**CCE-DES-FM-17**

**ENTIDADES CON RÉGIMEN ESPECIAL – Definición**

El ordenamiento jurídico colombiano contempla como categoría única la noción de «contratos estatales», pero acepta la posibilidad de que dichos contratos tengan regímenes jurídicos diferenciados. En virtud de ello se afirma que hay contratos estatales sometidos al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y disposiciones complementarias) y contratos estatales sometidos a reglas especiales, usualmente al derecho privado.

**ENTIDADES CON RÉGIMEN ESPECIAL – Reglas aplicables**

El régimen de derecho privado que, por regla general, caracteriza a los regímenes especiales no significa que no existan «dosis» de derecho público administrativo que tienen como fin último garantizar que los regímenes especiales de contratación también se ordenen hacia la consecución de los fines del Estado.

Estas «dosis» de derecho administrativo encuentran su manifestación tanto en forma de reglas como de principios. En relación con este segundo tipo, esto es, principios de derecho público aplicables a regímenes especiales de contratación, la norma por antonomasia es el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007.

**EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS – Régimen jurídico – Reglas aplicables**

[…] el régimen contractual de las ESP, que son entidades estatales, es un régimen en principio de derecho privado, pero matizado por estos principios de origen constitucional. Además, con el fin de proteger en la práctica estos principios, y por expresa disposición de la misma norma, el régimen contractual de derecho privado está matizado por las reglas previstas expresamente por el legislador, tal es el caso de las normas sobre inhabilidades e incompatibilidades, cuyo régimen se extiende a las entidades con régimen especial.

**ENTIDADES CON RÉGIMEN ESPECIAL – Manual de Contratación – Contenido**

La elaboración de esos manuales debe contemplar procedimientos de selección públicos, en los cuales se garantice la imparcialidad de la entidad contratante, la igualdad entre los oferentes, y en los cuales se respeten los principios constitucionales relevantes, como la eficacia, economía, celeridad, moralidad, entre otros, es decir los principios de la función administrativa y, también, los de la gestión fiscal. La forma precisa en que se concretan estos principios, así como la manera como se armonizan con su régimen de derecho privado, es un asunto que debe decidir la entidad en el ejercicio de la discrecionalidad concedida por el ordenamiento jurídico. No obstante, se considera que, como mínimo, en las reglas diseñadas por la entidad se deben indicar cuáles son sus procedimientos de selección y una descripción de cada uno de ellos, al igual que las etapas que los componen, los cuales deben estar alineados con la garantía de los principios de la función administrativa.

Bogotá D.C., **03/07/2020 Hora: 13:21:19 s**

**N° Radicado: 2202013000005740**

Señora

**DIANA CAROLINA TORRES TORRES**

Ciudad

**Concepto C – 362 de 2020**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**   | ENTIDADES CON RÉGIMEN ESPECIAL – Definición / ENTIDADES CON RÉGIMEN ESPECIAL – Reglas aplicables / EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS – Régimen jurídico – Reglas aplicables / ENTIDADES CON RÉGIMEN ESPECIAL – Manual de Contratación – Contenido |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta # 4202013000003994 |

Estimada señora Torres,

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 20 de mayo de 2020, en ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011.

**1. Problemas planteados**

Usted realiza las siguientes preguntas: ¿Es deber de una Empresa de Servicios Públicos Oficial proferir un acto jurídico mediante el cual establezca los topes para efectos de contratación de mínima y menor cuantía?

**2. Consideraciones**

Antes de desarrollar las ideas principales, con base en las cuales se responderá su pregunta, se considera relevante poner en su conocimiento que la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se ha referido a los regímenes jurídicos especiales de contratación en los conceptos C-032 de 2020, C-147 de 2020, C-157 de 2020, C-168 de 2020, C-191 de 2020 y C-232 de 2020.

