

CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS LEGALES – Tipo penal en blanco – Integración normativa

De acuerdo con el artículo 410 del Código Penal, el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales se tipifica cuando un servidor público, por razón del ejercicio de sus funciones, tramita, celebra o liquida contratos sin cumplimiento de los requisitos legales esenciales. Los verbos rectores incorporan un elemento normativo, pues no es el incumplimiento de cualquier requisito el que da lugar a la tipicidad de la conducta, sino la preterición de aquellos que tengan naturaleza esencial.

Ello hace de la norma en comento un tipo penal en blanco, por lo que es necesario remitirse a las disposiciones del sistema de compras públicas para determinar si la conducta está acorde al principio de legalidad. Éstas serán las de la Ley 80 de 1993 para las entidades sometidas al EGCAP; las del derecho civil y comercial, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, para las entidades exceptuadas; y las Decreto 092 de 2017, tratándose del régimen especial para la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro.

FRACCIONAMIENTO DEL CONTRATO – Prohibición

“[...] Como primera medida, hay que indicar que el fraccionamiento contractual es una práctica mediante la cual se dividen contratos para evitar procedimientos de contratación pública o para eludir límites establecidos en la normativa. En Colombia, esta práctica es ilegal ya que va en contra de los principios fundamentales de la contratación especialmente en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Ley 80 de 1993), la Ley 1150 de 2007, y el Estatuto Anticorrupción (Ley 1474 de 2011). Por ende fraccionar la unidad natural de un objeto contractual con el propósito de evadir una cuantía superior que implicaría un proceso de selección diferente, tiene como consecuencia la nulidad absoluta del contrato en los términos de los artículos 44 y 45 de la Ley 80 de 1993.

Es importante agregar, que si bien este fenómeno jurídico no se encuentra contemplado prohibitivamente en las normas establecidas en el EGCAP, la jurisprudencia ha sido clara en establecer que habrá fraccionamiento del contrato cuando concurren los siguientes elementos: i) Que exista una separación artificial de un mismo objeto contractual y ii) que dicha separación tenga como objetivo evitar procedimientos de convocatoria pública y de selección objetiva. De manera que estos elementos deberán ser constatados por la autoridad judicial competente para declarar una eventual nulidad absoluta del contrato, en aras de salvaguardar las pautas, reglas y principios establecidos en la contratación estatal. [...]”

EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO – Naturaleza – Régimen legal

[...] Una de las Entidades Estatales con régimen especial son las Empresas Sociales del Estado – ESE, objeto de su consulta, entendidas como Entidades Públicas que, conforme

al artículo 194 de la Ley 100 de 1993, constituyen una categoría especial, descentralizada por servicios, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa. A través de ellas la Nación o las entidades territoriales prestan el servicio de salud de manera directa, es decir, las Empresas Sociales del Estado son, esencialmente, los hospitales públicos.

[...] las Empresas Sociales del Estado son una categoría especial de Entidades Públicas que hacen parte de la estructura de la Rama Ejecutiva del poder público. En este mismo sentido, el artículo 38 de la Ley 489 de 1998, en el que se consagran los organismos y entidades que integran la rama ejecutiva del poder público, dispuso en el literal d) del numeral 2 que las Empresas Sociales del Estado hacen parte del sector descentralizado por servicios de esta rama del poder público.

Por su parte, de conformidad con el numeral 6 del artículo 195 de la Ley 100 de 1993, el régimen de contratación de las Empresas Sociales del Estado es el de derecho privado, es decir, se rige por las disposiciones contenidas en el Código de Comercio y en el Código Civil, aplicables en lo que resulten pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas por el derecho público. La norma referida prescribe que: “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”.

En consecuencia, las Empresas Sociales del Estado no están sometidas al EGCAP ni a las normas que lo reglamentan o complementan, ya que, por disposición expresa de la norma transcrita, sus contratos se rigen por el derecho privado. Ahora bien, puede decirse que una de las reglas para las Empresas Sociales del Estado, derivada de las normas de derecho público, consiste en el deber de expedir un manual de contratación. En este documento deben concretarse los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, así como determinarse la manera concreta como dichos principios orientarán el derecho privado en el ejercicio de la actividad contractual. De esta manera, los potenciales oferentes podrán identificar las reglas que aplica la entidad en sus procesos contractuales.

