**CCE-DES-FM-17**

**ENTIDADES DE RÉGIMEN ESPECIAL – Definición**

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

**ENTIDADES DE RÉGIMEN ESPECIAL – Reglas aplicables**

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

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

Toda vez que las entidades de régimen especial administran recursos públicos, sus manuales de contratación deben ceñirse a unas reglas mínimas que garanticen el cumplimiento de los principios de la función pública, el control fiscal y los principios rectores de la contratación estatal. Dentro de estas reglas mínimas deben: indicar el contenido de las propuestas y los procedimientos de selección, llevar una descripción precisa del procedimiento, los plazos de las etapas y los criterios de evaluación y desempate, y todos los criterios necesarios para garantizar la selección objetiva y la protección del interés general.

**ENTIDADES DE RÉGIMEN ESPECIAL – Obligaciones transversales a las entidades**

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

**EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO – Silencio administrativo negativo – Silencio administrativo positivo**

Por ello, el silencio administrativo que llegare a presentarse ante una petición efectuada a una empresa social del Estado en el curso de la ejecución de un contrato, por regla general, debe reputarse negativo, con fundamento en los citados artículos 83 y 84 de la Ley 1437 de 2011, pues no existe una norma especial que establezca expresamente un silencio administrativo positivo para las solicitudes formuladas en materia contractual a estas entidades. Ello en la medida en que el artículo 25, numeral 16, de la Ley 80 de 1993 no resulta aplicable a las empresas sociales del Estado cuando actúan como contratantes, pues esta es una norma que tiene como destinatarias a las entidades estatales señaladas en el artículo 2 de la Ley 80 de 1993 y no a las entidades excluidas o exceptuadas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Bogotá D.C., **30/07/2021 11:21:18**



Señor

**Hernando Moncaleano Perdomo**

Neiva, Huila

 **Concepto C – 382 de 2021**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**   | ENTIDADES DE RÉGIMEN ESPECIAL – Definición / ENTIDADES DE RÉGIMEN ESPECIAL – Reglas aplicables / ENTIDADES DE RÉGIMEN ESPECIAL – Manual de Contratación – Contenido / ENTIDADES DE RÉGIMEN ESPECIAL – Obligaciones transversales a las entidades / EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO – Silencio administrativo negativo – Silencio administrativo positivo. |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta # P20210617005314 |

Estimado señor Moncaleano:

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 17 de junio de 2021, 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.** **Problema planteado**

Usted realiza la siguiente consulta: «El silencio administrativo positivo adoptado por el numeral 16, del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, extiende sus efectos jurídicos al régimen de las Empresas Sociales del Estado -E.S.E.-?» (sic).

**2.** **Consideraciones**

Para resolver esta consulta se analizarán los siguientes temas: i) los regímenes especiales en la contratación estatal, como ámbitos de regulación que se constituyen como una mixtura entre las disposiciones del derecho privado, de los manuales o reglamentos internos de contratación de las entidades estatales, de los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, y del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, ii) la forma de llenar los vacíos que existan en el manual de contratación de las entidades exceptuadas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y iii) la inaplicabilidad a dichas entidades de la regla especial del silencio administrativo positivo consagrada en el artículo 25, numeral 16, de la Ley 80 de 1993.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se pronunció sobre el régimen jurídico aplicable a las entidades exceptuadas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública en los conceptos C−018 del 05 de febrero de 2020, C−027 del 12 de febrero de 2020, C−032 del 19 de febrero de 2020, C−179 del 16 de marzo de 2020, C−101 del 16 de marzo de 2020, C−086 del 16 de marzo de 2020, C−168 del 31 de marzo de 2020, C-158 del 3 de abril de 2020, C−362 del 03 de julio de 2020, C−462 del 23 de julio de 2020, C–560 del 24 de agosto de 2020, C-637 del 28 de octubre de 2020 y C−684 del 24 de noviembre de 2020. Tales ideas se reiteran a continuación y se complementan con algunas consideraciones relacionadas con el tema que constituye el objeto de la consulta que se resuelve en esta oportunidad.

