



FORMATO PQRS

EGCAP – Ámbito de aplicación – Entidades estatales

De acuerdo con el inciso final del artículo 150 superior, corresponde al Congreso de la República expedir el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y, en especial, de la Administración Nacional. Esta competencia fue ejercida con la expedición de la Ley 80 de 1993, la cual rige para las *entidades estatales*, esto es, aquellas previstas en los literales a) y b) del numeral 1 del artículo 2 *ibidem*. La norma citada define la competencia contractual en los siguientes términos:

El literal a) aplica a las entidades con personería jurídica. Alude 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 pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.

En contraste, el literal b) rige para las autoridades que carecen de personería, pero a las que el ordenamiento les otorga “capacidad” para celebrar contratos. Estas entidades son 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. De acuerdo con el artículo 352 superior, este último apartado debe armonizarse con el artículo 110 del Decreto 111 de 1996, modificado por el artículo 124 de la Ley 1957 de 2019.

ENTIDADES EXCEPTUADAS – Aplicación de normas de derecho público

[...] aunque tenga una influencia limitada, las *entidades del régimen exceptuado* no se deslignan por completo de las normas de derecho público. Esto en la medida que el inciso primero del artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 prescribe lo siguiente: “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”.



FORMATO PQRS

CONTRATOS ESTATALES – Régimen especial – Obligaciones transversales – Manual de contratación – Límites

El hecho de que algunas entidades estatales se rijan por el derecho privado en materia contractual no puede entenderse como una negación de lo que establece el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007. Este enunciado normativo significó un “retorno del derecho administrativo” para las entidades excluidas, al reiterar que deben cumplir los principios constitucionales de la función administrativa y de la gestión fiscal, así como el régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal; y ahora también publicar su actividad contractual en el SECOP II, de conformidad con el artículo 53 de la Ley 2195 de 2022.

Adicionalmente, las entidades estatales que, por disposición legal, cuentan con un régimen especial, exceptuado del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y normas complementarias– pueden expedir un reglamento interno de contratación –comúnmente denominado *manual de contratación*–, que regule aspectos asociados a la actividad contractual, como los procedimientos de selección, los requisitos de participación, las condiciones de ejecución del contrato, etc. En otras palabras, el manual de contratación de las entidades exceptuadas es un acto administrativo y, de manera más concreta, un reglamento, pues, además de consistir en una manifestación unilateral de voluntad efectuada por la entidad estatal, en ejercicio de función administrativa, dirigida a producir efectos jurídicos, tiene vocación de permanencia en el tiempo. Esto significa que el manual de contratación despliega sus efectos de manera indefinida en el futuro, no agotándose con una sola aplicación.

Sin embargo, la libertad de configuración reglamentaria de las entidades estatales, expresada en el manual de contratación, no es absoluta, ya que, a pesar de que están facultadas para regular ciertos temas relacionados con la actividad contractual, deben hacerlo respetando la reserva legal de la que gozan ciertas materias. En tal sentido, asuntos como: i) los requisitos de existencia y validez del contrato, ii) sanciones, sin perjuicio de las que pueden pactar de acuerdo con las normas civiles y comerciales, iii) procedimientos para su imposición, iv) causales de inhabilidad e incompatibilidad, v) el principio de anualidad del gasto, y vi) restricciones al acceso a la administración de justicia para discutir las controversias contractuales, son, entre otros, temas cuya regulación está reservada al legislador y que, por tanto, las entidades exceptuadas no pueden reglamentar en su manual de contratación.

LEY DE TRANSPARENCIA – EGCAP y decretos reglamentarios – Documentos tipo – Entidades exceptuadas – Aplicación excepcional

El artículo 56 de la Ley 2195 de 2022 se presenta como una norma que complementa al párrafo 7 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, modificado por la Ley 2022 de 2020, que establece el mandato de aplicación obligatoria de los documentos tipo para las entidades sometidas al EGCAP cuando celebren contratos o convenios

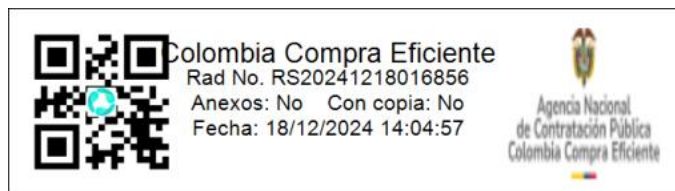


FORMATO PQRS

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. En este caso, prima el contenido de la Ley 80 de 1993 –junto con su reglamentación– y de los documentos tipo sobre el manual de contratación de la entidad con régimen especial.

FORMATO PQRS

Bogotá D.C., 18 de Diciembre de 2024



Señora
Katherin Daianny Hernández Ortiz
daiannyhede@ gmail.com
Bogotá D.C.

