**CCE-DES-FM-17**

**DOCUMENTOS TIPO – Fundamento normativo**

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que la Ley 2022 de 2020 fue sancionada por el Presidente de la República el 22 de julio, por lo que su expedición es reciente. En esta Ley, se reiteró la obligatoriedad del uso de los documentos tipo para todas las entidades públicas sometidas al Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública ‒EGCAP‒. Esto significa que los documentos tipo son una fuente obligatoria para las entidades que se rijan por la Ley 80 de 1993 al momento de adelantar los procesos de selección, teniendo en cuenta el ámbito de aplicación de estos.

**EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS – Régimen contractual – Derecho privado**

El artículo 31 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001, dispone que los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos domiciliarios «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». Por su parte, el artículo 32 de la Ley 142 consagra el régimen de derecho privado para las empresas de servicios públicos domiciliarios, indicando que, de manera exclusiva, sus actos se rigen por los principios y reglas aplicables a los particulares.

En consecuencia, de la lectura sistemática de las normas referidas puede concluirse que el régimen jurídico que, por regla general, debe aplicarse a la contratación que efectúan las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios es el derecho privado, y solo excepcionalmente el contenido en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

**DOCUMENTOS TIPO – Aplicación – Empresas de servicios públicos**

[…], debido a que las empresas de servicios públicos domiciliarios se sujetan, en su actividad contractual, a las disposiciones del derecho privado, los documentos tipo no son de obligatorio cumplimiento por parte de aquellas, pues solo lo serían si eventualmente ellas se rigieran por el EGCAP. Por consiguiente, las empresas de servicios públicos no tendrían por obligación aplicar los documentos tipo, sin perjuicio de que estas los adopten como políticas de buenas prácticas contractuales.

**EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS – Disposiciones presupuestales**

Aunque se trate de entidades sujetas al derecho privado, este régimen especial no es ajeno a las normas del derecho administrativo y su aplicación está matizada por las reglas previstas expresamente por el legislador. De esta manera, deben observar las disposiciones presupuestales, tributarias y demás normas de orden público aplicables a las entidades estatales, independientemente de su régimen contractual.

Bogotá D.C., **28/07/2021 12:44:57**

****

Señor

**Gentil Tapiero Buitrago**

Alcalde Municipal de Acevedo

Avecedo, Huila

 **Concepto C ‒ 370 de 2021**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | DOCUMENTOS TIPO – Fundamento normativo / EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS – Régimen contractual – Derecho privado / DOCUMENTOS TIPO – Aplicación – Empresas de servicios públicos / EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS – deber de observar disposiciones presupuestales  |
|  **Radicación:**  | Respuesta a consulta P20210611005158 |

Estimado señor Tapiero:

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, a través de la Subdirección de Gestión Contractual, responde su consulta del 11 de junio 2021.

1. **Problema planteado**

Usted formula las siguientes consultas: i) «El Municipio de Acevedo, puede designar como entidad ejecutora del proyecto ya referido, cuya fuente de financiación es el Sistema General de Regalías a EMPA ACEVEDO S.A.S ESP., y que su ejecución es eminentemente relacionada con obra pública?» y ii) «EMPA ACEVEDO S.A.S ESP tendría que adelantar el proceso de selección de contratista con sujeción a la Ley 1882 de 2018 y en especial, la aplicación de los pliegos tipo, en lo que tiene que ver con infraestructura de transporte, o en su defecto podría hacer el proceso de contratación con sujeción a su manual de contratación que es exceptuado del EGCAP (sic)»

1. **Consideraciones**

Para responder sus interrogantes, debe tenerse en cuenta que se estudiará y responderá la segunda pregunta planteada, en la medida en que la primera fue contestada con el radicado de salida RS20210621005915 del 21 de junio de 2021 por falta de competencia. Al respecto, debe precisarse que en ejercicio de las competencias establecidas en los artículos 3.5 y 11.8 del Decreto 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente resuelve las consultas sobre los asuntos de su competencia, esto es, sobre las temáticas de la contratación estatal y compras públicas relacionadas en los artículos citados.

Es necesario tener en cuenta que esta entidad solo tiene competencia para responder solicitudes 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 de la contratación estatal.