**2.1. Regímenes especiales en la contratación estatal. Excepciones al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública: derecho privado matizado por las reglas y principios del derecho administrativo**

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

 Teniendo en cuenta que las entidades de régimen especial están facultadas legalmente para aplicar reglas distintas a las establecidas en la Ley 80 de 1993 y sus normas complementarias, su régimen contractual estará definido en la noma que crea el régimen especial y será desarrollado en el manual de contratación de la respectiva entidad, con el fin de que se puedan identificar las reglas que aplican en la contratación. La Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente expidió la Guía para las entidades estatales con régimen especial de contratación, que las define como aquellas que contratan con un régimen distinto a las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007[[1]](#footnote-2).

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

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

La Sala entiende que el régimen preponderante domina y aporta el gran volumen de normas contractuales y que el régimen inspirador influye y ayuda a interpretar pero también transforma parte de esas instituciones, porque se suma a ellas, lo que no siempre se logra conservando intacta la institución privada sino introduciéndole modificaciones.

La función que cumplen los principios públicos también se representa en la necesidad práctica —normalmente no por orden de una norma— de expedir un reglamento interno de contratación que concrete la mayor parte de aportes de esos principios a la transformación de las reglas del derecho privado. Es por esta influencia que surge la necesidad de contar con procesos de selección de contratistas que garanticen la libre concurrencia, la igualdad de oportunidades de acceso a los negocios del Estado, la trasparencia y en general los demás valores propios de la gestión de lo público[[2]](#footnote-3).

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

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

Además, se debe tener en cuenta que las cláusulas excepcionales no están contempladas en el derecho común. Estas se encuentran limitadas no solo al uso del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública sino a algunos tipos de contratos específicos. En ese sentido, la única forma en que una entidad sujeta a un régimen especial pueda usar estas cláusulas es si su norma de creación lo establece, como sucede con las empresas sociales del Estado. De modo que si una Entidad sujeta al régimen especial requiere sancionar o dar por terminado el contrato, por regla general, debe acudir al juez competente[[3]](#footnote-4).

Según se indicó, las empresas sociales del Estado –ESE– son entidades que se exceptúan de la aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, pues así lo prevé el artículo 195, numeral 6, de la Ley 100 de 1993. Esta norma dispone que una ESE, «En materia contractual se regirá por el derecho privado, pero podrá discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el estatuto general de contratación de la administración pública». En otras palabras, el legislador decidió otorgar a las empresas sociales del Estado –«[…] que constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa», al tenor del artículo 194 de la misma Ley– un régimen contractual de derecho privado, pero al mismo tiempo les dio la potestad de utilizar las cláusulas exorbitantes reguladas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Sin embargo, como se explicó previamente, el hecho de que la Ley 100 de 1993 remita al derecho privado, al establecer el régimen contractual de las empresas sociales del Estado, no puede entenderse como una negación de lo que, años más tarde, estableció el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007. Este enunciado normativo significó un «retorno del derecho administrativo» para las entidades excluidas, al reiterar que deben cumplir los principios constitucionales de la función administrativa y de la gestión fiscal, así como el régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal[[4]](#footnote-5). A continuación se analiza el alcance y los límites de los manuales o reglamentos internos de contratación que pueden expedir estas entidades públicas.

**2.2. Manual o reglamento interno de contratación de las entidades de régimen especial: límites derivados de la reserva de ley y forma de llenar sus vacíos**

Según se indicó anteriormente, las entidades estatales que, por disposición legal, cuentan con un régimen especial[[5]](#footnote-6), exceptuado del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y normas complementarias[[6]](#footnote-7)– pueden expedir un reglamento interno de contratación –comúnmente denominado *manual de contratación*–, que regule aspectos asociados a la actividad contractual, como los procedimientos de selección, los requisitos de participación, las condiciones de ejecución del contrato, etc. En otras palabras, el manual de contratación de las entidades exceptuadas es un acto administrativo y, de manera más concreta, un reglamento, pues, además de consistir en una manifestación unilateral de voluntad efectuada por la entidad estatal, en ejercicio de función administrativa, dirigida a producir efectos jurídicos, tiene vocación de permanencia en el tiempo. Esto significa que el manual de contratación despliega sus efectos de manera indefinida en el futuro, no agotándose con una sola aplicación.