ENTIDADES EXCEPTUADAS – Fraccionamiento – Responsabilidad penal

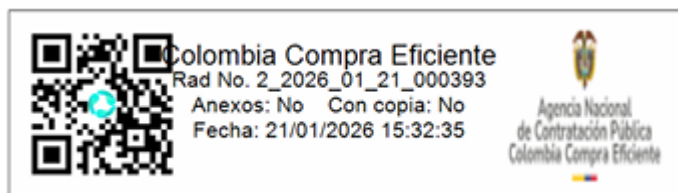
[...] el hecho de que las ESE no apliquen de manera directa la Ley 80 de 1993 no impide la eventual configuración del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, ni excluye la relevancia penal de prácticas como el fraccionamiento contractual, cuando estas se utilicen de forma artificiosa para eludir los procedimientos de selección o los requisitos legales esenciales aplicables conforme a su régimen especial. Tal como lo ha precisado la Corte Suprema de Justicia, el fraccionamiento no constituye un delito autónomo, pero puede integrar el tipo penal del artículo 410 del Código Penal, en cuanto supone la omisión dolosa de presupuestos jurídicos indispensables para la válida

celebración del contrato. Así, la tipicidad penal no depende del régimen contractual — general o exceptuado—, sino de la utilización indebida de dicho régimen para soslayar normas, principios y requisitos esenciales que garantizan la transparencia, la selección objetiva y la legalidad de la contratación estatal, aun cuando esta se rija por normas de derecho privado.

Con todo, a diferencia de lo que sucede con las Entidades Estatales sometidas al EGCAP, respecto de las cuales el parámetro para determinar la licitud de la conducta está dado por las disposiciones legales y reglamentarias que integran dicho régimen, en tratándose de entidades exceptuadas de dicho régimen, como es el caso de las ESE, la configuración del delito tendrá que determinarse a partir de los requisitos que, conforme al derecho privado que les aplica a estos entes, se haya determinado en sus respectivos manuales internos de contratación. Lo anterior sin perjuicio del cumplimiento de los deberes que les asisten a estas entidades en virtud de los principios de la función administrativa y la gestión fiscal.

Bogotá D.C., 21 enero 2026

Señor
Edgar Orlando Holguin Ramírez
oohh40@gmail.com
Ciudad



Concepto C- 1851 de 2025

Temas: CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS LEGALES – Tipo penal en blanco – Integración normativa / FRACCIONAMIENTO DEL CONTRATO – Prohibición / EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO – Naturaleza – Régimen legal – Régimen especial / ENTIDADES EXCEPTUADAS – Fraccionamiento – Responsabilidad penal

Radicación: Respuesta a consulta con radicado 1_2025_12_19_014218

Estimado señor Holguin:

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 la Resolución 469 de 2025 expedida por esta Entidad, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente– responde su solicitud de consulta de fecha 19 de diciembre de 2025, en la cual manifiesta lo siguiente:

“De manera atenta me permito solicitar su concepto sobre el siguiente aspecto:
-El delito de fraccionamiento de contratos aplica para las entidades públicas cuyo regimen de contratación esta sometido al derecho privado?
En otras palabras, en una entidad como una ESE que aplica el derecho

privado en su contratación, puede darse esa conducta que hasta donde se sabe es propia de la ley 80 de 1993?
Agradezco su respuesta.”(Sic)

De manera preliminar, resulta necesario acotar que esta entidad solo 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 particulares 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.

Conforme lo expuesto, en aras de garantizar el derecho fundamental de petición, se resolverá su petición dentro de los límites de la referida competencia consultiva, esto es, haciendo abstracción del caso particular y concreto señalado en su petición, pero señalando algunas consideraciones sobre las normas generales relacionadas con el problema jurídico de su consulta.

1. Problema planteado:

De acuerdo con el contenido de su solicitud, esta Agencia resolverá el siguiente problema jurídico: ¿El *fraccionamiento* contractual realizado en el marco de la gestión contractual de entidades de régimen especial–como las Empresas Sociales del Estado (ESE)– configura el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales?