Concepto C – 998 de 2024

Temas: EGCAP – Ámbito de aplicación – Entidades estatales / ENTIDADES EXCEPTUADAS – Aplicación de normas de derecho público / CONTRATOS ESTATALES – Régimen especial – Obligaciones transversales – Manual de contratación – Límites / LEY DE TRANSPARENCIA – EGCAP y decretos reglamentarios – Documentos tipo – Entidades exceptuadas – Aplicación excepcional

Radicación: Respuesta a la consulta con radicado No. P20241216012544

Estimada señora Hernández Ortiz:

En ejercicio de la competencia otorgada por los artículos 3, numeral 5º, y 11, numeral 8º, del Decreto Ley 4170 de 2011, así como lo establecido en el artículo 4 de la Resolución 1707 de 2018 expedida por esta Entidad, la Agencia Nacional

FORMATO PQRSD

de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente responde su solicitud de consulta de fecha 15 de diciembre de 2024, en la cual pregunta lo siguiente:

“[...] ¿en qué casos las empresas sociales del estado sujetas a régimen especial deben remitirse al apartado de contratación estatal del decreto 1082 de 2015?, excepto del deber de publicidad que además de estar regulado para las entidades no sujetas al EGCAP como es el caso del deber de publicidad art. 53 de la Ley 2195 de 2022, también la circular externa 002 de 2024 nos precisa que en virtud de la remisión dispuesta por el artículo 2.1.1.2.1.7 del Decreto 1081 de 2015 al artículo 19 del Decreto 1510 de 2013 y sus “modificaciones” teniendo en cuenta que este fue compilado, en el artículo 2.2.1.1.1.7.1. del Decreto 1082 de 2015 Ese apartado del decreto sí sería aplicable a las E.S.E.s

No obstante, teniendo en cuenta que las Empresas Sociales del Estado por disposición legal cuentan con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y en consecuencia se rigen por los principios de la función administrativa y de gestión fiscal, por sus estatutos y manuales de contratación los cuales deben estar acorde con los lineamientos de la Resolución 5185 de 2013 y sus modificaciones como por ejemplo una de las más recientes que es la Resolución 1440 de 2024, entre otras. ¿En qué casos además del ya referenciado aplica la remisión al Decreto 1082 de 2015 para los procesos de contratación que adelantan las Empresas Sociales del Estado?”.

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

FORMATO PQRS

Conforme lo expuesto, en aras de satisfacer el derecho fundamental de petición se resolverá su consulta dentro de los límites de la referida competencia consultiva, esto es, haciendo abstracción de las circunstancias específicas que la haya motivado, pero haciendo unas consideraciones sobre las normas generales relacionadas con el problema jurídico de su consulta.

I. Problema planteado:

De acuerdo con el contenido de su solicitud, esta Agencia resolverá el siguiente problema jurídico: ¿cuál es el marco jurídico de los contratos de las entidades exceptuadas del EGCAP y qué casos deben aplicar la Ley 80 de 1993 y sus decretos reglamentarios?

II. Respuesta:

Conforme a la interpretación general de las normas del sistema de compras públicas, el hecho de que algunas entidades estatales se rijan por el derecho privado en materia contractual no puede entenderse como una negación de lo que establece el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007. Este enunciado normativo significó un “retorno del derecho administrativo” para las entidades excluidas, al reiterar que deben cumplir los principios constitucionales de la función administrativa y de la gestión fiscal, así como el régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal; y ahora también publicar su actividad contractual en el SECOP II, de conformidad con el artículo 53 de la Ley 2195 de 2022.

Adicionalmente, las entidades estatales que, por disposición legal, cuentan con un régimen especial, exceptuado del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y normas complementarias– pueden expedir un reglamento interno de contratación –comúnmente denominado *manual de contratación*–, que regule aspectos asociados a la actividad contractual, como los procedimientos de selección, los requisitos de participación, las condiciones de ejecución del contrato, etc. En otras palabras, el manual de contratación de las entidades exceptuadas es un acto administrativo y, de manera más concreta, un reglamento, pues, además de consistir en una manifestación unilateral de

FORMATO PQRS

voluntad efectuada por la entidad estatal, en ejercicio de función administrativa, dirigida a producir efectos jurídicos, tiene vocación de permanencia en el tiempo. Esto significa que el manual de contratación despliega sus efectos de manera indefinida en el futuro, no agotándose con una sola aplicación.

No obstante, el artículo 56 de la Ley 2195 de 2022 se presenta como una norma que complementa al párrafo 7 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, modificado por la Ley 2022 de 2020, que establece el mandato de aplicación obligatoria de los documentos tipo para las entidades sometidas al EGCAP cuando 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. En este caso, prima el contenido de la Ley 80 de 1993 –junto con su reglamentación– y de los documentos tipo sobre el manual de contratación de la entidad con régimen especial.