**2.1. Consideraciones generales sobre los regímenes especiales en materia de contratación estatal**

El ordenamiento jurídico colombiano contempla como categoría única la noción de «contratos estatales», pero acepta la posibilidad de que dichos contratos tengan regímenes jurídicos diferenciados. En virtud de ello se afirma que hay contratos estatales sometidos al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y disposiciones complementarias) y contratos estatales sometidos a reglas especiales, usualmente al derecho privado.

 La decisión hito-fundadora[[1]](#footnote-1) en este sentido, de acuerdo con lo señalado por la doctrina[[2]](#footnote-2), es un auto del 20 de agosto de 1998 del Consejo de Estado, sonde se señaló[[3]](#footnote-3):

A juicio de la Sala es preciso reconocer que en las diversas regulaciones normativas sobre contratación de la administración pública, es posible identificar dos grandes categorías de actos contractuales:

1ª Contratos estatales, propiamente dichos, que son aquellos que celebran las entidades públicas a que se refiere la ley 80 de 1993, y que por ende se regulan íntegramente por el régimen establecido en esta ley. Por regla general, adquieren este carácter en razón del ente público contratante, es decir, se definen desde el punto de vista orgánico. Las controversias que se deriven de este tipo de contratos y de los procesos de ejecución o cumplimiento serán de conocimiento de la jurisdicción contenciosa administrativa.

2ª Contratos especiales sujetos a un régimen legal propio. Por regla general, el juez a quien compete conocer de sus controversias es el juez administrativo, en razón de que su celebración y ejecución constituye una actividad reglada, es decir, es el ejercicio pleno de una función administrativa, de conformidad con el art. 82 del C.C.A. antes referido.

El Consejo de Estado identificó la existencia de un único tipo de contrato: el contrato estatal; pero dos grandes categorías que responden a su régimen jurídico: contrato estatal con un régimen jurídico de derecho público-administrativo y contrato estatal con un régimen jurídico especial, por regla general de derecho privado.

En este punto vale la pena resaltar que en el ordenamiento jurídico colombiano cuando se piensa en los regímenes especiales de contratación, se suele hacer referencia al régimen de determinadas entidades estatales. Tal sería el caso de las empresas de servicios públicos domiciliarios, de conformidad con el artículo 31 de la Ley 142 de 1994, de las entidades indicadas en el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007, de las universidades estatales u oficiales, según el artículo 93 de la Ley 30 de 1993, etc. Esta afirmación, sin embargo, no pretende desconocer que dicho régimen especial se otorga justamente en consideración al especial tipo de actividades desplegadas por estas entidades.

Ahora bien, los regímenes especiales de contratación en el ordenamiento colombiano no se dan exclusivamente en atención a cierto tipo de sujetos (empresas industriales y comerciales del Estado –EICE–, sociedades de economía mixta –SEM–, empresas de servicios públicos domiciliarios –ESP–, empresas sociales del estado –ESE–, etc.), sino también para cierto tipo de objetos contractuales. Este es el caso del régimen jurídico establecido en el artículo 66 de la Ley 1523 de 2012[[4]](#footnote-4), que establece un régimen especial de derecho privado en razón de la especial consideración que merece el objeto a contratar. Otro ejemplo se encuentra en el Decreto 544 de 2020, que establece el régimen de contratación del derecho privado, para los contratos que «tengan por objeto la adquisición en el mercado internacional de los elementos que a continuación se indican […]».

Con base en lo indicado, se podría hacer una clasificación general entre regímenes especiales que atienden principalmente al sujeto, y regímenes especiales que atienden principalmente al objeto. Esta clasificación conceptual tiene como efecto práctico resaltar que unos y otros son regímenes especiales. Así, por ejemplo, tanto el régimen jurídico de las empresas industriales y comerciales del Estado en competencia o mercados regulados, como el régimen del artículo 66 de la Ley 1562 de 2012, son regímenes especiales a la luz del derecho de la contratación estatal. Por lo mismo, tanto uno como otro régimen están sometidos, en principio, al derecho privado, pero con algunas particularidades propias del derecho público.