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[[1]](#footnote-2). Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, ni a brindar asesorías sobre casos puntuales. Esto en la medida en que, para resolver una consulta de carácter particular, además de conocer un sinnúmero de detalles de la actuación administrativa, es necesario acceder al expediente y a los documentos del procedimiento contractual donde surge la inquietud. Por lo anterior, previo concepto de sus órganos asesores, la solución de estos temas corresponde a la entidad que adelanta el procedimiento de selección y, en caso de conflicto, a las autoridades judiciales, fiscales y disciplinarias.

Sin perjuicio de lo anterior, la Subdirección –dentro de los límites de sus atribuciones, esto es, haciendo abstracción del caso particular expuesto por el peticionario– resolverá la consulta número dos conforme a las normas generales en materia de contratación estatal. Con este objetivo se analizarán los siguientes temas: i) fundamento normativo de los documentos tipo adoptados hasta la actualidad y ii) régimen de contratación de las empresas de servicios públicos domiciliarios.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se pronunció sobre el régimen contractual de los prestadores de servicios públicos domiciliarios en los Conceptos C-027 del 23 de enero de 2020, C-032 del 19 de febrero de 2020, C-157 del 16 de marzo de 2020, el C-147 del 17 de marzo de 2020, C-168 del 31 de marzo de 2020, C-158 del 3 de abril de 2020, C-227 del 7 de abril de 2020, C-362 del 3 de julio de 2020, C-462 del 24 de julio de 2020, C-718 del 17 de diciembre de 2020, C-053 del 9 de marzo de 2021, C-072 del 16 de marzo de 2021, C-077 del 16 de marzo de 2021, C-218 del 14 de mayo de 2021, C-290 y 307 del 18 de junio de 2021. Igualmente, expidió los conceptos C-144 del 2 de marzo de 2020, C-143 del 18 de marzo de 2020, C-286 del 26 de mayo de 2020, C-450 del 3 de agosto de 2020, C-643 del 26 de octubre de 2020, C-773 del 14 de enero de 2021, C-789 del 19 de enero de 2021, C-064 del 8 de marzo de 2021, C-031 del 1 de febrero de 2021 y C-157 del 13 de abril del 2021 en los cuales se pronunció sobre la definición y el alcance de los documentos tipo. Las tesis desarrolladas en estos conceptos se reiteran a continuación:

**2.1. Fundamento normativo de los documentos tipo adoptados hasta la actualidad**

La adopción de los documentos tipo obligatorios en el ordenamiento jurídico colombiano se incluyó por primera vez en el parágrafo 3 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007[[2]](#footnote-3), que facultó al gobierno nacional para expedirlos, pero solo cuando se tratara de la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización. Sin embargo, esta facultad no ha sido ejercida hasta la actualidad.

Debido a lo anterior, el artículo 4 de la Ley 1882 de 2018 se convierte en el antecedente más relevante respecto a los documentos tipo. A partir de esta norma se determinó la obligatoriedad por parte de todas las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública de aplicar los documentos tipo adoptados por el gobierno nacional. Ahora bien, en virtud de la Ley 1882 de 2018 se expidieron varios documentos tipo para el sector de infraestructura de transporte y, por tanto, es importante explicar el proceso previsto en dicho cuerpo normativo.

La Ley 1882 de 2018, en el artículo 4, establecía que el gobierno nacional adoptaría los documentos tipo para los pliegos de condiciones de los procesos de selección de obras públicas, interventoría para las obras públicas, interventoría para consultoría de estudios y diseños para obras públicas y consultoría en ingeniería para obras, los cuales debían ser utilizados por todas las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública en los procesos de selección que adelantaran[[3]](#footnote-4).

 Asimismo, señalaba que, dentro de los documentos tipo, el gobierno adoptaría de manera general y con alcance obligatorio para todas las entidades las condiciones habilitantes, así como los factores técnicos y económicos de escogencia, según correspondiera a cada modalidad de selección y la ponderación precisa y detallada de los mismos, teniendo en cuenta la naturaleza y cuantía de los contratos. Finalmente, para la adopción de esta reglamentación el gobierno tendría en cuenta las características propias de las regiones, con el ánimo de promover el empleo local. Por último, se facultaba al gobierno para adoptar los documentos tipo cuando lo considerara necesario en relación con otros contratos o procesos de selección.

