en coordinación con el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, diseñar el programa de enajenación respectivo, directamente o a través de instituciones idóneas, públicas o privadas, contratadas para el efecto según las normas de derecho privado.

[40] Artículo 36 de la Ley 397 de 1997. ***Contratos para el desarrollo de proyectos culturales.*** Para el cabal cumplimiento de las funciones relativas fomento y el estímulo a la creación, investigación y a la actividad artística y cultural a que se refiere el Título III, así como las asignadas respecto al patrimonio cultural de la Nación, el Ministerio Cultura podrá celebrar las modalidades de contratos o convenios previstos en los Decretos 393 y 591 de 1991, con sujeción a requisitos establecidos en la citada normatividad.

[41] Artículo 54 de la Ley 105 de 1993. *Contratación administrativa.* La Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, tendrá el mismo régimen de contratación administrativa establecido para las entidades estatales que presten el servicio de Telecomunicaciones, conforme a lo previsto en el Ley 80 de 1993.
Este régimen especial de contratación será aplicable para obras civiles, adquisiciones, suministros y demás contratos que se requiera realizar para garantizar la seguridad aérea y aeroportuaria.
Los gastos de funcionamiento e inversión de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil se ejecutarán indistintamente con los recursos propios y los aportes del presupuesto Nacional.

Compartido por:
BeltránPardo
Abogados & Asociados

> **ARTÍCULO TRANSITORIO 3°. Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado.** La Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado será un ente del orden nacional con personería jurídica y con autonomía administrativa, presupuestal y técnica. […] **La Ley reglamentará la naturaleza jurídica, el mandato, funciones, composición, y funcionamiento de la Unidad, incluyendo los mecanismos de rendición de cuentas sobre su gestión, siempre que ellos no menoscaben su autonomía. La ley establecerá las atribuciones necesarias con las que contará la UBPD para cumplir efectivamente su mandato de búsqueda humanitaria y extrajudicial.** En todo caso, las actividades de la Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado no podrán sustituir ni impedir las investigaciones de carácter judicial a las que haya lugar en cumplimiento de las obligaciones que tiene el Estado. (Resalta la Sala).

Por su parte, el Decreto Ley 589 de 2017, por el cual se organiza la Unidad de Búsqueda de Personas dadas por desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado, establece lo siguiente:

> **Artículo 1°. Naturaleza de la Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado.**
>
> […] La UBPD es una entidad del Sector Justicia, de naturaleza especial, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera, patrimonio independiente y un régimen especial en materia de administración de personal.
>
> **La UBPD podrá realizar todos los actos, contratos y convenios en el país o en el exterior que sean necesarios para el cumplimiento de su objeto, ajustándose a las facultades y atribuciones que le otorgan la Constitución, este Decreto Ley, su reglamento y las demás normas que rijan su funcionamiento. (Resalta la Sala).**
>
> **[…]**
>
> **TÍTULO III**
> **ACCESO A LA INFORMACIÓN**
> **Artículo 14. Convenios y protocolos de acceso a información.** La UBPD podrá suscribir contratos, convenios y/o protocolos de acceso a información con cualquier tipo de organización nacional o internacional de derecho público o privado, incluyendo organizaciones de víctimas y de derechos humanos, nacionales o extranjeras, pudiendo establecer las condiciones de confidencialidad que fueren necesarias para su adecuado uso y para la protección de las personas mencionadas en ella.

Compartido por:
BeltránPardo
Abogados & Asociados

De acuerdo con estas disposiciones, el Ministerio consulta si la UBPD está sometida a un régimen especial de contratación, que excluye la aplicación del Estatuto General de Contratación de las entidades públicas y que podría ser regulado por el reglamento de la entidad.

Para la Sala las normas señaladas no consagran un régimen especial de contratación para esta entidad, distinto al establecido en el EGC, por las siguientes:

1. Como se analizó al inicio de este dictamen, la UBPD es una unidad administrativa especial, que cuenta con personería jurídica para ejercer todos los actos, contratos y convenios necesarios para el ejercicio de sus funciones.

En consecuencia, por regla general, esta unidad está sometida de manera imperativa al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, de conformidad con lo previsto en los artículos 1, 2 y 13 de Ley 80 de 1993.