El régimen de derecho privado que, por regla general, caracteriza a los regímenes especiales no significa que no existan «dosis» de derecho público administrativo que tienen como fin último garantizar que los regímenes especiales de contratación también se ordenen hacia la consecución de los fines del Estado.

Estas «dosis» de derecho administrativo encuentran su manifestación tanto en forma de reglas como de principios. En relación con este segundo tipo, esto es, principios de derecho público aplicables a regímenes especiales de contratación, la norma por antonomasia es el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, que 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](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991_pr006.html#209) y [267](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991_pr009.html#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.

 De conformidad con lo establecido en este artículo, las entidades estatales que cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, esto es, regímenes especiales, «aplicarán en desarrollo de su actividad contractual […] los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal […] y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal». La interpretación más adecuada de esta disposición implica admitir que su ámbito de aplicación ampara los supuestos de las entidades que tienen, como regla general, un régimen especial de contratación –como es el caso de las ESP o las ESE–, como cuando la entidad tenga un régimen especial solamente para cierto tipo de contratos, como es el supuesto del artículo 66 de la Ley 1523 de 2012.

**2.2. Régimen contractual aplicable a las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios: el derecho privado con matizaciones derivadas de principios y reglas del derecho administrativo**

Como se señaló, pese a la caracterización de algunas Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios –ESP– como entidades estatales, estas, salvo algunos aspectos puntales, no aplican el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –en adelante también EGCAP–. En efecto, las disposiciones que regulan este tipo de entidades le otorgaron un régimen jurídico contractual eminentemente privado.

El artículo 2 de la Ley 80 de 1993 no sometió a las ESP al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, como tampoco lo hizo el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007. En el mismo sentido se encuentra el artículo 31 de la Ley 142 de 1994 que expresamente estableció que los contratos de «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 […]». Como consecuencia, las ESP por disposición legal expresa no se encuentran sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Ello es así, claro está, salvo disposición en contrario.

 En la misma línea se encuentra el artículo 32 de la Ley 142 de 1994, según el cual «los actos de todas las empresas de servicios públicos […] se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado», lo anterior también con la claridad de que ese régimen de Derecho Privado será aplicable «[s]alvo en cuanto la Constitución Política o esta Ley dispongan expresamente lo contrario […]».

 Este mandato legal, de un lado, estableció para las ESP un régimen «exclusivamente» de derecho privado y, del otro, dispuso que ello sería así salvo que se dispusiera expresamente lo contrario. Se hace especial énfasis en que las obligaciones propias del derecho administrativo para resultar aplicables a las ESP tienen que estar dispuestas en la ley o en la Constitución. Tal fue la interpretación del máximo órgano de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, quien al respecto señaló:

En este orden de ideas, el régimen jurídico aplicable a las empresas de servicios públicos domiciliarios en materia contractual es el propio del derecho común y sólo excepcionalmente se aplican las reglas del derecho público, es decir, las reglas de la Ley 80 de 1993.

Dicho de otro modo, la regla general de aplicación del derecho común significa, que para la selección del contratista no se requiere aplicar los procedimientos a los que se refiere la Ley 80 de 1993; que las reglas de existencia del contrato no son las previstas en el artículo 41 del Estatuto General de Contratación Pública; que los requisitos de validez del contrato son los previstos en la legislación civil y comercial; que las cláusulas contractuales son las propias de los contratos entre particulares; que la ejecución del contrato debe realizarse conforme a las reglas ordinarias y no a las administrativas; y que en lo relacionado con la terminación, ampliación y liquidación de los contratos, deben aplicarse las reglas del derecho común[[5]](#footnote-5).

 Esta también ha sido la interpretación de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, quien en Concepto No. 715 de 2014, en reiteración de lo expuesto en el Concepto Unificado SSPD-OAJ-020-2010, expresó que el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, es decir, las leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, solo se aplican a los contratos celebrados por las empresas de servicios públicos domiciliarios, cuando así lo ordene expresamente la ley[[6]](#footnote-6).