 De la norma descrita se concluía lo siguiente: i) la adopción de los documentos tipo estaba en cabeza del gobierno nacional; ii) estos debían relacionarse con procesos de obra públicas, interventoría para las obras públicas, interventoría para consultoría de estudios y diseños y, finalmente, consultoría en ingeniería para obras; iii) eran de obligatorio cumplimiento por parte de todas las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública; iv) en los documentos tipo se indicarían las condiciones generales de los requisitos habilitantes, así como los factores técnicos y económicos de escogencia, según correspondiera para cada modalidad de selección; v) el gobierno nacional tenía la facultad de adoptar documentos tipo en otros contratos o procesos de selección; por último, vi) los documentos tipo serían adoptados por categorías de acuerdo con la cuantía de la contratación.

 Esta norma fue estudiada por la Corte Constitucional en la Sentencia C-119 de 2020. Al respecto, indicó que la adopción de los documentos tipo no afectaba la autonomía de las entidades territoriales, en cuanto la estandarización se predicaba únicamente de los requisitos habilitantes y los criterios de escogencia, elementos propios del procedimiento de selección del contratista, materia en la que existe reserva de ley y que no se encuentra atribuida a la regulación de las entidades territoriales. De igual manera, se establece que esta autonomía se garantiza con la identificación autónoma de sus necesidades y la configuración de los elementos del contrato[[4]](#footnote-5).

 De este modo, los documentos tipo no afectan la autonomía de las entidades territoriales. Lo anterior, debido a que la definición de los requisitos habilitantes y de aspectos técnicos de la selección del contratista en los procesos de selección, son aspectos en los que el legislador tiene amplia libertad de configuración legislativa y, por tanto, puede atribuir dicha regulación al gobierno nacional. Ahora, dicha autonomía se materializa cuando las entidades territoriales deciden iniciar un proceso de convocatoria para satisfacer sus necesidades para la adquisición de un bien, obra o servicio, y además se incluyen en la minuta del contrato las condiciones particulares del negocio jurídico a celebrar.

 Explicado el proceso para adoptar los documentos tipo en virtud de la Ley 1882 de 2018 y estudiada su constitucionalidad, de acuerdo con el pronunciamiento de la Corte Constitucional, a continuación se identificarán los documentos tipo adoptados por el gobierno nacional en virtud de esta ley. Dada la relevancia económica y el impacto que tienen en el nivel territorial los proyectos de obra en el sector transporte, el gobierno nacional, en vigencia del artículo 4 de la Ley 1882 de 2018, por el cual se adicionó el parágrafo 7 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, inició la implementación gradual mediante el Decreto 342 del 5 de marzo de 2019, relacionado con los documentos tipo para los procesos de selección de licitación de obra pública de infraestructura de transporte.

Posteriormente, se expidió el Decreto 2096 del 21 de noviembre de 2019, que permitió el desarrollo de los documentos tipo para los pliegos de condiciones de los procesos de obras públicas de infraestructura de transporte que se adelantaran por la modalidad de selección abreviada de menor cuantía. Finalmente, se profirió el Decreto 594 del 25 de abril de 2020, frente a los documentos tipo para los contratos de obra pública de infraestructura de transporte que se surtieran por la modalidad de mínima cuantía. Estos documentos fueron implementados y desarrollados por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, por medio de la Resolución 1798 de 1 de abril de 2019 –derogada por la Resolución 045 del 14 de febrero de 2020–, la Resolución 044 del 14 de febrero de 2020 y la Resolución 094 del 21 de mayo de 2020.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que la Ley 2022 de 2020 fue sancionada por el Presidente de la República el 22 de julio, por lo que su expedición es reciente. En esta Ley, se reiteró la obligatoriedad del uso de los documentos tipo para todas las entidades públicas sometidas al Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública ‒EGCAP‒. Esto significa que los documentos tipo son una fuente obligatoria para las entidades que se rijan por la Ley 80 de 1993 al momento de adelantar los procesos de selección, teniendo en cuenta el ámbito de aplicación de estos.