2. Ni la norma constitucional de su creación ni el Decreto ley que la reglamenta señalan que la UBPD está excluida del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y/o que está sometida a un régimen especial de contratación establecido en la misma normativa.

De una interpretación exegética y sistemática de la norma, se deduce que el inciso 3.° del artículo 1.° del Decreto Ley 589 de 2017 se limita a:

> i) reafirmar que, en ejercicio de su capacidad jurídica, esta unidad puede realizar todos los actos, contratos o convenios necesarios para el desarrollo de sus funciones y,
>
> ii) precisar que dichos actos, contratos y convenios deben estar acordes **con las facultades y atribuciones** que el mismo Decreto Ley, el reglamento u otras normas que regulen el funcionamiento de la entidad, le asigne a la UBPD para cumplir sus funciones constitucionales y legales.

Como se observa, las normas no consagran un régimen especial de contratación para esta entidad, que excluya la aplicación de las normas especiales previstas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aunque esta posibilidad no queda excluida, si el legislador en otra norma en la que regule la UBPD así lo dispone.

Estas conclusiones se reafirman, desde el punto de vista sistemático, teniendo en cuenta que el referido Decreto ley: por una parte, no regula un régimen especial

Compartido por:
BeltránPardo
Abogados & Asociados

de contratación de la UBPD y, por otra, sí regula expresamente las funciones y atribuciones con las que cuenta la UBPD[42].

3. De manera adicional, la Sala advierte que, desde el punto de vista histórico y finalista, los antecedentes del Acto Legislativo 01 de 2017 y del Decreto Ley 589 de 2017 no permiten sustentar la existencia de un régimen especial de contratación para la UBPD.

---

[42] De las funciones y atribuciones reguladas en el Decreto Ley 856 de 2017 la Sala destaca los siguientes:
ARTÍCULO 5°. Funciones y Atribuciones. Son funciones y atribuciones de la UBPD las siguientes:
1. Recolectar toda la información necesaria para la búsqueda, localización e identificación a las personas dadas por desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado, contrastando la información existente en las distintas fuentes oficiales y no oficiales, y establecer el universo de personas dadas por desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado.
[…]
3. Coordinar y adelantar, con el apoyo técnico científico del INMLCF y de otras entidades públicas, procesos de búsqueda, localización, recuperación, identificación y entrega digna de cuerpos esqueletizados de personas dadas por desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado. En ejercicio de esta función la UBPD, podrá, entre otros:
[…]
c. Tomar las medidas necesarias para acceder a y proteger los lugares en los que debe llevar a cabo sus funciones de búsqueda, localización, recuperación e identificación, con el apoyo de la Fuerza Pública cuando lo considere necesario, y conforme a este Decreto Ley.
d. Fortalecer y agilizar los procesos para la identificación de cuerpos esqueletizados, en coordinación con el INMLCE

e. En coordinación con el INMLCF, promover y adelantar acciones que permitan la recolección y aporte de muestras biológicas de los familiares para complementar el Banco de Perfiles Genéticos previa autorización de los mismos.
f. Garantizar, cuando sea posible, la entrega a los familiares de los cuerpos esqueletizados, de las personas dadas por desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado, siempre asegurando una entrega digna y atendiendo las diferentes tradiciones étnicas y culturales y los estándares internacionales y nacionales vigentes, entre ellos los establecidos en la Ley 1408 de 2010.
[…]

5. Promover la coordinación interinstitucional para la orientación de, y la atención psicosocial a, los familiares de las personas dadas por desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado. En todo caso la Unidad para las Víctimas y el Ministerio de Salud conservarán su competencia respecto de lo establecido en el artículo 135 de la Ley 1448 de 2011, el capítulo 4 del título VII del Decreto 4800 de 2011 y el artículo 8 de la Ley 1408 de 2010.
[…]
10. Elaborar e implementar un registro nacional de fosas, cementerios ilegales y sepulturas, en el marco de su competencia y en coordinación con las autoridades competentes. […].