2. Respuesta:

El artículo 410 del Código Penal establece el delito de *Contrato sin cumplimiento de requisitos legales*, el cual se configura cuando un servidor público, en ejercicio de sus funciones, tramita, celebra o liquida un contrato con preterición de los requisitos legales esenciales. Los verbos rectores del

tipo incorporan un elemento normativo cualificado, en tanto la tipicidad de la conducta no se predica del incumplimiento de cualquier exigencia formal, sino únicamente de la omisión de aquellos requisitos que resultan determinantes para la válida formación del negocio jurídico.

Por esta razón, el artículo 410 del Código Penal ha sido caracterizado por la jurisprudencia como un tipo penal en blanco, cuya estructura normativa debe integrarse con las disposiciones que conforman el régimen jurídico de contratación aplicable en cada caso concreto. Así, la determinación de cuáles son los requisitos legales esenciales exige remitirse, según la naturaleza de la entidad y el régimen del contrato.

En este marco, la Corte Suprema de Justicia ha precisado que la práctica conocida como fraccionamiento contractual —entendida como la división artificiosa de la unidad natural del objeto del contrato con el propósito de eludir el procedimiento de selección legalmente exigido— no constituye un delito autónomo con denominación propia. Sin embargo, dicha conducta puede adquirir relevancia penal cuando se acredita que fue utilizada de manera dolosa para soslayar requisitos legales esenciales y, por esta vía, integrar el tipo penal de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

Si bien la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia referida al fraccionamiento de contratos se ha referido principalmente contratos celebrados por Entidades Estales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (EGCAP), nada obsta para que el fraccionamiento realizado en el marco de la gestión contractual de entidades exceptuadas, también pueda tener relevancia criminal. Esto comoquiera que, el delito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales* –artículo 410 del Código Penal– es un tipo penal en blanco, cuya configuración no depende del sometimiento de la entidad a la Ley 80 de 1993, sino de la omisión dolosa de los requisitos legales esenciales exigidos por el régimen jurídico que gobierna su actuación contractual.

Por consiguiente, tratándose de entidades estatales con régimen exceptuado, como las Empresas Sociales del Estado (ESE), el parámetro de legalidad no está dado por los procedimientos previstos en la Ley 80 de 1993 o la Ley 1150 de 2007, sino por las normas especiales que regulan su contratación, su norma de creación y, de manera particular, su manual de

contratación, en el que se concretan los procedimientos de selección, los deberes de planeación y los criterios de escogencia del contratista. Cuando el fraccionamiento se utiliza para evadir de manera consciente tales reglas, y con ello se omiten presupuestos jurídicos indispensables para la válida celebración del contrato, la conducta puede subsumirse en el artículo 410 del Código Penal. En consecuencia, el hecho de que la contratación se rija por normas de derecho privado no excluye la eventual responsabilidad penal, pues la relevancia criminal del fraccionamiento en el ámbito de la contratación estatal exceptuada se determina a partir del uso indebido de ese régimen especial para soslayar los principios de legalidad, transparencia, planeación y responsabilidad que rigen la actuación de todas las entidades estatales.

Finalmente, es necesario precisar que, sin perjuicio de las consideraciones expuestas en ejercicio de la función consultiva asignada a la Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente– por el Decreto Ley 4170 de 2011, la investigación y el juzgamiento de las conductas de carácter penal son competencia exclusiva de la Rama Judicial. En tal sentido, corresponde a los jueces y a la Fiscalía General de la Nación, con plena independencia y autonomía, determinar la adecuación típica de las conductas previstas en el artículo 410 del Código Penal, atendiendo a las particularidades fácticas y jurídicas de cada caso concreto, sin que la Agencia cuente con atribuciones para intervenir o incidir en dicha valoración.