En este sentido, con la finalidad de realizar un desarrollo armónico y ajustado a la ley que otorga esta competencia, la Agencia Nacional de Contratación Pública expidió la Resolución 160 del 15 de septiembre de 2020, «Por la cual se adopta el procedimiento para implementar los documentos tipo y se define el sistema para su revisión». Asimismo, con fundamento en dicha Ley, se profirió la Resolución 240 del 27 de noviembre de 2020, «Por la cual se actualizan los Documentos Tipo para los procesos de selección de licitación de obra pública de infraestructura de transporte y se deroga la Resolución 0045 de 2020».

De igual manera, se expidió la Resolución 241 del 27 de noviembre de 2020, «Por la cual se actualizan los Documentos Tipo para los procesos de selección abreviada de menor cuantía de obra pública de infraestructura de transporte y se deroga la Resolución 0044 de 2020». Adicionalmente, entró en vigencia la Resolución 256 de 2020, «Por la cual se adoptan los documentos tipo para los procesos de selección de concursos de méritos, para contratar la interventoría de obras públicas de infraestructura de transporte».

Por otra parte, se expidió la Resolución 248 de 2020, «Por la cual se adoptan los documentos tipo para los procesos de licitación pública para obras de infraestructura de agua potable y saneamiento básico»; la Resolución 249 de 2020, «Por la cual se adoptan los documentos tipo para los procesos de licitación pública para obras de infraestructura de agua potable y saneamiento básico en la modalidad llave en mano»; así como la Resolución 269 de 2020, «Por la cual se adopta el documento tipo para los procesos de gestión catastral con enfoque multipropósito que se celebren a través de contratos interadministrativos». Finalmente, se expidió la Resolución 193 del 14 de julio de 2021 «Por la cual se adoptan los documentos tipo para los procesos de selección de concursos de méritos, para contratar la consultoría de estudios de ingeniería de infraestructura de transporte».

Las resoluciones señaladas reiteran el alcance de la obligatoriedad de los documentos tipo en la materia y establecen parámetros obligatorios para las entidades estatales cuya contratación se rija por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, siempre que las actividades que se contraten estén incluidas en la «Matriz 1 – Experiencia», de acuerdo con el documento tipo a aplicar. Así, para determinar el ámbito de aplicación de los documentos tipo debe acudirse a la «Matriz 1 – Experiencia», en la que se contemplan las clases de obra de infraestructura aplicables al sector, sea transporte o agua potable y saneamiento básico.

En síntesis, hasta el momento se han expedido los siguientes documentos tipo que son obligatorios para todas las entidades cuya contratación se rija por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública:

i) Documentos tipo para licitación de obra pública de infraestructura de transporte –versión 1–, obligatorios para los procesos cuyo aviso de convocatoria se haya publicado desde el 1 de abril de 2019.

ii) Documentos tipo para licitación de obra pública de infraestructura de transporte –versión 2–, obligatorios para los procesos cuyo aviso de convocatoria se haya publicado desde el 10 de marzo de 2020.

iii) Documentos tipo para licitación de obra pública de infraestructura de transporte –versión 3–, obligatorios para los procesos cuyo aviso de convocatoria se haya publicado desde el 1 de enero de 2021.

iv) Documentos tipo para procesos de selección abreviada de menor cuantía de infraestructura de transporte –versión 1–, obligatorios para los procesos cuyo aviso de convocatoria se haya publicado desde el 17 de febrero de 2020.

v) Documentos tipo para procesos de selección abreviada de menor cuantía de infraestructura de transporte –versión 2–, obligatorios para los procesos cuyo aviso de convocatoria se haya publicado desde el 1 de enero de 2021.

vi) Documentos tipo para procesos de mínima cuantía de infraestructura de transporte, obligatorios para los procesos cuya invitación pública se haya publicado a partir del 10 de junio de 2020.

vii) Documentos tipo para procesos de concurso de méritos para contratar la interventoría de obras públicas de infraestructura de transporte, obligatorios para los procesos cuyo aviso de convocatoria se haya publicado desde el 1 de enero de 2021.

viii) Documentos tipo para procesos de licitación pública para obras de infraestructura de agua potable y saneamiento básico, obligatorios para los procesos cuyo aviso de convocatoria se haya publicado desde el 11 de diciembre de 2020.

ix) Documentos tipo para procesos de licitación pública para obras de infraestructura de agua potable y saneamiento básico en la modalidad llave en mano, obligatorios para los procesos cuyo aviso de convocatoria se haya publicado desde el 11 de diciembre de 2020.

x) Documentos tipo para procesos de gestión catastral con enfoque multipropósito que se celebren a través de contratos interadministrativos, a partir del 1 de febrero de 2021.

xi) Documentos tipo para los procesos de selección de concursos de méritos, para contratar la consultoría de estudios de ingeniería de infraestructura de transporte, obligatorios para los procesos cuyo aviso de convocatoria se publique a partir del 9 de agosto de 2021.