Al margen de la explicación precedente debe advertirse que el análisis requerido para resolver problemas específicos en torno a la contratación de las entidades estatales debe ser realizado por quienes tengan interés en ello, de acuerdo con lo explicado la aclaración preliminar del presente oficio. Por lo anterior, previo concepto de sus asesores, la solución de situaciones particulares corresponde a los interesados adoptar la decisión correspondiente y, en caso de conflicto, a las autoridades judiciales, fiscales y disciplinarias. Así, cada entidad definirá la forma de adelantar su gestión contractual, sin que sea atribución de Colombia Compra Eficiente validar sus actuaciones.

III. Razones de la respuesta:

Lo anterior se sustenta en las siguientes consideraciones:

i. De acuerdo con el inciso final del artículo 150 superior, corresponde al Congreso de la República expedir el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y, en especial, de la Administración Nacional. Esta competencia fue ejercida con la expedición de la Ley 80 de 1993, la cual rige para las *entidades estatales*, esto es, aquellas previstas en los literales a) y b)



FORMATO PQRS

del numeral 1 del artículo 2 *ibidem*. La norma citada define la competencia contractual en los siguientes términos:

El literal a) aplica a las entidades con personería jurídica. Alude 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 pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.

En contraste, el literal b) rige para las autoridades que carecen de personería, pero a las que el ordenamiento les otorga "capacidad" para celebrar contratos. Estas entidades son 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. De acuerdo con el artículo 352 superior, este último apartado debe armonizarse con el artículo 110 del Decreto 111 de 1996, modificado por el artículo 124 de la Ley 1957 de 2019¹.

Para las entidades de los párrafos anteriores, sin perjuicio de las excepciones puntuales a la aplicación del EGCAP, los procesos de selección se rigen por el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007. El numeral uno, inciso primero,

¹ En lo pertinente, la norma prescribe que "Los órganos que son una sección en el Presupuesto General de la Nación, tendrán la capacidad de contratar y comprometer a nombre de la persona jurídica de la cual hagan parte, y ordenar el gasto en desarrollo de las apropiaciones incorporadas en la respectiva sección, lo que constituye la autonomía presupuestal a que se refieren la Constitución Política y la ley. Estas facultades estarán en cabeza del jefe de cada órgano quien podrá delegarlas en funcionarios del nivel directivo, o quien haga sus veces, y serán ejercidas teniendo en cuenta las normas consagradas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y en las disposiciones legales vigentes.

[...]

En los mismos términos y condiciones tendrán estas capacidades las Superintendencias, Unidades Administrativas Especiales, las Entidades Territoriales, Asambleas y Concejos, las Contralorías y Personerías Territoriales y todos los demás órganos estatales de cualquier nivel que tengan personería jurídica.

En todo caso, el Presidente de la República podrá celebrar contratos a nombre de la Nación".



FORMATO PQRS

dispone que “La escogencia del contratista se efectuará por *regla general* a través de licitación pública, con las *excepciones* que se señalan en los numerales 2, 3 y 4 del presente artículo” (Énfasis fuera de texto), norma que sustituye el derogado numeral 1 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 sobre el principio de transparencia². En este contexto, salvo norma especial que ordene la celebración del negocio jurídico por selección abreviada, concurso de méritos, mínima cuantía o contratación directa, debe aplicarse la regla general de licitación pública³.

ii. Pese a lo anterior, no resulta extraño que el sistema de compras públicas se apoye en normas de derecho civil y comercial, ya que la figura del contrato es transversal a todo el ordenamiento jurídico. Respecto a las *entidades sometidas a la Ley 80 de 1993*, el inciso primero del artículo 13 dispone que “Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2o. del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley”. Dicha idea también se reitera en el EGCAP considerando que “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” –art. 32, inciso primero– y que “Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo

² El inciso primero de norma disponía que, conforme al principio de transparencia, “*La escogencia del contratista se efectuará siempre a través de licitación o concurso públicos*, salvo en los siguientes casos en los que se podrá contratar directamente” (Énfasis fuera de texto). La expresión en cursiva fue declarada exequible por la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-400 de 1999, con ponencia del Magistrado Vladimiro Naranjo Mesa, y derogado integralmente por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007.