3. Razones de la respuesta:

Lo anterior se sustenta en las siguientes consideraciones:

i) El delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales está tipificado en el artículo 410 del Código Penal en los siguientes términos: “El servidor público que por razón del ejercicio de sus funciones tramite contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales o lo celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos, incurrirá en prisión de sesenta y cuatro (64) a doscientos dieciséis (216) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a doscientos dieciséis (216) meses”. Dicho tipo penal, junto con la violación del régimen legal

o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades, el interés indebido en la celebración de contratos y los acuerdos restrictivos de la competencia, hacen parte de los delitos contra la Administración pública por celebración indebida de contratos.

El juicio de tipicidad exige un sujeto activo cualificado, pues sólo puede realizarse por un *servidor público*. Aunque el inciso primero del artículo 123 superior dispone que “Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios”, el artículo 20 del Código Penal establece una definición especial para la materia. En este contexto, para efectos del artículo 410 *ibidem*, también se consideran servidores públicos “[...] los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República, los integrantes de la Comisión Nacional Ciudadana para la Lucha contra la Corrupción y las personas que administren los recursos de que trata el artículo 338 de la Constitución Política”. Incluso, conforme al artículo 56 de la Ley 80 de 1993, “[...] el contratista, el interventor, el consultor y el asesor se consideran particulares que cumplen funciones públicas en todo lo concerniente a la celebración, ejecución y liquidación de los contratos que celebren con las entidades estatales [...]”.

Bajo la modalidad dolosa, el objeto de la conducta se concreta en tramitar, celebrar o liquidar contratos sin cumplimiento de los requisitos legales esenciales¹. El *trámite* corresponde a la etapa precontractual, y se relaciona principalmente con los procedimientos de selección; la *celebración* se relaciona con el régimen de perfeccionamiento del contrato; mientras que *liquidación* es la etapa final de cruce de cuentas para determinar si las partes están a paz y salvo en el cumplimiento de las obligaciones. De esta forma, el artículo 410 del Código Penal excluye la fase de ejecución contractual².

En ese sentido, el artículo 410 del Código Penal delimita con precisión los elementos que integran los requisitos legales esenciales para la celebración de contratos estatales, en la medida en que la conducta punible se configura

¹ Cfr. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia del 2 de octubre de 2024. Rad. 61315. M.P. Myriam Ávila Roldán.

² Cfr. URIBE GARCÍA, Saúl. Delitos contra la administración pública. Medellín: Ediciones UNAULA, 2012. p. 208.

únicamente cuando el servidor público —o el particular que ejerce funciones públicas— omite su verificación en las etapas de trámite, celebración o liquidación del contrato. Así, el tipo penal no sanciona cualquier irregularidad contractual, sino exclusivamente aquellas que afectan los presupuestos jurídicos indispensables que habilitan válidamente la contratación, reafirmando que estos requisitos constituyen condiciones esenciales para la correcta y legal celebración del contrato estatal, y no aspectos propios de su ejecución.

ii) Sobre el fraccionamiento del contrato procede citar lo expuesto por el Consejo de Estado³, quien sobre el particular precisó:

“Cuando la contratación directa se realiza burlando el proceso licitatorio a través del fraccionamiento del contrato, es decir, buscando que ninguno de los contratos resultantes de dividir un mismo objeto supere el monto de la cuantía requerida para la licitación, se están desconociendo los principios que inspiran la contratación pública. Al respecto, aunque la conducta de fraccionar los contratos no está prohibida expresamente en la Ley 80 de 1993, la jurisprudencia y la doctrina han sido claras en que la prohibición está implícita si tenemos en cuenta los aspectos esenciales de los principios y reglas que informan el estatuto contractual. En efecto, se ha considerado que “Si bien dicha figura no aparece dentro del estatuto actual en los mismos términos de los estatutos anteriores, ello obedece a la estructura misma de la ley 80, puesto que se pretendió terminar con la exagerada reglamentación y rigorismo y en cambio se determinaron pautas, reglas y principios, de los que se infiere la prohibición del fraccionamiento, y que se traduce en distintas disposiciones como la regla contenida en el numeral 8º del artículo 24, según la cual las autoridades no actuarán con desviación o abuso del poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley, y al propio tiempo les prohíbe eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en dicho estatuto”.