No puede quedar ninguna duda de que el régimen contractual de las ESP no es el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública sino, de conformidad con el artículo 32 de la Ley 142 de 1994[[7]](#footnote-7), el derecho privado. Igualmente, cualquier requisito proveniente del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública o del sistema de compras públicas para ser aplicable a las ESP debe estar explícitamente establecido en la legislación.

 Este es el caso, por ejemplo, del artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, que establece que los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal aplicarán a todas las entidades estatales no sometidas al Estatuto General del la Administración Pública, como las ESP. Este precepto permite afirmar que el régimen contractual de las ESP, que son entidades estatales, es un régimen en principio de derecho privado, pero matizado por estos principios de origen constitucional. Además, con el fin de proteger en la práctica estos principios, y por expresa disposición de la misma norma, el régimen contractual de derecho privado está matizado por las reglas previstas expresamente por el legislador, tal es el caso de las normas sobre inhabilidades e incompatibilidades, cuyo régimen se extiende a las entidades con régimen especial.

**2.3. Manual de contratación de las entidades con regímenes especiales**

Como se señaló, las entidades con régimen especial están facultadas legalmente para desarrollar su actividad contractual con base en normas diferentes al EGCAP. Las normas precisas en materia contractual que deben aplicar estas entidades están determinadas por el instrumento normativo que crea el régimen especial, pero por regla general se trata del derecho privado, con los matices provenientes del derecho público mencionadas en los numerales precedentes de este concepto.

Lo anterior es reafirmado por el Consejo de Estado en el caso particular de los manuales de contratación, que contiene algunas reglas que deben seguir las entidades con régimen especial en su actividad contractual:

[...] 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 trasparencia y en general los demás valores propios de la gestión de lo público[[8]](#footnote-8).

Si se combina lo reseñado en este concepto, puede decirse que una de las reglas para las entidades estatales de régimen especial, incluidas las ESP, que se deriva de las normas de derecho público estudiadas, consiste en el deber de expedir un manual de contratación en el cual se concreten los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, y se determine la manera concreta como dichos principios moldearán 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.

Sobre este punto particular es preciso destacar que las entidades estatales sometidas a regímenes especiales de derecho privado tienen una amplia libertad de configuración del contenido del manual de contratación. Esta libertad se deriva del principio de autonomía de la voluntad reconocida a estas entidades, que les permite establecer la manera en que adelantarán sus procesos de contratación[[9]](#footnote-9). Ahora bien, dicha libertad es similar a la reconocida a los particulares por el derecho privado, pero no es idéntica a aquella, en la medida en que encuentra importantes limitantes, algunos de los cuales fueron previamente expuestos.

La elaboración de esos manuales debe contemplar procedimientos de selección públicos, en los cuales se garantice la imparcialidad de la entidad contratante, la igualdad entre los oferentes, y en los cuales se respeten los principios constitucionales relevantes, como la eficacia, economía, celeridad, moralidad, entre otros, es decir los principios de la función administrativa y, también, los de la gestión fiscal. La forma precisa en que se concretan estos principios, así como la manera como se armonizan con su régimen de derecho privado, es un asunto que debe decidir la entidad en el ejercicio de la discrecionalidad concedida por el ordenamiento jurídico. No obstante, se considera que, como mínimo, en las reglas diseñadas por la entidad se deben indicar cuáles son sus procedimientos de selección y una descripción de cada uno de ellos, al igual que las etapas que los componen, los cuales deben estar alineados con la garantía de los principios de la función administrativa.

Además, los procedimientos de selección que creen las entidades de régimen especial en sus manuales de contratación deben estar acordes, en cuanto a sus etapas, publicidad, duración, requisitos y demás aspectos con los acuerdos comerciales suscritos por Colombia, en caso de que la entidad se encuentre dentro del ámbito de cobertura de algún acuerdo comercial.