Sin embargo, la libertad de configuración reglamentaria de las entidades estatales, expresada en el manual de contratación, no es absoluta, ya que, a pesar de que están facultadas para regular ciertos temas relacionados con la actividad contractual, deben hacerlo respetando la reserva legal de la que gozan ciertas materias. En tal sentido, asuntos como: i) los requisitos de existencia y validez del contrato, ii) sanciones, sin perjuicio de las que pueden pactar de acuerdo con las normas civiles y comerciales, iii) procedimientos para su imposición, iv) causales de inhabilidad e incompatibilidad, v) el principio de anualidad del gasto, y vi) restricciones al acceso a la administración de justicia para discutir las controversias contractuales, son, entre otros, temas cuya regulación está reservada al legislador y que, por tanto, las entidades exceptuadas no pueden reglamentar en su manual de contratación[[7]](#footnote-8).

Ahora bien, ¿a qué normas deben acudir las entidades estatales y los interesados, cuando se presenten lagunas jurídicas –es decir, vacíos o ausencia de regulación de ciertos temas–[[8]](#footnote-9), en los manuales de contratación de las entidades de régimen especial? Como lo establece la «Guía para las Entidades Estatales con régimen especial de Contratación»[[9]](#footnote-10), proferida por esta Agencia, en principio, la actividad contractual de las entidades excluidas de la aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública «se somete a las reglas del derecho privado». En consecuencia, si bien deben cumplir algunas obligaciones transversales propias del sistema de compra pública, señaladas en dicha guía y que se mencionaron en el numeral anterior, el régimen jurídico de base es el derecho privado, o sea el integrado por los preceptos civiles y comerciales.

Sin embargo, para determinar el método hermenéutico que ha de seguirse al momento de llenar el vacío de regulación presente en los manuales de contratación de las entidades con régimen especial, el operador jurídico debe indagar sobre en qué materia existiría una laguna. Ello por cuanto existen *tres* remisiones legales, que deben interpretarse sistemáticamente: i) la que efectúa hacia el derecho privado la norma legal que constituye el régimen especial de la entidad correspondiente –por ejemplo, el artículo 31 de la Ley 142 de 1994 o el artículo 195, numeral 6, de la Ley 100 de 1993, por mencionar solo estos dos casos–; ii) la que prevén los artículos 2, 34 y 47 de la Ley 1437 de 2011, los cuales disponen que las normas de la primera parte del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –CPACA– deben aplicarse en ausencia de lo establecido en leyes especiales; y iii) la que establece el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 respecto de la aplicación de los principios de la función administrativa –artículo 209 C.P.– y de la gestión fiscal –artículo 267 C.P.–, así como del régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto para la contratación estatal.

En consecuencia, si el manual de contratación de la entidad de régimen especial no prevé normas –es decir, si tiene vacíos–[[10]](#footnote-11) sobre: i) los elementos de existencia y validez del contrato, ii) los vicios que pueden generar su anulación, iii) la tipología de los negocios jurídicos, iv) los criterios de interpretación de las estipulaciones contractuales, v) el concepto y los requisitos de la oferta, vi) las formas de extinción de las obligaciones, vii) la responsabilidad contractual, y otras materias similares relacionadas con el régimen sustantivo del contrato, la ausencia de tales disposiciones en el reglamento interno de contratación de la entidad exceptuada debe suplirse con las normas del Código Civil y del Código de Comercio[[11]](#footnote-12), con la costumbre mercantil[[12]](#footnote-13) y con los principios generales que rigen las relaciones contractuales de los particulares, que ingresan dentro de la categoría de la *lex mercatoria*[[13]](#footnote-14).

Por el contrario, si el vacío del manual de contratación tiene que ver con asuntos asociados a los procedimientos administrativos, como: i) la forma de iniciar la actuación administrativa, ii) los derechos y deberes de las entidades y de los particulares en los procedimientos administrativos, iii) el trámite de las peticiones, iv) la notificación, comunicación o publicación de los actos administrativos, v) la presunción de legalidad, firmeza y ejecutoriedad de los actos administrativos, vi) los recursos contra los actos administrativos, etc. –asuntos que, como se dijo, gozan de reserva de ley–, la entidad de régimen especial debe aplicar el principio de subsidiariedad previsto en los artículos 2, 34 y 47 de la Ley 1437 de 2011; o sea, debe llenar tales lagunas con las normas de la primera parte del CPACA.