En esa misma línea, pero en la Sentencia del 31 de enero de 2011 proferida por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del

³ Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, Sentencia del 29 de abril de 2015, expediente 29201 con ponencia de Olga Melida Valle de De La Hoz

Consejo de Estado, expediente 17767 con ponencia de Olga Melida Valle de De La Hoz, se señaló:

“La Corte Suprema de Justicia ha precisado que el fraccionamiento de contratos tiene lugar, “en los eventos en los cuales la administración para eludir el procedimiento de licitación pública divide disimuladamente el objeto del contrato con el ánimo de favorecer a los contratistas. En su demostración, deben confluir las circunstancias siguientes: i) Que sea posible pregonar la unidad de objeto en relación con el contrato cuya legalidad se cuestiona y, de ser así, ii) determinar cuáles fueron las circunstancias que condujeron a la administración a celebrar varios contratos, pues solo de esta manera se puede inferir si el actuar se cimentó en criterios razonables de interés público, o si por contraste, los motivos fueron simulados y orientados a soslayar las normas de la contratación pública”.

Sobre lo anterior, conviene resaltar que en opinión de la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente – el fraccionamiento del contrato es una figura jurídica que no puede materializarse cuando se escoge el colaborador de la Administración mediante contratación directa, pues ninguna de las causales asociadas a esta modalidad de selección⁴ dependen del valor, precio o presupuesto del proyecto.

Vale la pena destacar que se desconocen los principios que rigen la contratación estatal cuando “se celebran varios contratos, cada uno de menor cuantía y todos con el mismo objeto, si sumadas sus cuantías resulta ser que se contrató un objeto único, por cuantía superior, que por lo mismo debió ser materia de licitación o concurso (...) Pero ¿cuándo se trata de un mismo objeto? La ley no lo dice, pero un objeto es el mismo cuando es naturalmente uno. Dicho, en otros términos, se fracciona un contrato cuando se quebranta y se divide la unidad natural de su objeto”⁵

Fraccionar la unidad natural de un objeto contractual con el propósito de evadir una cuantía superior que implicaría un proceso de selección diferente, tiene como consecuencia la nulidad absoluta del contrato en los términos de los

⁴ Previstas en el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007.

⁵ .CONSEJO DE ESTADO, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 3 de octubre de 2000, expedientes AC-10529 y AC-10968 con ponencia de Darío Quiñónez Pinilla.

artículos 44 y 45 de la Ley 80 de 1993, aplicable en lo correspondiente a este tipo de contrato⁶.

Ahora bien, a la luz de la jurisprudencia solo habrá fraccionamiento del contrato cuando concurren los siguientes elementos: "i) que exista una separación artificial de un mismo objeto contractual y ii) que dicha separación tenga como objetivo evitar procedimientos de convocatoria pública y de selección objetiva"⁷. De manera que estos elementos deberán ser constatados por la autoridad judicial competente para declarar una eventual nulidad absoluta del contrato.

Así entonces, ha sido reiterada la posición del Consejo de Estado en el sentido de sostener que si bien es cierto la figura del fraccionamiento de los contratos no aparece prohibida expresamente en la Ley 80 de 1993, su aplicación se deriva de las pautas, reglas y principios establecidos por dicha Ley⁸.

A su vez, la doctrina señala que "El fraccionamiento, hoy en día, se prueba a partir de la existencia de varios contratos estatales debidamente perfeccionados que tengan como objeto las mismas prestaciones, pese a que en algunos de ellos se puedan advertir pequeñas diferencias o variaciones que consistan en adiciones o disminuciones de las actividades que lo componen[...], sin embargo, es de creer que es imperioso que esos contratos, por lo menos en su proceso de formación, suscripción y duración tengan un grado inescindible de cercanía temporal"⁹.

Finalmente, teniendo en cuenta que no existe en el ordenamiento penal un tipo autónomo denominado "delito de fraccionamiento", resulta necesario precisar que la relevancia penal del fraccionamiento contractual ha sido construida por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia a partir de su impacto en el cumplimiento de los deberes que rigen la contratación estatal. En efecto, en la sentencia del 2 de diciembre de 2008–rad. 29285– la Corte sostuvo que el fraccionamiento se presenta cuando la administración, de manera artificiosa y deliberada, deshace la unidad natural del objeto contractual con el

⁶ Ibidem

⁷ Consejo de Estado. Sentencia del 10 de febrero de 2022. MP: César Palomino Cortés.

