CCE-DES-FM-17

**LIBERTAD DE CONFIGURACIÓN – Legislador – Modalidades de selección – Contratación estatal**

El inciso final del artículo 150 de la Constitución estableció que el Congreso de la República debía «[…] expedir el estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional». Este mandato se cumplió con la promulgación de la Ley 80 de 1993, reformada luego parcialmente por la Ley 1150 de 2007 y por otras disposiciones normativas, contenidas en leyes como la 1474 de 2011, 1882 de 2018, y 2022 de 2020, entre otras.

Sin embargo, como lo precisó esta Subdirección en el concepto C-223 del 29 de abril de 2020, aquello no significa que todas las entidades estatales se encuentren sometidas al ámbito de aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Aun cuando este sea el régimen normativo general para la adquisición de los bienes y servicios por parte de los órganos del Estado, de la Constitución también se deduce la posibilidad de que el Congreso de la República, en ejercicio de su libertad de configuración legislativa, establezca regímenes especiales.

**PROCEDIMIENTOS DE SELECCIÓN – Generales – Especiales**

De la misma manera, el legislador ordinario, o el gobierno nacional –cuando ejerce su potestad normativa a través de la expedición de reglamentos autónomos o *praeter legem*–, podrían establecer que una entidad estatal, en principio sujeta al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, por encontrarse en el listado del artículo 2 de la Ley 80 de 1993, pueda aplicar procedimientos diferentes a los consagrados en dicho Estatuto para celebrar ciertos contratos. Así sucede, a título enunciativo, con los artículos 11 al 17 de la Ley 9 de 1989, que regulan un procedimiento especial para la adquisición de bienes inmuebles por enajenación voluntaria; procedimiento que es distinto al que se prevé en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública para la compra de bienes en otras circunstancias.

Un caso adicional de regulación sui géneris de un procedimiento de selección contractual –y que guarda analogía con aquel por el cual se indaga en la consulta– es el relacionado con la forma de escogencia de las entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad –ESAL–, establecida en el Decreto 092 de 2017. El artículo 4 de este reglamento dispone que, para la celebración de los convenios consagrados en el artículo 355 de la Constitución Política, las entidades estatales deben adelantar un «proceso competitivo». Tal concepto, como resulta evidente, genera la siguiente inquietud: ¿al aludir el Decreto a «proceso competitivo», debe interpretarse que las entidades estatales, para seleccionar a la ESAL, han de realizar previamente una licitación pública u otro de los procedimientos de selección plural previstos en el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007? La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente ha entendido que dicha expresión gramatical se refiere a un proceso de contratación autónomo y, por tanto, distinto de la licitación pública, de la selección abreviada, del concurso de méritos o de la mínima cuantía. Ello, incluso, a pesar de la remisión efectuada en el artículo 8 de dicho Decreto a las normas generales de la contratación pública; lo que demuestra que, sin perjuicio de colmar los vacíos normativos con las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, se debe respetar la regulación especial –por más indeterminada que sea– prevista en el reglamento autónomo.

**CONCURSO PÚBLICO – Ley 1122 de 2007 – Artículo 24**

La Ley 1122 de 2007, «Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones», establece, en el artículo 24, lo siguiente:

A partir de la vigencia de la presente ley todas las entidades públicas del orden nacional, departamental, distrital o municipal podrán contratar directamente con la administradora de riesgos profesionales del Instituto de Seguros Sociales, de no ser así, deberán seleccionar su administradora de riesgos profesionales mediante concurso público, al cual se invitará obligatoriamente por lo menos a una administradora de riesgos profesionales de naturaleza pública. Lo dispuesto en este artículo no será aplicable a los regímenes de excepción previstos en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 [cursivas fuera de texto].

Algunas frases de dicho artículo –concretamente las que indican que se puede contratar directamente «con la administradora de riesgos profesionales del Instituto de Seguros Sociales» y que en el concurso público se debe invitar como mínimo «a una administradora de riesgos profesionales de naturaleza pública»– fueron declaradas exequibles por la Corte Constitucional en la Sentencia C-289 de 2008, al considerar que no menoscaban el derecho a la igualdad, ni constituyen una limitación arbitraria de la libertad económica.