De otro lado, si lo que falta en el manual –precisamente porque está reservado a la ley– son normas que regulen las inhabilidades e incompatibilidades, en este caso sí se debe acudir a las disposiciones que las consagran y que establecen sus consecuencias, tanto en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, como en leyes complementarias.

En síntesis, los vacíos de los manuales de contratación de las entidades con régimen especial no siempre se llenan de la misma manera, pues ello depende de las materias sobre las cuales exista ausencia de regulación en dicho reglamento interno. En tal sentido, sin perjuicio del deber de cumplir ciertas obligaciones transversales a la contratación pública, los vacíos en los aspectos sustantivos y en la regulación del contrato se deben llenar con las normas civiles y comerciales, según el caso; los que tengan que ver con asuntos relacionados con el procedimiento administrativo se deben integrar con las normas de la primera parte del CPACA; los relacionados con las normas sobre inhabilidades e incompatibilidades, con las disposiciones que las regulen, contenidas bien sea en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública o en leyes complementarias. Finalmente, pero no por ello menos importante, los vacíos en la definición o alcance de los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal –a los que aluden los artículos 209 y 267 de la Constitución– deben llenarse con una interpretación integral de la carta política, así como con la jurisprudencia constitucional que exista sobre la materia, emanada de la Corte Constitucional o del Consejo de Estado –cuando actúe como tribunal constitucional–.

**2.3. Inaplicabilidad del silencio administrativo positivo previsto en el artículo 25, numeral 16, de la Ley 80 de 1993, a las entidades exceptuadas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, y, entre ellas, a las empresas sociales del Estado**

En armonía con lo que se expuso en el numeral anterior, ante la inexistencia de una regla especial de silencio administrativo contenida en la Ley 100 de 1993 para las empresas sociales del Estado, durante la ejecución de sus contratos, se debe acudir a lo dispuesto en la primera parte del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y no al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

La razón que explica la anterior afirmación se encuentra en el tercer inciso del artículo 2 de la Ley 1437 de 2011, según el cual «Las autoridades sujetarán sus actuaciones a los procedimientos que se establecen en este Código, sin perjuicio de los procedimientos regulados en leyes especiales. En lo no previsto en los mismos se aplicarán las disposiciones de este Código». Adicionalmente, el artículo 34 del mismo cuerpo normativo señala que «Las actuaciones administrativas se sujetarán al procedimiento administrativo común y principal que se establece en este Código, sin perjuicio de los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales. En lo no previsto en dichas leyes se aplicarán las disposiciones de esta Parte Primera del Código».

Los artículos 83 y 84 de la Ley 1437 de 2011 son normas ubicadas en la primera parte del Código –comprendida en los artículos 1 al 102– y, conforme a ellas, puede inferirse que, en ausencia de norma especial, por regla general, el silencio administrativo es *negativo*. En efecto, el artículo 83 establece:

Transcurridos tres (3) meses contados a partir de la presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que esta es negativa.

En los casos en que la ley señale un plazo superior a los tres (3) meses para resolver la petición sin que esta se hubiere decidido, el silencio administrativo se producirá al cabo de un (1) mes contado a partir de la fecha en que debió adoptarse la decisión.

La ocurrencia del silencio administrativo negativo no eximirá de responsabilidad a las autoridades. Tampoco las excusará del deber de decidir sobre la petición inicial, salvo que el interesado haya hecho uso de los recursos contra el acto presunto, o que habiendo acudido ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se haya notificado auto admisorio de la demanda.

Por su parte, el artículo 84, indica lo siguiente:

Solamente en los casos expresamente previstos en disposiciones legales especiales, el silencio de la administración equivale a decisión positiva.

Los términos para que se entienda producida la decisión positiva presunta comienzan a contarse a partir del día en que se presentó la petición o recurso.

El acto positivo presunto podrá ser objeto de revocación directa en los términos de este Código.