⁸ ibidem

⁹ Rodríguez Tamayo, Mauricio Fernando. Los contratos estatales, 3 edición, Bogotá, Tirant lo Blanch, 2022. Pág. 370.

propósito de eludir el procedimiento de selección que legalmente correspondía, acudiendo a trámites menos exigentes, lo cual compromete de forma directa los principios de transparencia, selección objetiva e igualdad.

De igual manera, en la sentencia del 28 de noviembre de 2007, –rad. 26857–, el alto tribunal advirtió que dicha práctica puede constituir una modalidad de celebración indebida de contratos, particularmente cuando la división del objeto responde a un ánimo de favorecimiento de determinados contratistas o a la intención de soslayar las normas que gobiernan la contratación estatal, y no a razones objetivas de interés público. En estas condiciones, la Corte ha señalado que la configuración del fraccionamiento exige verificar, entre otros aspectos, la existencia de una unidad de objeto y la ausencia de justificaciones técnicas, jurídicas o económicas legítimas que expliquen la celebración de múltiples contratos.

En consecuencia, el fraccionamiento contractual no constituye un delito con *nomen iuris* propio, pero, según la jurisprudencia penal, puede integrar un tipo penal específico, en especial el de contrato sin cumplimiento de requisitos legales previsto en el artículo 410 del Código Penal, cuya estructura corresponde a la de un tipo penal en blanco, que debe ser integrada con el régimen jurídico de contratación aplicable en cada caso. Así, la relevancia penal del fraccionamiento no deriva de la mera división del objeto contractual, sino de su utilización dolosa como mecanismo para eludir requisitos legales esenciales y procedimientos de selección exigidos por el ordenamiento jurídico.

iii) Las entidades de régimen especial son aquellas que, por expresa disposición legal y debido a su naturaleza o situación de competencia, tienen condiciones diferenciales respecto a la normativa aplicable en materia de contratación pública. Esto quiere decir que, no están sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –en adelante EGCAP– y, por ende, sus procedimientos contractuales se rigen por una normativa propia para su desarrollo, esto es, el derecho privado. Esta particularidad está establecida en las 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. Esto, con el fin de que se puedan identificar las reglas que aplican en la contratación.

Pese a que las entidades de régimen especial están habilitadas para aplicar normas diferentes a las establecidas en el EGCAP, cumplen una finalidad pública y utilizan recursos públicos para lograrlo. Por ello, no son ajenas a los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, contenidos en los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente, entre otras reglas dispuestas en la normativa de contratación estatal, que son transversales a todas las entidades, sin importar su régimen contractual. Al respecto, el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 preceptúa lo siguiente:

“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”.

Lo anterior es reafirmado por el Consejo de Estado, que destaca las reglas que sigue 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 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 público¹⁰.

Una de las Entidades Estatales con régimen especial son las Empresas Sociales del Estado – ESE, objeto de su consulta, entendidas como Entidades Públicas que, conforme al artículo 194 de la Ley 100 de 1993, constituyen una categoría especial, descentralizada por servicios, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa¹¹. A través de ellas la Nación o las entidades territoriales prestan el servicio de salud de manera directa, es decir, las Empresas Sociales del Estado son, esencialmente, los hospitales públicos. El Consejo de Estado, en relación con la naturaleza jurídica de estas entidades, precisó:

“[...] Se tiene que las empresas sociales del Estado, es decir, los hospitales públicos a que se refiere la ley 100 de 1993, son entidades descentralizadas por servicios, de naturaleza jurídica especial, es decir, son entidades estatales que pertenecen a la estructura de la rama ejecutiva del poder público, porque así lo disponen los arts. 38 y 68 de la ley 489 de 1998 [...]”¹².

De la cita precedente se puede concluir entonces que, las Empresas Sociales del Estado son una categoría especial de Entidades Públicas que hacen parte de la estructura de la Rama Ejecutiva del poder público. En este mismo sentido, el artículo 38 de la Ley 489 de 1998, en el que se consagran los

¹⁰ Consejo de Estado. Sección Tercera. Radicado No. 45.607 del 24 de octubre de 2016. Consejera Ponente: María Nubia Velásquez Rico.