**CONCURSO PÚBLICO – Concepto jurídico indeterminado – Discrecionalidad administrativa**

Con fundamento en las anteriores consideraciones, puede concluirse que, a pesar de que el artículo 24 de la Ley 1122 de 2007 utiliza un concepto jurídico indeterminado, al emplear el término «concurso público», sobre el cual caben varias opciones hermenéuticas, la más razonable es la cuarta interpretación expuesta, es decir, entender que dicho precepto consagra un procedimiento de selección especial –*sui géneris*– , autónomo respecto de los señalados en el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, y que, en tal sentido, confiere discrecionalidad administrativa a las entidades estatales para estructurar dicho concurso, observando los principios de la función administrativa, de la gestión fiscal y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto para la contratación estatal, como lo ordena el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007.

Bogotá D.C., **10/11/2020**

**N° Radicado: 2202013000011150**

Señora

**Paula Andrea Quitian**

Ciudad

**Concepto C ‒ 654 de 2020**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | LIBERTAD DE CONFIGURACIÓN – Legislador – Modalidades de selección – Contratación estatal / PROCEDIMIENTOS DE SELECCIÓN – Generales – Especiales / CONCURSO PÚBLICO – Ley 1122 de 2007 – Artículo 24 / CONCURSO PÚBLICO – Concepto jurídico indeterminado – Discrecionalidad administrativa.  |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta # 4202013000008636  |

Estimada señora Quitian:

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, la Agencia Nacional de Contratación Pública ― Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 30 de septiembre del 2020.

1. **Problema planteado**

Usted formula las siguientes preguntas:

«El artículo 24 de la Ley 1122 de 2007 dispone: "todas las entidades públicas del orden nacional, departamental, distrital o municipal podrán contratar directamente con la administradora de riesgos profesionales del Instituto de Seguros Sociales, de no ser así, DEBERÁN SELECCIONAR SU ADMINISTRADORA DE RIESGOS PROFESIONALES MEDIANTE CONCURSO PÚBLICO, al cual se invitará obligatoriamente por lo menos una administradora de riesgos profesionales de naturaleza pública (...)". Mi consulta es sobre la modalidad de contratación para seleccionar la ARL de las Entidades Públicas que deben acogerse al régimen de la Ley 80 y que no son exceptuadas de éste: ¿A qué se refiere la expresión "concurso público"?: 1) Exclusivamente a la modalidad de selección por concurso de méritos, es decir, la selección de la ARL sólo podría adelantarse por concurso de méritos sin importar la cuantía?; 2) o la expresión es general y simplemente alude a adelantar una convocatoria pública, conforme a las modalidades de selección contractual comunes consagradas en el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, ya sea, Mínima Cuantía, Selección Abreviada de Menor Cuantía, Licitación Pública, que resulten aplicables al caso en particular según la cuantía y demás?; 3) o si por el contrario, ese "concurso público" es diferente a la Mínima Cuantía, Selección Abreviada de Menor Cuantía, Licitación Pública o Concurso de Méritos y consiste en una modalidad de selección contractual distinta y especial? Esto por el vacío normativo».

1. **Consideraciones**

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, en los conceptos C-227 del 7 de abril de 2020 y C-223 del 29 de abril de 2020, analizó la posibilidad de que existan regímenes especiales en la contratación estatal. Igualmente, en el concepto C-120 del 3 de marzo de 2020 estudió los conceptos jurídicos indeterminados y la discrecionalidad administrativa como estándares de aplicación de las disposiciones normativas en la actividad contractual de las entidades públicas. Con fundamento en lo expuesto en aquellas oportunidades, se interpretará el alcance de la expresión «concurso público» contenida en el artículo 24 de la Ley 1122 de 2007.

 De este modo, se examinarán los siguientes temas: i) posibilidad del legislador de crear modalidades de selección distintas a las previstas en el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 y ii) discrecionalidad de las entidades estatales para estructurar el «concurso público» al que se refiere el artículo 24 de la Ley 1122 de 2007.

**2.1. Las modalidades de selección del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 no obstan para que el legislador configure métodos especiales de contratación en otros sectores**

El inciso final del artículo 150 de la Constitución estableció que el Congreso de la República debía «[…] expedir el estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional». Este mandato se cumplió con la promulgación de la Ley 80 de 1993, reformada parcialmente por la Ley 1150 de 2007 y por otras disposiciones, contenidas en leyes como la 1474 de 2011, 1882 de 2018, y 2022 de 2020, entre otras.