³ Sobre la articulación de los diferentes procesos de selección previstos en el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, DÁVILA VINUEZA considera lo siguiente: “En las leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007 los demás procedimientos de selección distintos a la licitación pública, se convierten en procedimientos excepcionales y procedentes únicamente en los casos taxativamente contemplados en la ley. Pero la excepción no es respecto de los principios de transparencia, economía y responsabilidad y del deber de selección objetiva como parece lo han entendido algunas entidades estatales. Estos principios que [...] desarrollan los rectores de la función pública de orden constitucional y legal (art. 209 C.N., y art. 3º Cpaca) son aplicables con todo rigor a los procedimientos de excepción. Siendo ello así, la excepción de que se habla es respecto del proceso licitatorio regulado en el artículo 30 de la Ley 80 de 1993 con las variantes introducidas por el artículo 2º, numeral 1, de la ley 1150 de 2007, en concordancia con el artículo 2.2.1.2.1.1.1 del Decreto 1082 de 2015 (*Presentación de la oferta de manera dinámica*). Es decir, que ante la ausencia de una causal concreta para un determinado evento específico, la selección debe asumir la que el ordenamiento jurídico regula como licitación pública. Por eso es que, además, las causas excepcionales de selección son de interpretación restrictiva y no admiten analogía ni la interpretación extensiva. Genera nulidad absoluta del contrato, por abuso o desviación de poder, y nulidad del acto administrativo de selección cualquier artilugio que implique socavar la principal manifestación del principio de transparencia, cual es la selección por vía de licitación”. (DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal. Tercera Edición. Bogotá: Legis, 2016. p. 463).

FORMATO PQRS

con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza” –art. 40, inciso primero–.

No obstante, aunque tenga una influencia limitada, las *entidades del régimen exceptuado* no se deslignan por completo de las normas de derecho público. Esto en la medida que el inciso primero del artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 prescribe lo siguiente: “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”.

La existencia de entidades exceptuadas del EGCAP se ha justificado por alguna de las siguientes tres (3) circunstancias: i) facilitar la competencia económica –como ocurre actualmente respecto al régimen de los servicios públicos domiciliarios–, ii) flexibilizar el ejercicio de la función administrativa – como en los contratos del Banco de la República o los de ciencia y tecnología– o iii) establecer un régimen especial sin excluir por completo la aplicación de la Ley 80 de 1993 –como ocurre en la operaciones del crédito público–⁴. Para estos efectos, la doctrina ha identificado 171 entidades y contratos que manejan un régimen excepcional, los cuales se clasifican de acuerdo i) al sector económico, ii) la asignación de un esquema legal especial, iii) el objeto del contrato celebrado y iv) la existencia de fondos que administran recursos públicos⁵.

iii. Las entidades de régimen especial son aquellas que, por expresa disposición legal y por su naturaleza o situación de competencia, tienen condiciones diferenciales respecto de la normativa de contratación pública. Esto quiere decir que no están sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, y por ende sus procedimientos contractuales tienen su normativa propia para su desarrollo, esto es, el derecho privado, lo cual está determinado en las

⁴ JOJOA BOLAÑOS, Alexander. Los regímenes exceptuados en los contratos estatales. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2012. p. 89.

⁵ BARRETO MORENO, Antonio Alejandro. El derecho de la compra pública: estudio jurídico de un mercado imperfecto. Bogotá: Legis, 2019. pp. 281 y ss.

FORMATO PQRS

normas de creación de las entidades de régimen especial y en sus manuales de contratación.

Teniendo en cuenta que las entidades de régimen especial están facultadas legalmente para aplicar reglas distintas a las establecidas en la Ley 80 de 1993 y sus normas complementarias, su régimen contractual estará definido en la norma que crea el régimen especial y será desarrollado en el manual de contratación de la respectiva entidad, con el fin de que se puedan identificar las reglas que aplican en la contratación. La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente expidió la Guía para las entidades estatales con régimen especial de contratación, que las define como aquellas que contratan con un régimen distinto a las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007⁶.

No obstante, las entidades de régimen especial cumplen una finalidad pública y utilizan recursos públicos para lograrlo, por lo que no son ajenas a los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, entre otras reglas dispuestas en la normativa de contratación pública que son transversales a todas las entidades, sin importar su régimen contractual. Lo anterior es reafirmado por el Consejo de Estado, que destaca las reglas que siguen la contratación de las entidades de régimen especial:

“[...] en la contratación de las entidades excluidas de la Ley 80 se distinguen perfectamente dos ordenamientos jurídicos: uno prevalente, el derecho privado, que aporta todas sus instituciones, reglas y principios y las pone al servicio de los contratos de dichas entidades; y otro, secundario, referido a los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal —pero no a la Ley 80 de 1993, con sus reglas particulares—, que inspiran al régimen anterior con valores propios del derecho público.

La Sala entiende que el régimen preponderante domina y aporta el gran volumen de normas contractuales y que el régimen inspirador influye y ayuda a interpretar pero también transforma parte de esas instituciones, porque se suma a ellas, lo que no siempre se logra

⁶ Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente. Guía para las Entidades Estatales con régimen especial de contratación: “Entidad Estatal de régimen especial: Entidad Estatal que realiza sus Procesos de Contratación con un régimen distinto al previsto en las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007”.