¹¹ “Artículo 194. Naturaleza. La prestación de servicios de salud en forma directa por la Nación o por las entidades territoriales, se hará a través de las Empresas Sociales del Estado, que constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas por la Ley o por las asambleas o concejos, según el caso, sometidas al régimen jurídico previsto en este capítulo”.

¹² Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia 18 de febrero de 2010. Rad: 11001-03-26-000-2009-00058-00(37004). CP: Enrique Gil Botero.

organismos y entidades que integran la Rama Ejecutiva del poder público, dispuso en el literal d) del numeral 2 que las Empresas Sociales del Estado hacen parte del sector descentralizado por servicios de esta rama del poder público.

Por su parte, de conformidad con el numeral 6 del artículo 195 de la Ley 100 de 1993, el régimen de contratación de las Empresas Sociales del Estado es el de derecho privado, es decir, se rige por las disposiciones contenidas en el Código de Comercio y en el Código Civil, aplicables en lo que resulten pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas por el derecho público. La norma referida prescribe que: “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”.

Ahora bien, las entidades de régimen especial, aunque no se rigen por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y aplican reglas de derecho privado conforme a su norma de creación y a sus manuales de contratación, no se encuentran exentas del cumplimiento de los principios constitucionales de la función administrativa y de la gestión fiscal, ni del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, según lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 y la reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado.

En este contexto, las Empresas Sociales del Estado (ESE), pese a contar con un régimen contractual exceptuado y regirse predominantemente por el derecho privado, son entidades estatales, integran la Rama Ejecutiva del poder público y administran recursos públicos. Por ello, su actividad contractual continúa sometida a límites, principios y controles de derecho público, los cuales informan e integran su régimen especial y condicionan la validez de los contratos que celebren.

En consecuencia, el hecho de que las ESE no apliquen de manera directa la Ley 80 de 1993 no impide la eventual configuración del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, ni excluye la relevancia penal de prácticas como el fraccionamiento contractual, cuando estas se utilicen de forma artificiosa para eludir los procedimientos de selección o los requisitos legales esenciales aplicables conforme a su régimen especial. Tal como lo ha precisado la Corte Suprema de Justicia, el fraccionamiento no constituye un delito autónomo, pero puede integrar el tipo penal del artículo 410 del Código Penal,

en cuanto supone la omisión dolosa de presupuestos jurídicos indispensables para la válida celebración del contrato. Así, la tipicidad penal no depende del régimen contractual —general o exceptuado—, sino de la utilización indebida de dicho régimen para soslayar normas, principios y requisitos esenciales que garantizan la transparencia, la selección objetiva y la legalidad de la contratación estatal, aun cuando esta se rija por normas de derecho privado.

Con todo, a diferencia de lo que sucede con las Entidades Estatales sometidas al EGCAP, respecto de las cuales el parámetro para determinar la licitud de la conducta está dado por las disposiciones legales y reglamentarias que integran dicho régimen, en tratándose de entidades exceptuadas de dicho régimen, como es el caso de las ESE, la configuración del delito tendrá que determinarse a partir de los requisitos que, conforme al derecho privado que les aplica a estos entes, se haya determinado en sus respectivos manuales internos de contratación. Lo anterior sin perjuicio del cumplimiento de los deberes que les asisten a estas entidades en virtud de los principios de la función administrativa y la gestión fiscal.

Finalmente, debe precisarse que, sin perjuicio de las anteriores consideraciones, realizadas en el ejercicio de la función consultiva atribuida por el Decreto ley 4170 de 2011 a la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente–, la competencia para la investigación y juzgamiento de conductas criminales le corresponde a la Rama Judicial. Los jueces y fiscales son independientes y autónomos para tipificar la conducta prevista en el artículo 410 del Código Penal, en función de las circunstancias fácticas y jurídicas de cada caso concreto, sin que la Agencia tenga atribuciones para intervenir en dicha valoración.