Compartido por:
BeltránPardo
Abogados & Asociados

4. Por su parte, la Sala destaca el siguiente análisis realizado por la Corte Constitucional, en la Sentencia C-607 de 2018, en relación con el inciso 3.° del artículo 1.° del Decreto ley 589 de 2017:

> No advierte este Tribunal que la disposición transcrita tenga algún problema de constitucionalidad, ya que se trata de un simple desarrollo del atributo de la personalidad jurídica. Cabe destacar, en todo caso, que el régimen contractual no se fija de manera expresa, sino que se delega en su determinación a las demás normas que rijan el funcionamiento de la Unidad, por lo que, como se mencionó con anterioridad, es claro que el Decreto Ley 589 de 2017 no es un marco jurídico completo, que prevea todas las hipótesis de actuación del citado organismo.
>
> Sin embargo, en la determinación de dicho régimen contractual, como se menciona de forma directa en el precepto bajo examen, se deben tener en cuenta las facultades y atribuciones que la Constitución y el Decreto 589 de 2017 le otorgan a la UBPD, por lo que no se podrán otorgar competencias o atribuciones que sean ajenas a su finalidad o a las actuaciones se prevén a su cargo, incluso si ellas son objeto de precisión y desarrollo en su reglamento interno. En el caso de la potestad de celebrar *convenios en el exterior*, en la medida en que dicha atribución se debe ajustar a las facultades y atribuciones que le otorgan la Constitución al citado organismo, cabe tener en cuenta que el numeral 2 del artículo 189 del Texto Superior, le confiere de manera exclusiva al Presidente de la República, la capacidad para celebrar con otros Estados y entidades de derecho internacional, tratados o *convenios* que se someterán a la aprobación del Congreso, por lo que de recurrir a dicha alternativa, se impone a la Unidad, a partir de una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico, el deber de acudir al trámite impuesto en la Carta, para celebrar convenios internacionales que de alguna manera vinculen a la Nación.

Como se observa, para la Corte es claro que el Decreto Ley 589 de 2017 no reguló un régimen especial de contratación para la UBPD. No obstante, se advierte que la Corte parece considerar que de estas normas sí es posible deducir que el legislador remitió a otras disposiciones la eventual regulación de la materia, en concordancia con las atribuciones y facultades atribuidas a la UBPD.

Al respecto, cabe destacar que, en todo caso, al no establecer el Decreto Ley nada distinto, si normas posteriores regularan un régimen especial de contratación para la UBPD estas solo podrían ser de rango legal.

Lo anterior, teniendo en cuenta que, como ya se analizó, desde el punto de vista jerárquico, solo una disposición de esta naturaleza podría excluir a una entidad estatal del régimen general de contratación regulado por la Ley 80 de 1993 para las entidades estatales.

Compartido por:
BeltránPardo
Abogados & Asociados

Asimismo, en consideración a que, es a la ley y no al reglamento, a la que la Constitución delegó la regulación del régimen jurídico de la UBPD.

Sobre el particular, resulta relevante recordar que, tal como lo precisó la Corte Constitucional en la Sentencia C-607 de 2018, a diferencia de lo ocurrido con la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición (CEV) y con la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), la Constitución no creó un régimen autónomo constitucional para la UBPD y lo que hizo fue establecer que la «ley» reglamentaría su naturaleza jurídica, composición y funcionamiento, como en efecto lo hizo el legislador con el Decreto Ley 589 de 2017.

En efecto, la referida Sentencia señaló:

> Para comenzar, la Corte advierte que el artículo transitorio 3 del Acto Legislativo 01 de 2017 no señala expresamente la naturaleza jurídica de la UBPD, pues tan sólo dispone que *"será un* ***ente del orden nacional*** *con personería jurídica y con autonomía administrativa, presupuestal y técnica".* **Su consagración difiere radicalmente de la forma como se planteó la CEV, en donde sí se mencionó explícitamente que se trata de un *"ente autónomo del orden nacional"*, por lo que se entiende que corresponde a un organismo con autonomía de carácter constitucional, al amparo de lo previsto en el artículo 113 del Texto Superior. Tal distinción, se torna aún más evidente, cuando –a diferencia de este último organismo– en el citado acto de reforma se le asigna al legislador la atribución de fijar directamente *"la naturaleza jurídica"* de la UBPD, lo que supone que el Constituyente no asumió una definición, sino que delegó, la caracterización orgánica del ente en mención.** Una revisión de los antecedentes del referido Acto Legislativo, confirma esta conclusión, ya que en el tercer debate, en la Comisión Primera de Senado, se incorporó la expresión *"autónomo"* para referir a la naturaleza jurídica de la Unidad, la cual se suprimió en el cuarto debate, en la Plenaria del Senado, por la fórmula que le otorga al legislador la potestad para asumir dicha decisión. (Resalta la Sala).