FORMATO PQRS

conservando intacta la institución privada sino introduciéndole modificaciones.

La función que cumplen los principios públicos también se representa en la necesidad práctica —normalmente no por orden de una norma— de expedir un reglamento interno de contratación que concrete la mayor parte de aportes de esos principios a la transformación de las reglas del derecho privado. Es por esta influencia que surge la necesidad de contar con procesos de selección de contratistas que garanticen la libre concurrencia, la igualdad de oportunidades de acceso a los negocios del Estado, la transparencia y en general los demás valores propios de la gestión de lo público⁷.

Considerando que las entidades de régimen especial administran recursos públicos, sus manuales de contratación deben ceñirse a unas reglas mínimas que garanticen el cumplimiento de los principios de la función pública, el control fiscal y los principios rectores de la contratación estatal. Dentro de estas reglas deben indicar el contenido de las propuestas y los procedimientos de selección, llevar una descripción precisa del procedimiento, los plazos de las etapas y los criterios de evaluación y desempate, y todos los criterios necesarios para garantizar la selección objetiva y la protección del interés general. Lo anterior, sin perjuicio de que algunas de estas reglas se establezcan, complementen o detallen en los documentos que se expiden en desarrollo de sus procedimientos contractuales.

Asimismo, estas entidades deben cumplir unas obligaciones transversales a la contratación pública, entre ellas la elaboración del Plan Anual de Adquisiciones, la publicación de sus procedimientos de selección a través de la herramienta SECOP –en la sección Régimen Especial–, hacer uso del clasificador de bienes y servicios de las Naciones Unidas, reportar inhabilidades e incompatibilidades de los proveedores de la entidad y analizar el sector económico de los oferentes, entre otras.

Además, debe tenerse en cuenta que las cláusulas excepcionales no están contempladas en el derecho común. Estas se encuentran limitadas no solo al uso del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública sino a algunos tipos de contratos específicos. En ese sentido, la única forma en que una entidad

⁷ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Radicado No. 45.607 del 24 de octubre de 2016. Consejera Ponente: María Nubia Velásquez Rico.

FORMATO PQRS

sujeta a un régimen especial pueda usar estas cláusulas es si su norma de creación lo establece, como sucede con las empresas sociales del Estado. De modo que si una Entidad sujeta al régimen especial requiere sancionar o dar por terminado el contrato, por regla general, debe acudir al juez competente.

Como se explicó, el hecho de que algunas entidades estatales se rijan por el derecho privado en materia contractual no puede entenderse como una negación de lo que establece el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007. Este enunciado normativo significó un “retorno del derecho administrativo” para las entidades excluidas, al reiterar que deben cumplir los principios constitucionales de la función administrativa y de la gestión fiscal, así como el régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal; y ahora también publicar su actividad contractual en el SECOP II, de conformidad con el artículo 53 de la Ley 2195 de 2022⁸.

Adicionalmente, las entidades estatales que, por disposición legal, cuentan con un régimen especial⁹, exceptuado del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y normas complementarias¹⁰– pueden expedir un reglamento interno de contratación –comúnmente denominado *manual de contratación*–, que regule aspectos asociados a la actividad contractual, como los procedimientos de selección, los requisitos de participación, las condiciones de ejecución del contrato, etc. En otras palabras, el manual de contratación de las entidades exceptuadas es un acto administrativo y, de manera más concreta, un reglamento, pues, además de consistir en una manifestación unilateral de voluntad efectuada por la entidad estatal, en ejercicio de función administrativa, dirigida a producir efectos jurídicos, tiene vocación de permanencia en el tiempo.

⁸ Este fenómeno también se ha presentado, en los últimos años, en España. Al respecto, ver: SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. El retorno del derecho administrativo. En: Revista de Administración Pública. Nº 216 (2018). Disponible en: <https://recyt.fecyt.es/index.php/RAP/article/view/67033>.

⁹ Es el caso de: i) las empresas sociales del Estado (art. 195, num. 6, Ley 100/1993), ii) las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios (arts. 31 y 32, Ley 142/94); iii) las empresas industriales y comerciales del Estado, sociedades públicas y sociedades de economía mixta con capital público mayoritario, siempre que las tres entidades mencionadas anteriormente se encuentren en competencia con el sector público o privado, a nivel nacional o internacional, o ejerzan su actividad en un mercado regulado (art. 14, Ley 1150/07); iv) las universidades públicas (art. 93, Ley 30/92); entre otras.

¹⁰ Leyes que, a su vez, han sido modificadas por otras posteriores, como las Leyes 1474 de 2011 y 1882 de 2018, entre otras. Así mismo, se recuerda que el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública se encuentra reglamentado actualmente por el Decreto 1082 de 2015.