Sin embargo, como lo precisó esta Subdirección en el concepto C-223 del 29 de abril de 2020, aquello no significa que todas las entidades estatales se encuentren sometidas al ámbito de aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Aun cuando este sea el régimen normativo *general* para la adquisición de los bienes y servicios por parte de los órganos del Estado, de la Constitución también se deduce la posibilidad de que el Congreso de la República, en ejercicio de su libertad de configuración legislativa, establezca regímenes especiales[[1]](#footnote-2).

La Corte Constitucional ha reconocido la potestad del legislador de crear y regular de manera especial la actividad contractual de ciertas entidades, o en atención a determinadas materias que así lo justifican, a través de disposiciones normativas diferentes a las previstas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. En relación con este punto pueden mencionarse, por ejemplo, las consideraciones expuestas en la Sentencia C-722 de 2007[[2]](#footnote-3), en la que, con ocasión del análisis de constitucionalidad de los artículos 6 y 7 de la Ley 1118 de 2006 –por la cual se establece el régimen jurídico de ECOPETROL–, el máximo tribunal en materia constitucional señaló que «[…] el legislador ostenta una potestad de configuración de la estructura de la administración […]» y que, en tal sentido, «[…] si el artículo 210 de la Constitución le asignó al legislador la potestad de configuración del régimen jurídico de las entidades descentralizadas, no puede predicarse su vulneración cuando el legislador, en virtud de dicha potestad, dispone que todos los actos jurídicos, contratos y actuaciones necesarias para administrar y desarrollar el objeto social de ECOPETROL S.A., […], se regirá exclusivamente por las reglas del derecho privado, […]».

De la misma manera, el legislador ordinario, o el gobierno nacional –cuando ejerce su potestad normativa a través de la expedición de reglamentos autónomos o *praeter legem*–, tienen la competencia para establecer que una entidad estatal, en principio sujeta al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, por encontrarse en el listado del artículo 2 de la Ley 80 de 1993[[3]](#footnote-4), pueda aplicar procedimientos diferentes a los consagrados en dicho Estatuto para celebrar ciertos contratos. Así sucede, a título enunciativo, con los artículos 11 al 17 de la Ley 9 de 1989, que regulan un procedimiento especial para la adquisición de bienes inmuebles por enajenación voluntaria; procedimiento que es distinto al que prevé el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública para la compra de bienes en otras circunstancias.

Un caso adicional de regulación *sui géneris* de un procedimiento de selección contractual es el relacionado con la forma de escogencia de las entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad –ESAL–, establecida en el Decreto 092 de 2017. El artículo 4 de este reglamento dispone que, para celebrar los convenios consagrados en el artículo 355 de la Constitución Política, las entidades estatales deben adelantar un «proceso competitivo»[[4]](#footnote-5). Tal concepto, como resulta evidente, genera la siguiente inquietud: ¿al aludir el Decreto a «proceso competitivo», debe interpretarse que las entidades estatales, para seleccionar a la ESAL, han de realizar previamente una licitación pública u otro de los procedimientos de selección plural previstos en el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007? La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente ha interpretado que dicha expresión gramatical se refiere a un proceso de contratación *autónomo* y, por tanto, *distinto* de la licitación pública, de la selección abreviada, del concurso de méritos o de la mínima cuantía. Ello, incluso, a pesar de la remisión efectuada en el artículo 8 de dicho Decreto a las normas generales de la contratación pública[[5]](#footnote-6). Lo anterior demuestra que, sin perjuicio de colmar los vacíos normativos con las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, se debe respetar la regulación especial –por más indeterminada que sea– prevista en el reglamento autónomo[[6]](#footnote-7).

A partir de estas ideas, se expresará el criterio de la Subdirección de Gestión Contractual en torno a si el concepto «concurso público», empleado en el artículo 24 de la Ley 1122 de 2007, alude a una modalidad de selección especial o si debe entenderse como una remisión a la licitación pública, al concurso de méritos, a la selección abreviada o a la mínima cuantía. De esto se ocupa el siguiente numeral.