Estos documentos tipos, con excepción de los relacionados con procesos de gestión catastral con enfoque multipropósito, y los de consultoría de estudios de ingeniería de infraestructura de transporte, fueron modificados por la Resolución 161 del 17 de junio de 2021 en cuanto algunos aspectos puntuales relacionados con los factores de desempate y ajustes de algunos formatos y numerales de los documentos base.

De acuerdo con lo expuesto, los documentos tipo adoptados son obligatorios única y exclusivamente para las entidades estatales cuyos contratos se rijan por el Estatuto General de la Contratación Pública, que adelanten procesos de contratación mediante la modalidad que establecen los documentos tipo para cada sector y teniendo en cuenta el ámbito de aplicación determinado en la Matriz 1 - Experiencia. Por tanto, estos documentos no serían obligatorios para los contratos de entidades públicas que no se rijan por la Ley 80 de 1993. Sin embargo, estas pueden observar los documentos tipo de forma facultativa, como una forma de adoptar e incorporar políticas de buenas prácticas contractuales.

**2.2.** **Régimen contractual aplicable a las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios**

La Constitución Política de 1991 incorporó un modelo de liberalización para prestar servicios públicos domiciliarios, con arreglo al cual estos pueden ofrecerse en el mercado, en un esquema de libre competencia, directamente por el Estado, por particulares o por comunidades organizadas[[5]](#footnote-6). En tal sentido, el artículo 365 de la Constitución dispone lo siguiente:

Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita.

Con base en este presupuesto constitucional de liberalización de los servicios públicos domiciliarios, el legislador expidió la Ley 142 de 1994, mediante la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios. El artículo 15 *ibídem* enuncia las personas autorizadas para prestar los servicios públicos domiciliarios: i) las empresas de servicios públicos, ii) los productores marginales, iii) los municipios, en ciertos casos, iv) las organizaciones autorizadas y v) las entidades descentralizadas que se encontraran prestándolos y cumplan los requisitos establecidos en la ley[[6]](#footnote-7).

El artículo 14 de dicha Ley, clasificó a las empresas de servicios públicos domiciliarios así: i) oficial –«[…] aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o estas tienen el 100% de los aportes»–, ii) mixta –«[…] aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o éstas tienen aportes iguales o superiores al 50%»– y iii) privada –«[…] aquella cuyo capital pertenece mayoritariamente a particulares, o a entidades surgidas de convenios internacionales que deseen someterse íntegramente para estos efectos a las reglas a las que se someten los particulares»–.

En lo que atañe específicamente al régimen de contratación, el artículo 31 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001, dispone que los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos domiciliarios «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». Por su parte, el artículo 32 de la Ley 142 consagra el régimen de derecho privado para las empresas de servicios públicos domiciliarios, indicando que, de manera exclusiva, sus actos se rigen por los principios y reglas aplicables a los particulares[[7]](#footnote-8).

En consecuencia, de la lectura sistemática de las normas referidas puede concluirse que el régimen jurídico que, por regla general, debe aplicarse a la contratación que efectúan las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios es el derecho privado, y solo excepcionalmente el contenido en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública[[8]](#footnote-9). En otras palabras, las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios se sujetan, en su actividad contractual, a las disposiciones del derecho privado, salvo en aquellos casos en los que la Constitución, la Ley 142 de 1994 u otras leyes especiales, sometan tal conducta al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, es decir, a la Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007 y demás normas complementarias.

Lo anterior no significa que la actividad contractual de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios se rija por un «derecho privado puro», pues este se encuentra irrigado por los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, previstos en los artículos 209 y 267 de la Constitución, toda vez que así lo dispone el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007[[9]](#footnote-10).