FORMATO PQRSD

Esto significa que el manual de contratación despliega sus efectos de manera indefinida en el futuro, no agotándose con una sola aplicación.

Sin embargo, la libertad de configuración reglamentaria de las entidades estatales, expresada en el manual de contratación, no es absoluta, ya que, a pesar de que están facultadas para regular ciertos temas relacionados con la actividad contractual, deben hacerlo respetando la reserva legal de la que gozan ciertas materias. En tal sentido, asuntos como: i) los requisitos de existencia y validez del contrato, ii) sanciones, sin perjuicio de las que pueden pactar de acuerdo con las normas civiles y comerciales, iii) procedimientos para su imposición, iv) causales de inhabilidad e incompatibilidad, v) el principio de anualidad del gasto, y vi) restricciones al acceso a la administración de justicia para discutir las controversias contractuales, son, entre otros, temas cuya regulación está reservada al legislador y que, por tanto, las entidades exceptuadas no pueden reglamentar en su manual de contratación¹¹.

iv. En todo caso, es necesario resaltar la expedición de la Ley 2195 de 2022, “Por medio de la cual se adoptan medidas en materia de transparencia,

¹¹ Así lo sostuvo el Consejo de Estado: “Esta Sala, en sentido contrario al del tribunal, recuerda que las normas que establecen la manera como se perfecciona un contrato son de orden público, por tanto indisponibles por las partes, así que para las entidades excluidas de la Ley 80, un contrato existe si cumple las exigencias del ordenamiento privado; ni siquiera las del manual de contratación que expide cada hospital, ni las que prevean las partes en un contrato específico, porque los últimos no pueden reducirlas o adicionarlas, puesto que semejante acuerdo adolecerá de nulidad, al transgredir el derecho público de la nación.

Lo anterior explica por qué en el derecho privado las partes no pueden condicionar la existencia de un contrato, que por ley sea consensual, al hecho de que conste por escrito; ni uno que requiera escritura pública al hecho de que el acuerdo verbal sea suficiente. Esto significa que si la ley impuso formalidades especiales para que exista un contrato, las partes no sólo no pueden obviarlas, sino que tampoco las pueden incrementar o adicionar; y a la inversa, si la ley no estableció formalidades especiales para que exista determinado negocio, las partes no las pueden crear con ese propósito –aunque sí podrían hacerlo para otros efectos, pero no para que exista el acuerdo de voluntades-. Lo expresado hasta ahora debe entenderse en los siguientes sentidos:

a. Si la norma aplicable al contrato es la Ley 80, los requisitos de perfeccionamiento son los que ella establezca; de manera que las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad –que autorizan los arts. 13, 32 y 40- no pueden atenuar ni hacer más exigentes los que contempla.

b. Si la norma aplicable al contrato estatal es el derecho privado más los principios de la función administrativa, los requisitos de perfeccionamiento también son los que aquél establezca; por tanto, las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, tampoco pueden atenuar ni hacer más exigentes los que contempla.

c. Si la entidad excluida de Ley 80 profirió un reglamento o manual de contratación, para señalar con certidumbre la manera como contratará los bienes, obras y servicios de su interés, los requisitos de perfeccionamiento de sus contratos tampoco son disponibles por ese estatuto, porque esta materia está reservada a la ley. Por tanto, cuándo existe un contrato es un aspecto que define el derecho privado, y la entidad no lo puede alterar, ni para atenuar ni para hacer más exigentes los requisitos” (Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 8 de abril de 2014. Exp. 25.801 C.P. Enrique Gil Botero).



FORMATO PQRS

prevención y lucha contra la corrupción y se dictan otras disposiciones”. Según su artículo 1º, este cuerpo normativo “[...] tiene por objeto adoptar disposiciones tendientes a prevenir los actos de corrupción, a reforzar la articulación y coordinación de las entidades del Estado y a recuperar los daños ocasionados por dichos actos, con el fin de asegurar y promover la cultura de la legalidad e integridad y recuperar la confianza ciudadana y el respeto por lo público”. Dentro del capítulo VIII de la ley en mención, que lleva por título “Disposiciones en materia contractual para la moralización y la transparencia”, se destaca el artículo 56, el cual dispone lo siguiente:

“Para la adquisición de bienes, obras o servicios, las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública 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 Pública.

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”. (Énfasis fuera de texto)

Como se desprende de la frase inicial de la norma citada, es claro que el primer y principal mandato de la norma únicamente se encuentra dirigido a las entidades estatales sometidas al EGCAP, para que, en la adquisición de bienes, obras o servicios, apliquen los documentos tipo expedidos por esta Agencia, cuando celebren contratos o convenios interadministrativos o de cualquier otra índole con otra Entidad Estatal, o con patrimonios autónomos o con personas

FORMATO PQRS

naturales o jurídicas, cuyo régimen de contratación sea especial o de derecho privado. En ese sentido, el primer inciso de la norma reafirma el deber de las entidades sometidas al EGCAP de aplicar los documentos tipo.