Según lo expuesto, el silencio administrativo que llegare a presentarse ante una petición efectuada a una empresa social del Estado en el curso de la ejecución de un contrato, por regla general, debe reputarse *negativo*, con fundamento en los citados artículos 83 y 84 de la Ley 1437 de 2011, pues no existe una norma especial que establezca expresamente un silencio administrativo *positivo* para las solicitudes formuladas en materia contractual a estas entidades. Ello en la medida en que el artículo 25, numeral 16, de la Ley 80 de 1993[[14]](#footnote-15) no resulta aplicable a las empresas sociales del Estado cuando actúan como contratantes, pues esta es una norma que tiene como destinatarias a las entidades estatales que se rigen por dicha Ley, y no a las entidades excluidas o exceptuadas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Finalmente, no puede afirmarse que, en virtud de la remisión hecha por el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 a los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, uno de los cuales es el *principio de economía*, deben aplicarse entonces las «reglas» especiales que, sobre dicho principio, están consagradas en el artículo 25 de la Ley 80 de 1993, incluida la del numeral 16, que prevé el silencio administrativo positivo. Esta deducción no es válida para las entidades exceptuadas, porque el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 no las obliga a respetar los principios en la *misma* forma como están regulados en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, sino a aplicar «[…] 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». En ambas normas constitucionales se alude a los principios, y entre ellos al de economía, como mandatos de optimización; no como reglas. Esto significa que las entidades que tienen un régimen especial de derecho privado deben aplicar los principios en la mayor medida posible, según el *test* de proporcionalidad que deben efectuar en cada caso, y no se rigen por el desarrollo de los principios, contenido en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

**3. Respuesta**

«El silencio administrativo positivo adoptado por el numeral 16, del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, extiende sus efectos jurídicos al régimen de las Empresas Sociales del Estado -E.S.E.-?» (sic).

Las entidades exceptuadas de la aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en principio, no deben acudir a la Ley 80 de 1993, a la Ley 1150 de 2007 y al Decreto 1082 de 2015, para resolver aspectos no regulados en su acto legal de creación o en su reglamento interno de contratación, pues, como se indicó, el régimen jurídico de base de tales entidades es el derecho privado –en cuanto a los aspectos contractuales– y las normas previstas en la primera parte de la Ley 1437 de 2011 –en relación con los temas asociados al procedimiento administrativo–. Sin embargo, frente al régimen de inhabilidades e incompatibilidades sí deben acudir al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y a las leyes complementarias sobre este tema.

Por ello, el silencio administrativo que llegare a presentarse ante una petición efectuada a una empresa social del Estado en el curso de la ejecución de un contrato, por regla general, debe reputarse *negativo*, con fundamento en los citados artículos 83 y 84 de la Ley 1437 de 2011, pues no existe una norma especial que establezca expresamente un silencio administrativo *positivo* para las solicitudes formuladas en materia contractual a estas entidades. Ello en la medida en que el artículo 25, numeral 16, de la Ley 80 de 1993 no resulta aplicable a las empresas sociales del Estado cuando actúan como contratantes, pues esta es una norma que tiene como destinatarias a las entidades estatales que se rijan por dicha Ley, y no a las entidades excluidas o exceptuadas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

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



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Cristian Andrés Díaz DíezContratista 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. Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente. Guía para las Entidades Estatales con régimen especial de contratación: «Entidad Estatal de régimen especial: Entidad Estatal que realiza sus Procesos de Contratación con un régimen distinto al previsto en las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007». [↑](#footnote-ref-2)
2. Consejo de Estado. Sección Tercera. Radicado No. 45.607 del 24 de octubre de 2016. Consejera Ponente: María Nubia Velásquez Rico. [↑](#footnote-ref-3)
3. Sobre las entidades de régimen especial, se puede consultar su definición y un listado aproximado de este tipo de entidades en: BARRETO MORENO, Antonio A. El derecho de la compra pública. Legis - Universidad de la Sabana, primera edición, Bogotá, 2019.

 [↑](#footnote-ref-4)
4. Este fenómeno también se ha presentado, en los últimos años, en España. Al respecto, ver: SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. El retorno del derecho administrativo. En: Revista de Administración Pública. Nº 216 (2018). Disponible en: https://recyt.fecyt.es/index.php/RAP/article/view/67033. [↑](#footnote-ref-5)
5. Es el caso de: i) las empresas sociales del Estado (art. 195, num. 6, Ley 100/1993), ii) las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios (arts. 31 y 32, Ley 142/94); iii) las empresas industriales y comerciales del Estado, sociedades públicas y sociedades de economía mixta con capital público mayoritario, siempre que las tres entidades mencionadas anteriormente se encuentren en competencia con el sector público o privado, a nivel nacional o internacional, o ejerzan su actividad en un mercado regulado (art. 14, Ley 1150/07); iv) las universidades públicas (art. 93, Ley 30/92); entre otras.