De otro lado, existen ciertos contenidos determinados por el ordenamiento que no pueden ser modificados por los manuales internos, por tratarse de asuntos con reserva de ley. En este sentido, estos reglamentos internos de las entidades con régimen especial no pueden crear causales de inhabilidad o incompatibilidad, crear nuevos supuestos de conflictos de interés, prescribir requisitos de perfeccionamiento, tipologías contractuales, limitar la capacidad contractual establecida en la ley. En efecto, estos contenidos no pueden ser regulados o modificados por los manuales de contratación, ya que se trata de aspectos con reserva de ley o con congelación en el rango de nivel legal, por lo que un acto administrativo no podría alterarlos.

Sin perjuicio de lo anterior, existen múltiples contenidos que pueden ser objeto de regulación en el manual de contratación, por hacer parte del ámbito de configuración en desarrollo de su autonomía contractual que no riñe con la ley, como sería la definición de requisitos de ejecución del contrato, la definición de si cierta actuación de la actividad contractual la debe realizar cierta dependencia de la entidad, establecer límites en cuanto a posibilidad de realizar adiciones, detallar los trámites internos que se surten al interior de la entidad y demás aspectos que hagan parte de su ámbito de configuración, por ser desarrollo de su autonomía en la configuración de su actividad contractual, que no desconocen los requisitos o parámetros establecidos en la Constitución o la ley.

Las reglas establecidas en los manuales o reglamentos internos de contratación son muy importantes, toda vez que las entidades se obligan a cumplir su contenido. Además, tratándose de un acto administrativo, concretamente de un reglamento, le aplican los atributos propios de estos tipos de actos, entre otras cosas, la presunción de legalidad y la regla de *inderogabilidad singular del reglamento[[10]](#footnote-10)*. En tal sentido, su contenido vincula a la propia entidad que lo expidió y no puede desconocerlo a su capricho en casos específicos; sin perjuicio de la posibilidad de expedir un nuevo manual o de modificar el existente.

Sin perjuicio de las precisiones anteriores, respecto al contenido de los manuales de contratación, en términos generales, no existen lineamientos precisos en el ordenamiento, tales como la obligación de prever procedimientos de menor y mínima cuantía. Este es un aspecto que debe evaluar la entidad en el momento de diseñar su respectivo reglamento o manual interno de contratación, de cara a los principios de eficiencia, eficacia, publicidad, transparencia, entre otros.

De otra parte, es preciso advertir, adicionalmente, que si el reglamento interno de contratación contempla procedimientos de menor y mínima cuantía, no existen parámetros legales para determinar el monto de estas cuantías y, por lo tanto, la entidad tiene discrecionalidad para determinarlas, siempre con el debido respeto de los principios constitucionales. Lo anterior es así, pues las entidades de régimen especial no están sometidas a las cuantías señaladas para algunos efectos en la Ley 1150 de 2007.

Pese a lo dicho, se considera de relevancia llamar la atención sobre un último aspecto. Si la entidad en su manual de contratación ha contemplado procedimientos diferentes para contratos de menor y mínima cuantía, en el entender de esta Subdirección, existe un deber para la entidad de determinarlas pues, por decirlo de alguna manera, se ha autoimpuesto esta obligación.

El argumento que sustenta la anterior afirmación deriva de los principios de transparencia, publicidad y de selección objetiva. Estos principios demandan de las entidades que provean reglas claras y objetivas para seleccionar sus contratistas, luego, si la entidad opta por utilizar procedimientos de selección diversos para contratos denominados de menor y mínima cuantía, resulta necesario que aclare a los potenciales oferentes el monto de estas cuantías para que ellos conozcan de antemano el procedimiento que, de conformidad con el manual de contratación, se aplicará en el caso concreto.

**3. Respuestas**

¿Es deber de una Empresa de Servicios Públicos Oficial proferir un acto jurídico mediante el cual establezca los topes para efectos de contratación de mínima y menor cuantía?