De acuerdo con lo anterior, el artículo 56 de la Ley 2195 de 2022 se presenta como una norma que complementa al párrafo 7 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, modificado por la Ley 2022 de 2020, que establece el mandato de aplicación obligatoria de los documentos tipo para las entidades sometidas al EGCAP cuando 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.

El segundo inciso de la norma bajo estudio usa la expresión “los procedimientos de selección y contratos que realicen en desarrollo de los anteriores negocios jurídicos”. Pudiera entenderse que alude a los negocios jurídicos descritos en el primer inciso, es decir, aquellos a través de los cuales una Entidad Estatal sometida al EGCAP contrata o coopera con un sujeto de derecho privado –entidad exceptuada, patrimonio autónomo o persona natural o jurídica de derecho privado– en un objeto del que se desprende el suministro de un bien, obra o servicio cobijada por un documento tipo. En ese sentido, la norma parte de la base de que para *desarrollar* tales negocios jurídicos la Entidad Estatal sometida necesariamente debe adelantar un procedimiento de selección y suscribir un contrato elevado a escrito, lo que –en atención al artículo 56– deberá hacerlo aplicando documentos tipo y con sujeción al EGCAP.

Sobre esto es necesario considerar que, las entidades sometidas al EGCAP, por lo general, se encuentran obligadas a agotar un procedimiento de selección conforme las normas aplicables para celebrar contratos estatales, a diferencia de los negocios jurídicos regidos por el derecho privado, los cuales, generalmente, se perfeccionan con el acuerdo de voluntades, salvo que la ley exija alguna solemnidad adicional. De esto se desprende que el propósito del legislador con la expedición de la norma objeto de análisis, es que las entidades estatales que tienen como régimen contractual el EGCAP no puedan eludir su aplicación, ni la de los documentos tipo que resulten obligatorios, celebrando convenios o contratos con entidades exceptuadas o particulares sometidos al derecho privado, haciendo prevalecer el régimen de las entidades no sometidas, con el fin inaplicar los documentos tipo y el EGCAP.

FORMATO PQRS

Por tanto, el hecho de que la norma esté dirigida a las entidades sometidas al EGCAP, no tiene otro fin más que el de indicar que la obligación de emplear los documentos pliego tipo en el marco de un contrato o convenio interadministrativo, o de cualquier otra índole, recae sobre la misma, pues sólo así puede garantizarse que el mandato imperativo dispuesto en el literal segundo del artículo en cita, tenga un efecto jurídico, pues estas entidades deben realizar procesos de selección y celebrar contratos con sujeción al EGCAP, requerido para la aplicación de documentos pliego tipo en virtud de lo regulado en el párrafo 7 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, modificado por la Ley 2022 de 2020. En este caso, prima el contenido de la Ley 80 de 1993 –junto con su reglamentación– y de los documentos tipo sobre el manual de contratación de la entidad con régimen especial.

Respecto a las excepciones, el párrafo del artículo 56 de la Ley 2195 de 2022 sólo aplica a los órganos del Estado cuya naturaleza jurídica coincida con la de las entidades allí indicadas de manera *taxativa*, esto es, a “[...] 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”. Por consiguiente, cada entidad estatal deberá analizar su naturaleza jurídica y hacer una interpretación restrictiva de este párrafo, pues las excepciones deben leerse de manera acorde con dicho parámetro hermenéutico.

Ahora, es importante tener en cuenta que cuando la norma se refiere a la contratación del *giro ordinario*, emplea un concepto jurídico indeterminado¹². Un concepto adquiere esta denominación en el Derecho cuando se trata de un enunciado que goza de vaguedad y que debe materializarse en cada caso, atendiendo a las técnicas de la interpretación jurídica. De igual forma, se trata de un concepto para cuya concreción las entidades estatales gozan de cierto margen de apreciación en su aplicación, pero deben respetar los límites previstos en las normas de orden público. Por ejemplo, no podrán considerar que cualquier contrato que celebren hace parte del giro ordinario de sus negocios.

¹² Según García de Enterría: “Estos conceptos jurídicos indeterminados, o que se contienen en lo que también se llaman las normas flexibles, son consustanciales a toda la técnica jurídica y no constituyen una particularidad del Derecho público [...], son conceptos jurídicos indeterminados, en el sentido de que la medida concreta para la aplicación de los mismos en un caso particular no nos la resuelve o determina con exactitud la propia Ley que los ha creado y de cuya aplicación se trata”. (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo. 3ª ed. Madrid: Civitas, 1983. pp. 33-34).