 [↑](#footnote-ref-6)
6. Leyes que, a su vez, han sido modificadas por otras posteriores, como las Leyes 1474 de 2011 y 1882 de 2018, entre otras. Así mismo, se recuerda que el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública se encuentra reglamentado actualmente por el Decreto 1082 de 2015. [↑](#footnote-ref-7)
7. Así lo sostuvo el Consejo de Estado: «Esta Sala, en sentido contrario al del tribunal, recuerda que las normas que establecen la manera como se perfecciona un contrato son de orden público, por tanto indisponibles por las partes, así que para las entidades excluidas de la Ley 80, un contrato existe si cumple las exigencias del ordenamiento privado; ni siquiera las del manual de contratación que expide cada hospital, ni las que prevean las partes en un contrato específico, porque los últimos no pueden reducirlas o adicionarlas, puesto que semejante acuerdo adolecerá de nulidad, al transgredir el derecho público de la nación.

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

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

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

»c. Si la entidad excluida de Ley 80 profirió un reglamento o manual de contratación, para señalar con certidumbre la manera como contratará los bienes, obras y servicios de su interés, los requisitos de perfeccionamiento de sus contratos tampoco son disponibles por ese estatuto, porque esta materia está reservada a la ley. Por tanto, cuándo existe un contrato es un aspecto que define el derecho privado, y la entidad no lo puede alterar, ni para atenuar ni para hacer más exigentes los requisitos» (Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 8 de abril de 2014. Exp. 25.801 C.P. Enrique Gil Botero). [↑](#footnote-ref-8)
8. Sobre el concepto de *lagunas* en el sistema normativo, es decir, de *vacíos* de regulación, puede verse: GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. Filosofía del Derecho. 17ª ed. México: Porrúa, 2011. pp. 222-245. [↑](#footnote-ref-9)
9. Identificada con la referencia G-EEREC-01 y publicada en el siguiente enlace: https://colombiacompra.gov.co/sites/cce\_public/files/cce\_documents/cce\_guia\_regimen\_especial.pdf [↑](#footnote-ref-10)
10. Bien por la reserva legal de las materias o porque no las reguló. [↑](#footnote-ref-11)
11. El artículo 1º del Código de Comercio establece que: «Los comerciantes y los asuntos mercantiles se regirán por las disposiciones de la ley comercial, y los casos no regulados expresamente en ella serán decididos por analogía de sus normas»; mientras que el artículo 2º señala que: «En las cuestiones comerciales que no pudieren regularse conforme a la regla anterior, se aplicarán las disposiciones de la legislación civil». Esto significa que en el derecho privado las normas comerciales prevalecen sobre las civiles en asuntos mercantiles. [↑](#footnote-ref-12)
12. «La costumbre mercantil tendrá la misma autoridad que la ley comercial, siempre que no la contraríe manifiesta o tácitamente y que los hechos constitutivos de la misma sean públicos, uniformes y reiterados en el lugar donde hayan de cumplirse las prestaciones o surgido las relaciones que deban regularse por ella.

»En defecto de costumbre local se tendrá en cuenta la general del país, siempre que reúna los requisitos exigidos en el inciso anterior» (art. 3 del Código de Comercio). [↑](#footnote-ref-13)
13. Dentro de tales principio se encuentran, por ejemplo, los principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales. Ver: https://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2010/blackletter2010-spanish.pdf [↑](#footnote-ref-14)
14. Esta norma establece que «En las solicitudes que se presenten en el curso de la ejecución del contrato, si la entidad estatal no se pronuncia dentro del término de tres (3) meses siguientes, se entenderá que la decisión es favorable a las pretensiones del solicitante en virtud del silencio administrativo positivo. Pero el funcionario o funcionarios competentes para dar respuesta serán responsables en los términos de esta ley». [↑](#footnote-ref-15)