**2.2. Análisis de la expresión «concurso público» en el artículo 24 de la Ley 1122 de 2007: concepto jurídico indeterminado y discrecionalidad administrativa para su materialización**

La Ley 1122 de 2007, «Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones», establece, en el artículo 24, lo siguiente:

A partir de la vigencia de la presente ley todas las entidades públicas del orden nacional, departamental, distrital o municipal podrán contratar directamente con la administradora de riesgos profesionales del Instituto de Seguros Sociales, de no ser así, deberán seleccionar su administradora de riesgos profesionales mediante *concurso público*, al cual se invitará obligatoriamente por lo menos a una administradora de riesgos profesionales de naturaleza pública. Lo dispuesto en este artículo no será aplicable a los regímenes de excepción previstos en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 [cursivas fuera de texto].

Algunas frases de dicho artículo –concretamente las que indican que se puede contratar directamente «con la administradora de riesgos profesionales del Instituto de Seguros Sociales» y que en el concurso público se debe invitar como mínimo «a una administradora de riesgos profesionales de naturaleza pública»– fueron declaradas exequibles por la Corte Constitucional en la Sentencia C-289 de 2008[[7]](#footnote-8), al considerar que no menoscaban el derecho a la igualdad, ni constituyen una limitación arbitraria de la libertad económica.

Como lo señaló la Corte Constitucional en dicho fallo, la norma bajo análisis «[…] está dirigida a todas las entidades públicas del orden nacional, departamental, distrital o municipal y prevé dos reglas para la contratación de ARP[[8]](#footnote-9): (i) la facultad de estas entidades de contratar directamente con la ARP del Instituto de Seguros Sociales y (ii) en aquellos casos en los que no se haga uso de esta facultad, la obligación de invitar por lo menos una ARP pública al concurso público». Es decir, la disposición en comento regula dos modalidades de escogencia de la administradora de riesgos profesionales: directa y por «concurso público»; caso, este último, en el cual se debe invitar por lo menos a una administradora de riesgos profesionales de naturaleza pública. Según la Corte, «[…], en aquellos casos en los que la contratación se efectúe a través de concurso público, la disposición acusada simplemente obliga a invitar a una ARP del sector público a participar del proceso del concurso público lo cual significa que esta no está obligada a participar sino simplemente que debe ser invitada»[[9]](#footnote-10). La máxima corporación judicial no le asigna explícitamente un alcance al concepto «concurso público» contenido en el artículo 24 de la Ley 1122 de 2007, pero tampoco indica que, al llevarlo a cabo, las entidades públicas deban adelantar los procesos de selección establecidos en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

En consecuencia, no cabe duda de que dicha expresión sitúa a los operadores ante un «concepto jurídico indeterminado»[[10]](#footnote-11), es decir, ante un enunciado que goza de vaguedad y que debe determinarse en cada caso, atendiendo a las técnicas de la interpretación jurídica. Al mismo tiempo, se trata de un concepto para cuya concreción las entidades estatales gozan de cierto grado de «discrecionalidad» en su aplicación, como se explicará.

En efecto, puede afirmarse que la expresión «concurso público», prevista en el artículo 24 de la Ley 1122 de 2007, admite, *prima facie*, por lo menos cuatro interpretaciones:

i) Entender que se refiere a «concurso de méritos». Lo anterior, por cuanto, para el momento de expedición de dicha Ley se encontraba vigente la versión original de la Ley 80 de 1993 la cual, en el parágrafo 1 del artículo 30, establecía:

Para los efectos de la presente ley se entiende por licitación pública el procedimiento mediante el cual la entidad estatal formula públicamente una convocatoria para que, en igualdad de oportunidades, los interesados presenten sus ofertas y seleccione entre ellas la más favorable. Cuando el objeto del contrato consista en estudios o trabajos técnicos, intelectuales o especializados, el proceso de selección se llamará concurso y se efectuará también mediante invitación pública.

En otras palabras, la Ley 80 de 1993 denominaba «concurso público» a la invitación plural que se debía adelantar para celebrar contratos consistentes en «estudios o trabajos técnicos, intelectuales o especializados» y esta era la definición que se encontraba vigente cuando se expidió la Ley 1122 de 2007 –o sea, para el 9 de enero de ese año–. Es decir que el «concurso público» regulado en la Ley 80 de 1993 era un procedimiento que se debía realizar para celebrar «contratos de consultoría», pues las actividades técnicas, intelectuales y especializadas a las que se ha hecho referencia ingresaban a dicha tipología contractual, en la medida en que así se infería del numeral 2º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993[[11]](#footnote-12).