Las entidades estatales sometidas a regímenes especiales de derecho privado tienen una amplia libertad de configuración del contenido del manual de contratación. Esta libertad se deriva del principio de autonomía de la voluntad reconocida a estas entidades, que les permite establecer la manera en la que adelantarán sus procesos de contratación. Ahora bien, dicha libertad es similar a la reconocida a los particulares por el derecho privado, pero no es idéntica a aquella en la medida en que encuentra importantes limitantes.

La elaboración de esos manuales debe contemplar procedimientos de selección públicos, en los cuales se garantice la imparcialidad de la entidad contratante, la igualdad entre los oferentes, y en los cuales se respeten los principios constitucionales relevantes, como la eficacia, economía, celeridad, moralidad, entre otros, es decir los principios de la función administrativa y, también, los de la gestión fiscal. La forma precisa en que se concretan estos principios, así como la manera como se armonizan con su régimen de derecho privado, es un asunto que debe decidir la entidad en el ejercicio de la discrecionalidad concedida por el ordenamiento jurídico. No obstante, se considera que, como mínimo, en las reglas diseñadas por la entidad se deben indicar cuáles son sus procedimientos de selección y una descripción de cada uno de ellos, las etapas que los componen, los cuales deben estar alineados con la garantía de los principios de la función administrativa.

Sin perjuicio de lo anterior, respecto al contenido de los manuales de contratación no existen lineamientos precisos en el ordenamiento, tales como la obligación de prever procedimientos de menor y mínima cuantía. Este es un aspecto que debe evaluar la entidad en el momento de diseñar su respectivo reglamento o manual interno de contratación, de cara a los principios de eficiencia, eficacia, publicidad, transparencia, entre otros.

De otra parte, es preciso advertir, adicionalmente, que si el reglamento interno de contratación contempla procedimientos de menor y mínima cuantía, no existen parámetros legales para determinar el monto de estas cuantías y, por lo tanto, la entidad tiene discrecionalidad para determinarlas, siempre con el debido respeto de los principios constitucionales. Lo anterior es así, pues las entidades de régimen especial no están sometidas a las cuantías señaladas para algunos efectos en la Ley 1150 de 2007.

Pese a lo dicho, se considera de relevancia llamar la atención sobre un último aspecto. Si la entidad en su manual de contratación ha contemplado procedimientos diferentes para contratos de menor y mínima cuantía, en el entender de esta Subdirección, existe un deber para la entidad de determinarlas pues, por decirlo de alguna manera, se ha autoimpuesto esta obligación.

El argumento que sustenta la anterior afirmación deriva de los principios de transparencia, publicidad y de selección objetiva. Estos principios demandan de las entidades que provean reglas claras y objetivas para seleccionar sus contratistas, luego, si la entidad opta por utilizar procedimientos de selección diversos para contratos denominados de menor y mínima cuantía, resulta necesario que aclare a los potenciales oferentes el monto de estas cuantías para que ellos conozcan de antemano el procedimiento que, de conformidad con el manual de contratación, se aplicará en el caso concreto.

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Sebastián Barreto CifuentesContratista Dirección y Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Sebastián Ramírez GrisalesContratista – Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Fabián Gonzalo Marín CortésSubdirector de Gestión Contractual |