De lo expuesto, se evidencia con claridad que estas entidades de régimen especial no son destinatarias de los documentos tipo, pues el artículo 2, parágrafo 7º, de la Ley 1150 de 2007 –modificado por la Ley 2022 de 2020– dispone que solo «[…] serán de obligatorio cumplimiento en la actividad contractual de todas las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública». En otros términos, debido a que las empresas de servicios públicos domiciliarios se sujetan, en su actividad contractual, a las disposiciones del derecho privado, los documentos tipo no son de obligatorio cumplimiento por parte de aquellas, pues solo lo serían si eventualmente ellas se rigieran por el EGCAP. Por consiguiente, las empresas de servicios públicos no tendrían por obligación aplicar los documentos tipo, sin perjuicio de que estas los adopten como políticas de buenas prácticas contractuales.

Sobre este punto, es importante destacar la Directiva Presidencial 1 del 3 de marzo del 2021, dirigida a las entidades de la rama ejecutiva del orden nacional en el nivel central y descentralizado exceptuadas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en la cual se exhorta a las entidades exceptuadas de la aplicación del Estatuto. Esto para que, «como buena práctica contractual, adopten los documentos tipo, los acuerdos marco de precios y los demás instrumentos de agregación de demanda en su actividad contractual, incluso cuando se contrate a través de patrimonios autónomos, toda vez que mediante convenio o contrato también podrá imponerse la obligación de respetar los documentos y pliegos tipo»[[10]](#footnote-11).

Ahora bien, teniendo en cuenta que en el contexto de la consulta se refiere a la fuente de financiación del SGR para la ejecución de los proyectos, es preciso indicar que, aunque se trate de entidades sujetas al derecho privado, este régimen especial no es ajeno a las normas del derecho administrativo y su aplicación está matizada por las reglas previstas expresamente por el legislador. De esta manera, deben observar las disposiciones presupuestales, tributarias y demás normas de orden público aplicables a las entidades estatales, independientemente de su régimen contractual.

En relación con este punto, es pertinente recordar el contenido de los artículos 85, 99 y 109 de la Ley 2056 de 2020 sobre los recursos del Sistema General de Regalías. En efecto, conforme a los preceptos citados, cuando dichos recursos sean para proyectos de inversión en i) pueblos y comunidades indígenas, ii) comunidades negras, afrocolombiana, raizales y palenqueras y iii) el pueblo Rrom o gitano, «los actos o contratos que expidan o celebren los ejecutores se regirán por las normas presupuestales contenidas en la presente ley, el Estatuto de Contratación Estatal, las normas contables que para este efecto defina la Contaduría General de la Nación y las demás disposiciones complementarias». Por su parte, los artículos 83, 98 y 108 de la Ley 2056 de 2020 determinan que la designación del ejecutor de los recursos corresponde tanto a las instancias de decisión de las comunidades indígenas, negras, afrocolombiana, raizales y palenqueras como la Comisión Nacional de Diálogo del Pueblo Rrom o Gitano.

En este sentido, sin perjuicio de lo previsto en los artículos 87 y 101 de la Ley 2056 de 2020 para los proyectos financiables con recursos de la asignación directa, es relevante resaltar que los actos o contratos que celebren los ejecutores están sometidos a la Ley 80 de 1993. Por tanto, en caso de que se realicen proyectos de inversión para estas comunidades en el contexto de la Ley del Sistema General de Regalías, los ejecutores designados deberán implementar los documentos tipo adoptados si el objeto contractual se enmarca en las actividades de la «Matriz 1 – Experiencia» establecidas en cada uno de los documentos tipo. Lo anterior, teniendo en cuenta que, de acuerdo con la Ley 2022 de 2020, los documentos tipo serán de obligatorio cumplimiento en la contratación que se rija por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. De este modo, en el evento en que determinados asuntos estén sometidos, por norma especial, al Estatuto General de Contratación Pública, la celebración y ejecución de los contratos deberá realizarse conforme a este régimen y, por tanto, aplicar los documentos tipo.