La noción «concurso público» o «concurso» contenida en varios apartados de la Ley 80 de 1993, así como la definición de esta modalidad de selección contemplada en el parágrafo citado, fueron derogadas por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007[[12]](#footnote-13). Esta Ley se expidió el 16 de julio de 2007, o sea, después de la Ley 1122 de ese mismo año. Por tanto, puede decirse que desde la entrada en vigencia de la Ley 1150 de 2007, el «concurso público» –denominado de esa manera–, como modalidad de selección contractual aplicable a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, desapareció del ordenamiento jurídico. El artículo 2, numeral 3, de la Ley 1150 de 2007 consagró un procedimiento especial denominado «concurso de méritos», para la selección de consultores[[13]](#footnote-14).

En suma, si la expresión «concurso público», para la fecha en que se expidió la Ley 1122 de 2007, significaba invitación pública para celebrar contratos que tuvieran por objeto «estudios o trabajos técnicos, intelectuales o especializados», es decir, contratos de consultoría, y luego –con la Ley 1150 de 2007– tal concepto fue reemplazado por el «concurso de méritos» –que es la modalidad vigente para suscribir tales contratos–, podría decirse, en gracia de discusión, que entonces la exigencia de efectuar un «concurso público» debe entenderse hoy en el sentido de que, para la escogencia de la administradora de riesgos laborales, la entidad debe adelantar un «concurso de méritos».

Sin embargo, dicho argumento no es admisible, por dos razones: en primer lugar, porque el concurso de méritos, como se indicó, es una modalidad de selección de consultores y proyectos, y el contrato de administración de riesgos no es un contrato de consultoría. En consecuencia, el concurso de méritos no puede ser la modalidad de escogencia aplicable, pues si así fuere, se le estaría dando a este proceso de selección un alcance que el numeral 3 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 no le asigna. Y, en segundo lugar, porque el concurso de méritos regulado por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública consiste en una convocatoria plural, que no admite la invitación singular a un sujeto. En cambio, el «concurso público», al que se refiere el artículo 24 de la Ley 1122 de 2007, ordena que se invite como mínimo a una administradora de riesgos profesionales de naturaleza pública.

ii) Otra interpretación posible es asimilar la expresión «concurso público» a «licitación pública», bajo el entendido de que esta es la regla general para la escogencia de los contratistas del Estado.

Pero, si el legislador hubiera querido ordenar la escogencia de la administradora de riesgos por licitación pública, así lo hubiera dicho expresamente, pues para la época de expedición de la Ley 1122 de 2007 la licitación pública se encontraba vigente como modalidad de selección, en la Ley 80 de 1993. Además, como se expresó en relación al concurso de méritos, en la licitación pública la convocatoria es abstracta y no admite la invitación directa de un sujeto específico, es decir que, so pena de desfigurar la institución, no permite cumplir el artículo 24 de la Ley 1122 de 2007, que exige la invitación de al menos una administradora de riesgos profesionales de naturaleza pública.

iii) También pudiera pensarse que el concepto «concurso público», empleado por el legislador en el artículo 27 de la Ley 1122 de 2007, debe interpretarse como una remisión a los procedimientos de selección plurales regulados en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, dentro de los cuales la entidad estatal debe surtir el que sea aplicable según la cuantía, es decir, licitación pública, selección abreviada de menor cuantía o mínima cuantía. Lo anterior, bajo el argumento de que el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública debe aplicarse a todas las entidades señaladas en el artículo 2 de la Ley 80 de 1993, en ausencia de reglas especiales, y que, como el artículo 24 de la Ley 1122 de 2007, simplemente menciona la expresión «concurso público», pero no la dota de contenido, ni desarrolla un procedimiento para concretarla, este vacío debe llenarse con las disposiciones normativas de la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007 y el Decreto 1082 de 2015.