1. MEDINA LÓPEZ, Diego Eduardo. El derecho de los jueces: obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial. Bogotá: Legis, 2006. [↑](#footnote-ref-1)
2. EXPÓSITO VÉLEZ, Juan Carlos. Definición de los «Contratos Estatales». Contratos Estatales propiamente dichos y Contratos Estatales Especiales. Regulación del Contrato suscrito con entidades estatales. Jurisidcción Competente. En: Andrés Fernando Ospina Garzón. Los Grandes Fallos de la Jurisprudencia Administrativa Colombiana. Universidad Externado de Colombia, 2013. [↑](#footnote-ref-2)
3. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Auto del 20 de agosto de 1998. Exp. 14.202. C.P. Juan de Dios Montes Bermúdez. [↑](#footnote-ref-3)
4. «Artículo 66. Medidas especiales de contratación. Salvo lo dispuesto para los contratos de empréstito interno y externo, los contratos que celebre la sociedad fiduciaria para la ejecución de los bienes, derechos e intereses del Fondo Nacional de Gestión del Riesgo o los celebrados por las entidades ejecutoras que reciban recursos provenientes de este fondo o los celebrados por las entidades territoriales y sus fondos de gestión del riesgo, relacionados directamente con las actividades de respuesta, de rehabilitación y reconstrucción de las zonas declaradas en situación de desastre o calamidad pública, se someterán a los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre particulares, con sujeción al régimen especial dispuesto en el artículo [13](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1150_2007.html#13) de la Ley 1150 de 2007, y podrán contemplar cláusulas excepcionales de conformidad con lo dispuesto en los artículos [14](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0080_1993.html#14) a [18](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0080_1993.html#18) de la Ley 80 de 1993.

»PARÁGRAFO. Los contratos celebrados por las entidades territoriales en virtud del artículo anterior se someterán al control fiscal dispuesto para los celebrados en el marco de la declaratoria de urgencia manifiesta contemplada en los artículos [42](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0080_1993.html#42) y [43](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0080_1993.html#43) de la Ley 80 de 1993 y demás normas que la modifiquen». [↑](#footnote-ref-4)
5. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 13 de abril de 2011. Exp. 37423. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. En similar sentido, puede verse: CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 15 de noviembre de 2011. Exp. 21178. C.P. Ruth Stella Correa Palacio. [↑](#footnote-ref-5)
6. Así lo indicó la Superintendencia: «Ahora bien, pasando al régimen de los actos y contratos de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, es preciso indicar, que de conformidad con lo señalado en el artículo 32 de la Ley 142 de 1994, la regla general es que dicho régimen es el “derecho privado”, mientras que solamente aplican las disposiciones de “derecho público” cuando así lo señale de manera expresa la misma ley 142 de 1994 o una disposición constitucional. [↑](#footnote-ref-6)
7. El mencionado artículo 32 señala: «Salvo en cuanto la Constitución Política o esta Ley dispongan expresamente lo contrario, la constitución, y los actos de todas las empresas de servicios públicos, así como los requeridos para la administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas que sean socias de ellas, en lo no dispuesto en esta Ley, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado». [↑](#footnote-ref-7)
8. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 24 de octubre de 2016. Exp. 45.607. C.P. Marta Nubia Velásquez Rico. [↑](#footnote-ref-8)
9. HINESTROSA FORERO, Fernando. Tratado de las Obligaciones II. De las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico. Volumen I. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015. p. 116. [↑](#footnote-ref-9)
10. «La fuerza vinculante de los reglamentos –tanto para los administrados como para la propia administración– surge del hecho de ser una norma jurídica, y de compartir la naturaleza del acto administrativo, luego, de allí también se desprende que se presuman legales y sean ejecutorios.

»Por esta misma razón, la doctrina española –con especial fuerza– ha señalado que su observancia no queda al capricho del órgano que la expidió, pues si quisiera él lo puede desconocer. De algún modo, como acontece con todo acto administrativo, el acto cobra vida propia, y autonomía en relación con su propio creador. A este último evento se le denomina la inderogabilidad singular del reglamento, que no es otra cosa que la prohibición de insertarlo en un caso particular.

»Esta tesis –de absoluta razonabilidad–, protege tanto al ciudadano como al ordenamiento jurídico en general, de la arbitrariedad de la administración, pues si se admitiera que pese a estar en vigencia un reglamento la propia administración que lo dictó lo pudiera inaplicar, aduciendo que si ella lo produjo entonces cuenta con la autoridad para desconocerlo, los abusos y la violación a sus propias reglas propiciaría el atropello y la corrupción». (MARÍN CORTÉS, Fabián G. El reglamento como fuente del derecho administrativo. En: Las fuentes del derecho administrativo. Texto inédito. 2010. pp. 200-201). [↑](#footnote-ref-10)