**3. Respuesta**

EMPA ACEVEDO S.A.S ESP tendría que adelantar el proceso de selección de contratista con sujeción a la Ley 1882 de 2018 y en especial, la aplicación de los pliegos tipo, en lo que tiene que ver con infraestructura de transporte, o en su defecto podría hacer el proceso de contratación con sujeción a su manual de contratación que es exceptuado del EGCAP (sic)

En su actividad contractual, las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios se sujetan a las disposiciones del derecho privado, salvo en aquellos casos en los que la Constitución, la Ley 142 de 1994 u otras leyes especiales sometan tal gestión al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Por consiguiente, los documentos tipo adoptados por la Agencia Nacional de Contratación Pública no son de obligatorio cumplimiento por parte de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, teniendo en cuenta que su aplicación es vinculante para las entidades cuya contratación se rija por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. No obstante, las empresas prestadoras de servicios públicos podrán adoptar los documentos tipos, como políticas de buenas prácticas contractuales.

En todo caso, aunque se trate de entidades sujetas al derecho privado, deben observar las disposiciones presupuestales, tributarias y demás normas de orden público aplicables a las entidades estatales, independientemente de su régimen contractual. Así, por ejemplo, conforme a la Ley 2056 de 2020 sobre los recursos del Sistema General de Regalías, cuando dichos recursos sean para proyectos de inversión en i) pueblos y comunidades indígenas, ii) comunidades negras, afrocolombiana, raizales y palenqueras y iii) el pueblo Rrom o gitano, «los actos o contratos que expidan o celebren los ejecutores se regirán por las normas presupuestales contenidas en la presente ley, el Estatuto de Contratación Estatal, las normas contables que para este efecto defina la Contaduría General de la Nación y las demás disposiciones complementarias». En estos eventos, los proyectos que se ejecuten con estos recursos y para estas comunidades deberán aplicar los documentos tipo, por someterse estos contratos al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

En conclusión, en los casos en que el régimen contractual aplicable a determinado negocio jurídico sea el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, procederá la adopción obligatoria de los documentos tipo, en los casos en que estos resulten aplicables de acuerdo con las consideraciones anteriores.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Tatiana Baquero IguaránContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Sebastián Ramírez GrisalesGestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado NavarroSubdirector de Gestión Contractual ANCP – CCE |

1. La Agencia Nacional de Contratación Pública ‒ Colombia Compra Eficiente fue creada por el Decreto Ley 4170 de 2011. Su objetivo es servir como ente rector de la política de compras y contratación del Estado. Para tales fines, como órgano técnico especializado, le corresponde formular políticas públicas y normas y unificar los procesos de contratación estatal, con el fin de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado. El artículo 3 *ibidem* señala, de manera precisa, las funciones de Colombia Compra Eficiente. Concretamente, el numeral 5º de este artículo establece que le corresponde a esta entidad: «[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general y expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública». Seguidamente, el numeral 8º del artículo 11 ibidem señala que es función de la Subdirección de Gestión Contractual: «[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general». [↑](#footnote-ref-2)
2. «Parágrafo 3. El Gobierno Nacional tendrá la facultad de estandarizar las condiciones generales de los pliegos de condiciones y los contratos de las entidades estatales, cuando se trate de la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización por parte de las entidades». [↑](#footnote-ref-3)
3. Ley 1882 de 2018: «Artículo 4. El Gobierno nacional adoptará documentos tipo para los pliegos de condiciones de los procesos de selección de obras públicas, interventoría para las obras públicas, interventoría para consultoría de estudios y diseños para obras públicas, consultoría en ingeniería para obras, los cuales deberán ser utilizados por todas las entidades sometidas al Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública en los procesos de selección que adelanten. Dentro de los documentos tipo el Gobierno adoptará de manera general y con alcance obligatorio para todas las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, las condiciones habilitantes, así como los factores técnicos y económicos de escogencia, según corresponda a cada modalidad de selección y la ponderación precisa y detallada de los mismos, que deberán incluirse en los pliegos de condiciones, teniendo en cuenta la naturaleza y cuantía de los contratos. Para la adopción de esta reglamentación el Gobierno tendrá en cuenta las características propias de las regiones con el ánimo de promover el empleo local.

»La facultad de adoptar documentos tipo la tendrá el Gobierno nacional, cuando lo considere necesario, en relación con otros contratos o procesos de selección.