Tal interpretación tampoco se comparte, pues si el Congreso hubiese tenido la voluntad de aplicar el criterio de la cuantía, simplemente hubiera remitido a las entidades públicas a la aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Además, como se expondrá a continuación, el artículo 24 de la Ley 1122 de 2007 no contiene un vacío.

Por otra parte, los procedimientos de licitación pública, selección abreviada de menor cuantía y mínima cuantía no permiten hacer una invitación plural –en abstracto– y, al mismo tiempo, un llamado singular a un sujeto determinado.

iv) Finalmente, la expresión «concurso público», prevista en la disposición normativa mencionada, también puede interpretarse como un procedimiento de selección especial, distinto de las modalidades reguladas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Esta es la interpretación más razonable y, por lo tanto, la que acogerá esta Subdirección.

En efecto, al utilizar la expresión «concurso público», sin desarrollar las etapas del procedimiento, el legislador asigna *discrecionalidad administrativa* a las entidades estatales para que ellas, en el «pliego de condiciones» o «documento equivalente» que establezca las reglas de la convocatoria, se autorregulen, es decir, para que diseñen el trámite en cada caso, de manera autónoma y respetando los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, así como el régimen de inhabilidades e incompatibilidades[[14]](#footnote-15). Como se indicó en el numeral anterior de este concepto, tal idea ha sido admitida en el ordenamiento jurídico.

Así lo sostuvo también el Ministerio de Salud y Protección Social en el Concepto No. 73871 del 20 de agosto de 2013, al resolver una consulta sobre el alcance de la expresión «concurso público», en el artículo bajo análisis, señalando que:

[…] la norma precitada, si bien estableció la obligatoriedad del concurso público para la selección de Administradora de Riesgos Laborales - ARL diferente al entonces ISS por parte de las entidades públicas del orden nacional, departamental y municipal, no determinó que el mismo debiera someterse al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública contenido en la Ley 80 de 1993 y las normas que la modifiquen, adicionen o sustituyan.

En consecuencia, las entidades estatales en cada caso deben concretar el concepto jurídico indeterminado «concurso público» previsto en el artículo 24 de la Ley 1122 de 2007 y tienen discrecionalidad para asignarle un contenido razonable. Por ello, gozan de libertad de apreciación para diseñar una invitación pública que permita la libre concurrencia de interesados y en la que, como mínimo, sea convocada una administradora de riesgos laborales de naturaleza pública.

Para proceder de esta manera, las entidades estatales deben garantizar el «principio de proporcionalidad»[[15]](#footnote-16), por lo que deben ser razonables, para que la convocatoria que se efectúe permita compaginar la invitación singular de la administradora pública, con la libre concurrencia de los demás interesados[[16]](#footnote-17).

**3. Respuestas**

«El artículo 24 de la Ley 1122 de 2007 dispone: "todas las entidades públicas del orden nacional, departamental, distrital o municipal podrán contratar directamente con la administradora de riesgos profesionales del Instituto de Seguros Sociales, de no ser así, DEBERÁN SELECCIONAR SU ADMINISTRADORA DE RIESGOS PROFESIONALES MEDIANTE CONCURSO PÚBLICO, al cual se invitará obligatoriamente por lo menos una administradora de riesgos profesionales de naturaleza pública (...)". Mi consulta es sobre la modalidad de contratación para seleccionar la ARL de las Entidades Públicas que deben acogerse al régimen de la Ley 80 y que no son exceptuadas de éste: ¿A qué se refiere la expresión "concurso público"?: 1) Exclusivamente a la modalidad de selección por concurso de méritos, es decir, la selección de la ARL sólo podría adelantarse por concurso de méritos sin importar la cuantía?; 2) o la expresión es general y simplemente alude a adelantar una convocatoria pública, conforme a las modalidades de selección contractual comunes consagradas en el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, ya sea, Mínima Cuantía, Selección Abreviada de Menor Cuantía, Licitación Pública, que resulten aplicables al caso en particular según la cuantía y demás?; 3) o si por el contrario, ese "concurso público" es diferente a la Mínima Cuantía, Selección Abreviada de Menor Cuantía, Licitación Pública o Concurso de Méritos y consiste en una modalidad de selección contractual distinta y especial? Esto por el vacío normativo».