En consecuencia, es claro que la regulación de un régimen legal especial de contratación para la UBPD no podría surtirse por vía de reglamento, y menos aún a través de los manuales de contratación de la UBPD.

5. Ahora, en relación con lo dispuesto en el artículo 14 del Decreto ley 589 de 2017, desde el punto de vista exegético y finalista es evidente que este no se refiere a un régimen especial de contratación de la UBPD, sino a un tipo de convenios, de cláusulas o de protocolos (de confidencialidad) que pueden celebrar o adelantar la Unidad, para el desarrollo de sus funciones con el adecuado uso de la información y la protección de las personas que involucran su actividad:

Compartido por:
BeltránPardo
Abogados & Asociados

> **Artículo 14. Convenios y protocolos de acceso a información.** La UBPD podrá suscribir contratos, convenios y/o protocolos de acceso a información con cualquier tipo de organización nacional o internacional de derecho público o privado, incluyendo organizaciones de víctimas y de derechos humanos, nacionales o extranjeras, pudiendo establecer las condiciones de confidencialidad que fueren necesarias para su adecuado uso y para la protección de las personas mencionadas en ella.

Así las cosas, esta norma en modo alguno es una autorización del legislador para que los contratos celebrados por esta Unidad se rijan por el derecho privado o por un régimen privado previsto en la ley.

De manera adicional, tal como lo estableció la Corte Constitucional en la citada Sentencia C-607 de 2018, esta norma debe ser aplicada en concordancia con las demás disposiciones constitucionales y legales que regulan el tema de la información confidencial, de acuerdo con el principio de legalidad:

> La Corte observa que la habilitación a la UBPD para celebrar convenios, contratos y protocolos de acceso a la información con particulares y entidades públicas del ámbito internacional, es una medida que resulta razonable para asegurar el cumplimiento de sus funciones, ya que brinda la oportunidad de beneficiarse de la mayor cantidad posible de documentos, lo cual resulta vital para que pueda obtener los resultados que de ella se esperan.
>
> **No obstante, y siguiendo lo previsto sobre el particular en la Sentencia C-017 de 2018, cabe señalar que el legislador extraordinario no puede dejar al arbitrio de la UBPD el establecimiento de las condiciones de confidencialidad, como lo hace el texto bajo examen, toda vez que la determinación sobre el tipo de información que se categoriza como reservada o clasificada responde a un criterio de estricta legalidad.** Así se prevé en el artículo 74 de la Constitución, al consagrar que todas las personas tienen derecho al acceso a la información pública, *"salvo los casos que establezca la ley"*.
>
> En consecuencia, la única manera de que la disposición en revisión resulte acorde con la Carta, como lo expone el interviniente que se pronuncia sobre esta norma, es la de delimitar la competencia para fijar las condiciones de confidencialidad, **cuyo desenvolvimiento sólo puede llevarse a cabo con arreglo a los parámetros de información reservada y clasificada a los que se refieren las reglas pertinentes sobre la materia, es decir, los artículos 18 y 19 de la Ley 1712 de 2014, Ley Estatutaria de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional, y 24 de la Ley 1755 de 2015, Ley Estatutaria del Derecho de Petición.**

Compartido por:
BeltránPardo
Abogados & Asociados

> Por las anteriores razones, el artículo 14 del decreto será declarado exequible, salvo la expresión *"pudiendo establecer las condiciones de confidencialidad"* contenida en el inciso 1, que se declara condicionalmente exequible, en el entendido de que esta posibilidad debe sujetarse en materia de información pública, a los parámetros de información reservada y clasificada de los artículos 18 y 19 de la Ley 1712 de 2014, Estatutaria de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional, y 24 de la Ley 1755 de 2015, Estatutaria del Derecho de Petición, o a las disposiciones que las reemplacen, sustituyan o deroguen. (Resalta la Sala).

6. Se puede observar que, al contrario del régimen de contratación, el Decreto Ley 589 sí consagró expresamente que la entidad contaría con un régimen especial en materia de administración de personal.