4. Referencias normativas:

- Constitución Política de Colombia, artículo 209 y 267.
- Ley 80 de 1993, artículos 2, 44 y 45.
- Ley 1150 de 2007, artículos 5 y 13.
- Ley 1474 de 2011.
- Resolución No. 5185 de 2013, modificada por la Resolución 1440 de 2024, artículo 10.

- Resolución 485 del 27 de marzo de 2025 “*Por la cual se establecen los requisitos para la expedición de los conceptos técnicos de viabilidad de los proyectos de inversión cuya fuente de financiación o cofinanciación sea el Presupuesto General de la Nación - Ministerio de Salud y Protección Social y/o recursos de las entidades territoriales, y los proyectos de infraestructura física, equipamiento fijo y dotación biomédica, considerados de control especial de oferta para la prestación de servicios de salud, cuyo fin último es el fortalecimiento de la capacidad instalada para la prestación del servicio de salud, y se dictan otras disposiciones*”, artículo 3
- Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente. Guía para las Entidades Estatales con Régimen Especial de Contratación. <https://www.colombiacompra.gov.co/archivos/manual/guia-para-entidades-estatales-con-regimen-especial-de-contratacion>
- Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente. Lineamientos Generales para la Expedición de Manuales de Contratación. Lineamientos generales para la expedición de manuales de contratación | Colombia Compra Eficiente | Agencia Nacional de Contratación Pública

5. Doctrina de la Agencia Nacional de Contratación Pública:

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se pronunció en relación con la noción de fraccionamiento en contratos estatales en los conceptos C-455 del 27 de noviembre de 2023, C-030 del 23 de marzo de 2023, C-971 del 28 de febrero de 2023, C-588 del 22 de septiembre de 2022 y C-086 de 17 de febrero de 2025, entre otros. Sobre las Empresas Sociales del Estado esta Agencia se pronunció en los conceptos con radicado 2201913000007228 de 30 de septiembre de 2019, 2201913000007955 24 de octubre de 2019, 2201913000009314 17 de diciembre de 2020, 2201913000009591 24 de diciembre de 2019, 2201913000009469 20 de diciembre de 2019, CU-003 del 15 de enero de 2020, C-079 de 5 de febrero de 2020, C-168 de 31 de marzo de 2020, C-658 de 2020, C-038 del 23 de abril de 2024, C-673 del 8 de julio de 2025 y C-912 de 2025, entre otros. Estos y otros conceptos se encuentran disponibles para consulta en el Sistema de Relatoría de la Agencia, en el cual también podrás encontrar jurisprudencia del Consejo de Estado, laudos arbitrales y la normativa de la contratación concordada con la doctrina de la Subdirección de Gestión Contractual. Accede a través del siguiente enlace: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/>

Aprovechamos la oportunidad para manifestar la entera disposición de la Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente– para atender las peticiones o solicitudes, así como para brindar el apoyo que se requiera en el marco de nuestras funciones a través de nuestros diferentes canales de atención:

- + Línea nacional gratuita o servicio a la ciudadanía: 01800 0520808
- + Línea en Bogotá (Mesa de servicio): +57 601 7456788
- + Línea de servicio y atención al ciudadano: +57 601 7956600
- + Página web: www.colombiacompra.gov.co

Por último, lo invitamos a seguirnos en las redes sociales en las cuales se difunde información institucional:

Twitter: [@colombiacompra](https://twitter.com/colombiacompra)

Facebook: [ColombiaCompraEficiente](https://www.facebook.com/ColombiaCompraEficiente)

LinkedIn: [Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente](https://www.linkedin.com/company/agencia-nacional-de-contratacion-publica-colombia-compra-eficiente)

Instagram: [@colombiacompraeficiente_cce](https://www.instagram.com/colombiacompraeficiente_cce)

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y las expresiones 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: Andreina Cerpa Muñoz
Analista T2-02 de la Subdirección de Gestión Contractual



**Agencia Nacional
de Contratación Pública
Colombia Compra Eficiente**

Revisó:	Alejandro Sarmiento Cantillo Gestor T1 grado15 de la Subdirección de Gestión Contractual
Aprobó:	Carolina Quintero Gacharná Subdirectora de Gestión Contractual ANCP – CCE