Con fundamento en las anteriores consideraciones, puede concluirse que, a pesar de que el artículo 24 de la Ley 1122 de 2007 utiliza un concepto jurídico indeterminado, al emplear el término «concurso público», sobre el cual caben varias opciones hermenéuticas, la más razonable es la cuarta interpretación expuesta, es decir, entender que dicho precepto consagra un procedimiento de selección especial –*sui géneris*–, autónomo respecto de los señalados en el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007. En tal sentido, confiere discrecionalidad administrativa a las entidades estatales para estructurar dicho concurso, observando los principios de la función administrativa, de la gestión fiscal y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto para la contratación estatal, como lo ordena el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Cristian Andrés Díaz DíezContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Sebastián Ramírez GrisalesGestor T1 – Grado 15 Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirano NavarroSubdirector de Gestión Contractual ANCP – CCE |

1. Así lo expresó la Subdirección de Gestión Contractual en el concepto al que se ha hecho referencia: «[…], es importante tener en cuenta que la Constitución Política de 1991 establece tres (3) regímenes de contratación. El primero se fundamenta en la competencia prevista en el inciso final del artículo 150 superior, por el cual se faculta al Congreso de la República para la expedir un Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. El segundo se relaciona con la posibilidad de crear regímenes especiales, caso en el cual la Constitución los exceptúa directamente, como sucede con las universidades públicas y el Banco de la República –arts. 69 y 371–, o permite que la ley defina el régimen jurídico de determinados órganos del Estado, como en el caso de las entidades descentralizadas por servicios –art. 210– y las empresas de servicios públicos domiciliarios –art. 365–. Finalmente, el citado artículo 355 establece el régimen de los contratos con las ESAL, el cual –además de extenderse a los *convenios de asociación* en virtud de lo dispuesto en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998– se desarrolló a través del Decreto 092 de 2017». [↑](#footnote-ref-2)
2. Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas Hernández. [↑](#footnote-ref-3)
3. Ley 80 de 1993. Artículo 2: «Para los solos efectos de esta ley:

»1o. Se denominan entidades estatales:

»a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.

»b) El Senado de la República, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, distritales y municipales, la Procuraduría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil, los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, las unidades administrativas especiales y, en general, los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos.

»[…]». [↑](#footnote-ref-4)
4. En efecto, esta es la redacción del referido enunciado normativo: «La Entidad Estatal del Gobierno nacional, departamental, distrital y municipal deberá adelantar un proceso competitivo para seleccionar la entidad sin ánimo de lucro contratista, cuando en la etapa de planeación identifique que el programa o actividad de interés público que requiere desarrollar es ofrecido por más de una Entidad sin ánimo de lucro.

»En el proceso competitivo la Entidad Estatal deberá cumplir las siguientes fases: (i) definición y publicación de los indicadores de idoneidad, experiencia, eficacia, eficiencia, economía y de manejo del Riesgo y los criterios de ponderación para comparar las ofertas; (ii) definición de un plazo razonable para que las entidades privadas sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad presenten a la Entidad Estatal sus ofertas y los documentos que acrediten su idoneidad, y (iii) evaluación de las ofertas por parte de la Entidad Estatal teniendo en cuenta los criterios definidos para el efecto». [↑](#footnote-ref-5)
5. Decreto 092 de 2017. Artículo 8: «La contratación a la que hace referencia el presente decreto está sujeta a las normas generales aplicables a la contratación pública excepto en lo reglamentado en el presente decreto». [↑](#footnote-ref-6)
6. Cfr. Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente. Circular Externa Única. En: <https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_circulares/cce_circular_unica.pdf>. Véase igualmente la Guía para la contratación con entidades sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad. En: <https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_guia_esal.pdf>.

 [↑](#footnote-ref-7)
7. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa. [↑](#footnote-ref-8)
8. Actualmente, ARL: Administradora de Riesgos Laborales. [Aclaración fuera de cita original]. [↑](#footnote-ref-9)
9. Corte Constitucional. Sentencia C-289 de 2008. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa. [↑](#footnote-ref-10)
10. Según García de Enterría, «Estos concepto 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). [↑](#footnote-ref-11)
11. Dicho numeral prevé: «Son contratos de consultoría los que celebren las entidades estatales referidos a los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como a las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión.