Conclusiones

De lo expuesto en este dictamen la Sala concluye:

1. Para la existencia de un régimen especial de contratación para una entidad estatal se requiere la expedición de una norma de rango constitucional y legal permita concluir que se encuentra excluida del Estatuto General de Contratación, de acuerdo con lo expuesto en este dictamen.

2. Analizadas las normas de rango constitucional y legal (Decreto Ley 589 de 2017) se confirma que el régimen jurídico de contratación de la UBPD es el del EGC pues ninguna de ellas establece un régimen especial para el efecto.

3. La actividad contractual de la UBPD está sujeta al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y al Decreto 1082 de 2015[43]. Por ende, podrá celebrar todos los actos, negocios o contratos que surjan de la autonomía de su voluntad, para lo cual deberá dar aplicación a las normas del Estatuto o en su defecto, a las normas que rigen los contratos civiles y comerciales, según lo establecido en el artículo 13 de la Ley 80 de 1993.

4. Sin embargo, es posible que el legislador establezca un régimen especial de contratación para esta entidad, atendiendo la naturaleza de las funciones que desarrolla (humanitarias y extrajudiciales), así como su carácter transitorio, razones que determinan, según lo manifestado en el escrito de consulta, la exigencia de adelantar sus actividades contractuales de manera ágil.

---

[43]Por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector administrativo de planeación nacional.

Compartido por:
BeltránPardo
Abogados & Asociados

Al respecto, la Sala considera importante señalar que, en el evento que se considere procedente crear un régimen excepcional de contratación para la UBPD, en razón de la especial naturaleza de sus atribuciones y finalidades, el Gobierno Nacional podrá presentar un proyecto de ley, si así lo considera procedente y necesario.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado,

V. RESPONDE

A. ¿En atención a la naturaleza especial de la UBPD; mandato de transitoriedad; y el marco normativo y jurisprudencial aplicable, cuál es el alcance del inciso 3.° del artículo 1.° del Decreto Ley 589 de 2017 en cuanto al régimen contractual aplicable a la UBPD?

No. El inciso 3.° del artículo 1 del Decreto Ley 589 de 2017 tiene como alcance: i) reafirmar que esta unidad puede realizar todos los actos, contratos o convenios necesarios para el desarrollo de sus funciones ii) precisar que dichos actos, contratos y convenios deben estar acordes con las facultades y atribuciones que la ley y el reglamento le asigne a la UBPD para cumplir sus funciones constitucionales y legales.

En atención a lo dispuesto en las normas constitucionales y legales de creación y reglamentación, la gestión contractual de la UBPD no está sometida a un régimen especial.

Por lo tanto, la UBPD debe aplicar el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en sus actuaciones contractuales, de conformidad con sus especiales atribuciones y funciones establecidas por la Constitución y la ley.

B. ¿Es viable que la UBPD, como mecanismo que hace parte del Sistema Integral para la Paz, reglamente la gestión contractual para la realización de todos los actos y contratos aplicando los principios de la función administrativa, bajo un régimen excepcional?

No. La UBPD no puede reglamentar su gestión contractual bajo un régimen excepcional, por las razones expuestas en este concepto. Lo anterior, sin perjuicio de que, por la naturaleza de sus funciones (humanitarias y extrajudiciales) y el carácter transitorio de la entidad, el legislador le pueda establecer un régimen contractual especial.

Compartido por:
BeltránPardo
Abogados & Asociados

C. ¿En garantía de los derechos de las víctimas, cuál debe ser el procedimiento a seguir por la UBPD para aplicar un régimen excepcional de contratación?

La UBPD deberá acudir al legislador para crear un régimen excepcional de contratación.

Remítanse copias al ministro de Justicia y del Derecho y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

ANA MARÍA CHARRY GAITÁN
Presidente de la Sala

ÓSCAR DARÍO AMAYA NAVAS
Consejero de Estado

MARÍA DEL PILAR BAHAMÓN FALLA
Consejera de Estado

ÉDGAR GONZÁLEZ LÓPEZ
Consejero de Estado

REINA CAROLINA SOLÓRZANO HERNÁNDEZ
Secretaria de la Sala

20 ENE 2023 LEVANTAMIENTO DE LA RESERVA LEGAL MEDIANTE OFICIO MJD-OFI22-0049439-GAA-10000 DEL MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO DEL 18 DE ENERO DE 2023.