FORMATO PQRS

A juicio de esta Agencia, la expresión *giro ordinario* se usa para designar a la contratación directamente relacionada con los asuntos de la gestión habitual u ordinaria de los tipos de entidades mencionadas en el párrafo. No obstante, la determinación de las actividades que comprenden el *giro ordinario* es un asunto que debe establecerse en cada caso concreto por parte de las entidades estatales –analizando lo establecido en sus actos de creación y verificando los negocios habituales u ordinarios que desarrollan–, pues el párrafo del artículo 56 *ejusdem* se limita a enunciar algunos tipos de entidades estatales, las cuales no solo difieren en su naturaleza jurídica, sino también en las actividades que realizan.

v. Al margen de la explicación precedente debe advertirse que el análisis requerido para resolver problemas específicos en torno a la contratación de las entidades estatales debe ser realizado por quienes tengan interés en ello, de acuerdo con lo explicado la aclaración preliminar del presente oficio. De esta manera, las afirmaciones aquí realizadas no pueden ser interpretadas como juicios de valor sobre circunstancias concretas relacionadas con los hechos que motivan la consulta. Por lo anterior, previo concepto de sus asesores, la solución de situaciones particulares corresponde a los interesados adoptar la decisión correspondiente y, en caso de conflicto, a las autoridades judiciales, fiscales y disciplinarias.

Dentro de este marco, la entidad contratante definirá en cada caso concreto lo relacionado con el tema objeto de consulta. Al tratarse de un análisis que debe realizarse en el procedimiento contractual específico, la Agencia no puede definir un criterio universal y absoluto por vía consultiva, sino que brinda elementos de carácter general para que los partícipes del sistema de compras y contratación pública adopten la decisión que corresponda, lo cual es acorde con el principio de juridicidad. Así, cada entidad definirá la forma de adelantar su gestión contractual, sin que sea atribución de Colombia Compra Eficiente validar sus actuaciones.

IV. Referencias normativas:



FORMATO PQRS

- Constitución Política de 1991, artículo 150.
- Ley 80 de 1993, artículos 2, 13, 32 y 40.
- Ley 1150 de 2007, artículos 2 y 13.
- Ley 2195 de 2022, artículo 56.
- Decreto 111 de 1996, artículo 110.

V. Doctrina de la Agencia Nacional de Contratación Pública:

Esta Subdirección se ha pronunciado sobre el alcance del artículo 56 de la Ley 2195 de 2022, específicamente, a partir del Concepto C-066 del 28 de enero de 2022, cuya tesis se desarrolló y complementó los Conceptos C-320 del 20 de mayo de 2022, C-333 del 24 de mayo de 2022, C-404 del 26 de mayo de 2023, C-382 del 27 de mayo de 2022, C-388 del 15 de junio de 2022, C-423 del 5 de julio de 2022, C-435 del 6 de julio de 2023, C-453 del 15 de julio de 2022, C-494 del 26 de julio de 2022, C-483 del 5 de agosto de 2022, C-496 del 3 de agosto de 2022, C-556 del 3 de agosto de 2022 y C-532 del 22 de agosto de 2022, pronunciándose específicamente sobre las empresas de servicios públicos en los Conceptos C-341 del 27 de mayo de 2022, C-382 del 27 de mayo de 2022, C-449 del 25 de julio de 2022, C-453 del 14 de julio de 2022, C-488 del 29 de julio de 2022, C-494 del 28 de julio de 2022 y C-501 del del 29 de julio de 2022 y C-056 del 26 de abril de 2023. El mismo tema ha sido estudiado por esta Subdirección en los Conceptos C-486 del 2 de septiembre de 2022, C-671 del 19 de octubre de 2022, C-576 del 25 de octubre de 2022, C-042 del 29 de marzo de 2023 y C-299 del 24 de julio de 2023, entre otros. Estos y otros se encuentran disponibles para consulta en el Sistema de relatoría de la Agencia, al cual puede accederse a través del siguiente enlace: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos>.

Te invitamos a consultar las versiones VII y VIII de 2024 del Boletín de Relatoría de la Subdirección de Gestión Contractual relacionados con las guías de Plan Anual de Adquisiciones y la modalidad de selección de mínima cuantía, los cuales se pueden descargar en la página web de la Agencia: <https://www.colombiacompra.gov.co/sala-de-prensa/boletin-digital>.



FORMATO PQRSD

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

Atentamente,

Original Firmado
Carolina Quintero Gacharná

Carolina Quintero Gacharná
Subdirectora de Gestión Contractual ANCP-CCE

Elaboró: Juan David Montoya Penagos
Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual
Revisó: Alejandro Sarmiento Cantillo
Gestor T1 – 15 de la Subdirección de Gestión Contractual
Aprobó: Carolina Quintero Gacharná
Subdirectora de Gestión Contractual ANCP – CCE