»Los pliegos tipo se adoptarán por categorías de acuerdo con la cuantía de la contratación, según la reglamentación que expida el Gobierno nacional». [↑](#footnote-ref-4)
4. Corte Constitucional. Sentencia C-119 de 2020. M.P. Alejandro Linares Cantillo. «Encontró la Corte en el control abstracto de constitucionalidad, que de la norma no surge vulneración alguna de la autonomía de los entes territoriales, en cuanto que la estandarización se predica únicamente de los requisitos habilitantes y los criterios de escogencia, elementos propios del procedimiento de selección de contratistas, materia en la que existe reserva de ley, el Legislador goza de un amplio margen de configuración normativa y que no se encuentra atribuida a la regulación de las entidades territoriales. Resaltó que la norma cuestionada no interfiere en la facultad de las entidades territoriales para gestionar sus propios intereses, la que, en materia contractual, se predica particularmente de la identificación autónoma de sus necesidades y la configuración de los elementos del contrato». [↑](#footnote-ref-5)
5. Así lo ha reconocido la doctrina en la materia, al afirmar: «El modelo que se adoptó en la Constitución de 1991 para los servicios públicos se caracteriza por la liberalización de su prestación, por un fuerte poder del Estado para intervenir en ellos y por la adopción de instituciones para lidiar con los principales problemas que respecto de las tarifas enfrentaron históricamente estos servicios: la interferencia política en su fijación y el abuso por parte de los prestadores de su posición cuando no tienen suficiente competencia en sus mercados.

»Como base del modelo de liberalización, la Constitución removió las barreras jurídicas de entrada a la prestación de los servicios públicos y estableció como regla general que ellos “podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas o por particulares” […].

»Al establecer esta libertad de entrada, la Constitución abrió la puerta para romper con el modelo de prestación basado exclusivamente en los monopolios estatales que estuvo vigente por más de medio siglo. Y aunque bajo la Constitución de 1991 es posible aún la creación de monopolios de derecho para los servicios públicos, para ello deben cumplirse procedimientos muy exigentes desde el punto de vista político y jurídico: debe hacerse mediante una ley de iniciativa gubernamental aprobada por ambas cámaras del Congreso y, en todo caso, puede ocurrir solo mediando indemnización previa y plena» (NÚÑEZ FORERO, Felipe. Servicios públicos domiciliarios, telecomunicaciones e infraestructura (instituciones, regulación y competencia). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017. p. 43). [↑](#footnote-ref-6)
6. En efecto, dicho artículo establece: «Pueden prestar los servicios públicos:

»15.1. Las empresas de servicios públicos.

»15.2. Las personas naturales o jurídicas que produzcan para ellas mismas, o como consecuencia o complemento de su actividad principal, los bienes y servicios propios del objeto de las empresas de servicios públicos.

»15.3. Los municipios cuando asuman en forma directa, a través de su administración central, la prestación de los servicios públicos, conforme a lo dispuesto en esta Ley.

»15.4. Las organizaciones autorizadas conforme a esta Ley para prestar servicios públicos en municipios menores en zonas rurales y en áreas o zonas urbanas específicas.

»15.5. Las entidades autorizadas para prestar servicios públicos durante los períodos de transición previstos en esta Ley.

»15.6. Las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional que al momento de expedirse esta Ley estén prestando cualquiera de los servicios públicos y se ajusten a lo establecido en el parágrafo del artículo 17». [↑](#footnote-ref-7)
7. Así lo establece la norma: «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.

»La regla precedente se aplicará, inclusive, a las sociedades en las que las entidades públicas sean parte, sin atender al porcentaje que sus aportes representen dentro del capital social, ni a la naturaleza del acto o del derecho que se ejerce.

»Se entiende que la autorización para que una entidad pública haga parte de una empresa de servicios públicos organizada como sociedad por acciones, faculta a su representante legal, de acuerdo con los estatutos de la entidad, para realizar respecto de la sociedad, las acciones y los derechos inherentes a ellas [y] todos los actos que la ley y los estatutos permiten a los socios particulares». [↑](#footnote-ref-8)
8. Consejo de Estado. Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 13 de abril de 2011. Exp. 37423. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. En similar sentido, puede verse la Sentencia del Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B, del 15 de noviembre de 2011. Exp. 21178. Consejera ponente: Ruth Stella Correa Palacio. [↑](#footnote-ref-9)
9. Esta norma dispone: «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-10)
10. Disponible en <https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/DIRECTIVA%20PRESIDENCIAL%2001%20DEL%2003%20DE%20MARZO%20DE%202021.pdf> [↑](#footnote-ref-11)