»Son también contratos de consultoría los que tienen por objeto la interventoría, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos

»[…]». [↑](#footnote-ref-12)
12. En efecto, el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007 estableció: «A partir de la vigencia de la presente ley, quedan derogados los siguientes artículos de la Ley 80 de 1993: El parágrafo del artículo 2o; la expresión “además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado” del inciso segundo del artículo 3o; el inciso 4o del artículo 13, el artículo 22; el numeral 1 y el parágrafo 1o del artículo 24; el inciso 2o del numeral 15, el numeral 19 y la expresión “la exigencia de los diseños no regirán cuando el objeto de la contratación sea la de construcción o fabricación con diseños de los proponentes” del inciso segundo numeral 12 del artículo 25, el artículo 29, el numeral 11 del artículo 30, el artículo 36, el parágrafo del artículo 39 y el inciso 1o del artículo 60, con excepción de la expresión “Los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolonguen en el tiempo y los demás que lo requieran serán objeto de liquidación” el artículo 61 y las expresiones “concurso” y “términos de referencia” incluidas a lo largo del texto de la Ley 80 de 1993, así como la expresión: “Cuando el objeto del contrato consista en estudios o trabajos técnicos, intelectuales o especializados, el proceso de selección se llamará concurso y se efectuará también mediante invitación pública”.

»También se derogan las siguientes disposiciones: El parágrafo 2o del artículo 50 de la Ley 789 de 2002, modificado por el artículo 1o de la Ley 828 de 2003, el artículo 66 de la Ley 454 de 1998, el literal d) del artículo 27 de la Ley 99 de 1993 y el artículo 19 Ley 161 de 1994. Igualmente se entienden derogadas las normas del Decreto 1900 de 1990 y de la Ley 182 de 1995 que contraríen lo dispuesto en esta ley». [↑](#footnote-ref-13)
13. El numeral 3 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 219 del Decreto 19 de 2012, señala que el *concurso de méritos* «Corresponde a la modalidad prevista para la selección de consultores o proyectos, en la que se podrán utilizar sistemas de concurso abierto o de precalificación. En este último caso, la conformación de la lista de precalificados se hará mediante convocatoria pública, permitiéndose establecer listas limitadas de oferentes mediante resolución motivada, que se entenderá notificada en estrados a los interesados, en la audiencia pública de conformación de la lista, utilizando para el efecto, entre otros, criterios de experiencia, capacidad intelectual y de organización de los proponentes, según sea el caso.

»De conformidad con las condiciones que señale el reglamento, en desarrollo de estos procesos de selección, las propuestas técnicas o de proyectos podrán ser presentadas en forma anónima ante un jurado plural, impar deliberante y calificado». [↑](#footnote-ref-14)
14. Esto, con fundamento en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, que señala: «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». [↑](#footnote-ref-15)
15. Principio que se compone a su vez de «tres subprincipios, etapas o mandatos parciales: el *subprincipio o mandato de adecuación, de idoneidad o de congruencia*, por virtud del cual la medida limitadora de los derechos o intereses del administrado debe ser útil, apropiada o idónea para obtener el fin buscado, esto es, que el abanico de posibles medidas que ha de adoptar la Administración se limita a las que resulten congruentes con el entramado fáctico del caso y aptas para la consecución del cometido fijado por el ordenamiento jurídico al atribuir la potestad correspondiente a la Administración; el *subprincipio o mandato de necesidad, intervención mínima o menor lesividad*, de acuerdo con el cual la adopción de la medida elegida debe ser indispensable, dada la inexistencia de una alternativa distinta que sea tan eficaz para satisfacer el fin de interés público al cual apunta, pero menos limitativa del otro u otros principios, derechos o intereses en tensión; y en tercer lugar, *el subprincipio o mandato de proporcionalidad en sentido estricto*, de acuerdo con el cual debe producirse un equilibrio entre el perjuicio irrogado al derecho o interés que se limita y el beneficio que de ello se deriva para el bien jurídico que la medida prohíja» (MARÍN HERNÁNDEZ, Hugo Alberto. El principio de proporcionalidad en el derecho administrativo colombiano. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018. p. 34). [↑](#footnote-ref-16)
16. Lo cual también es acorde con lo dispuesto en el artículo 44 de la Ley 1437 de 2011, a cuyo tenor: «En la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa». [↑](#footnote-ref-17)