CCE-DES-FM-17

**COLOMBIA COMPRA EFICIENTE – Decreto Ley 4170 de 2011 – Naturaleza jurídica – Objeto**

El legislador determinó que su objetivo sería servir como ente rector de la política de compras y contratación del Estado, al ser consciente de la necesidad de contar en la estructura del Estado con un órgano técnico especializado que asumiera la tarea de formular políticas públicas, normas y unificar los procesos de contratación estatal, facultando a la Agencia para «difundir las normas, reglas, procedimientos, medios tecnológicos y mejores prácticas para las compras y la contratación pública», de conformidad con el numeral 10 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011.

En este contexto, concretamente el numeral 2 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011 señala que una de las funciones de la Agencia Nacional de Contratación Pública es «desarrollar, implementar y difundir las políticas públicas, planes, programas, normas, instrumentos y herramientas que faciliten las compras y contratación pública del Estado y promuevan las mejores prácticas, la eficiencia, transparencia y competitividad del mismo, a fin de que se cumplan los principios y procesos generales que deben gobernar la actividad contractual de las entidades públicas».

**COLOMBIA COMPRA EFICIENTE – Funciones – Expedición – Guías – Manuales – Circulares**

En ejercicio de estas competencias conferidas por el Decreto Ley 4170 de 2011, Colombia Compra Eficiente ha expedido Guías, Manuales, Circulares y los Documentos Tipo, los cuales pueden ser calificados como herramientas de apoyo a los partícipes de la contratación pública.

**MANUALES – Colombia Compra Eficiente – Definición**

[…] Dentro del funcionamiento interno de esta entidad, los Manuales han sido entendidos como documentos que tratan de manera general aspectos fundamentales y elementales de un tema. Su contenido tiende a ser teórico y su finalidad es aclarar los puntos más importantes del asunto abordado. Por ejemplo, la entidad ha elaborado manuales para determinar y verificar los requisitos habilitantes o para el manejo de los acuerdos comerciales en los procesos de contratación.

**GUÍAS – Colombia Compra Eficiente – Definición**

Las Guías, por su parte, se han entendido como documentos técnicos que indican generalmente un procedimiento sobre cómo deben operarse ciertos temas por parte de los partícipes del Sistema de Compra Pública. Así, por ejemplo, se han expedido guías de compras públicas socialmente responsables o guía para la liquidación de los contratos estatales, la cual fija un procedimiento para el efecto.

**OBLIGATORIEDAD – Actos – Colombia Compra Eficiente**

En otras palabras, lo que define la obligatoriedad de determinado acto que expida la entidad no es que se adopte mediante Circular Externa, sino que el contenido sea de aquellos cuya regulación ha sido encargada por el legislador o el Presidente de la República a la Agencia Nacional de Contratación Pública. Lo anterior hace referencia a uno de los elementos de los actos administrativos: la competencia.

Además, para que un acto expedido por esta entidad sea obligatorio, debe reunir todos los demás elementos de un acto administrativo, entendido este, desde su concepción clásica, como la manifestación unilateral de voluntad de la Administración, en ejercicio de la función administrativa, con el potencial de producir efectos jurídicos.

**MANUAL PARA LA IDENTIFICACIÓN Y COBERTURA DEL RIESGO EN LOS PROCESOS DE CONTRATACIÓN – No obligatoriedad – Nulidad – Norma que otorgaba competencia**

En relación con los manuales y guías para la «identificación y cobertura del riesgo», el Consejo de Estado concluyó que, a la luz del artículo 4 de la Ley 1150 de 2007, son las entidades contratantes las obligadas a incluir en los pliegos de condiciones la estimación, tipificación y asignación del riesgo previsible a cada proceso de contratación. Además, frente a la cobertura de ese riesgo, el artículo 7 de la Ley 1150 de 2007 determinó que era el Gobierno Nacional quien debía fijar los «criterios que seguirán las entidades para la exigencia de garantías, las clases y niveles de amparo de los riesgos de los contratos».

 Por ello, al declararse la nulidad del literal a) del numeral 2 del artículo 159 del Decreto 1510 de 2013, el Consejo de Estado determinó que las guías o manuales que expida Colombia Compra Eficiente, en relación con la identificación y cobertura de riesgos, no son vinculantes para las entidades, quienes podrán, de manera facultativa, acudir a ellas como una guía para llevar a cabo la estimación, tipificación, asignación y cobertura de riesgos en cada proceso de contratación particular.



Señora

**Yeimy Paola Alfonso**

Bogotá D.C.

 **Concepto C –519 de 2021**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**   | COLOMBIA COMPRA EFICIENTE – Decreto Ley 4170 de 2011 – Naturaleza jurídica – Objeto / COLOMBIA COMPRA EFICIENTE – Funciones – Expedición – Guías – Manuales – Circulares / MANUALES – Colombia Compra Eficiente – Definición / GUÍAS – Colombia Compra Eficiente – Definición / OBLIGATORIEDAD – Actos – Colombia Compra Eficiente / MANUAL PARA LA IDENTIFICACIÓN Y COBERTURA DEL RIESGO EN LOS PROCESOS DE CONTRATACIÓN – Obligatoriedad |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta P20210812007220 |

Estimada señora Alfonso:

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 procede a dar respuesta a su consulta del 12 de agosto de 2021.

1. **Problemas planteados**

Usted realiza las siguientes preguntas: i) «¿En la contratación que realice Capital Salud EPS está obligado a seguir los lineamientos Manual para la Identificación y Cobertura del Riesgo en los Procesos de Contratación?», ii) «¿Es posible recibir una asesoría por parte de Colombia eficiente hacia Capital Salud para despejar dudas sobre el Manual para la Identificación y Cobertura del Riesgo en los Procesos de Contratación?» y iii) «¿Dónde encuentro el Excel (matriz de riesgos) que propone el manual para la Identificación y Cobertura del Riesgo en los Procesos de Contratación?».

1. **Consideraciones**

Para resolver su consulta, se analizará la obligatoriedad de las Guías y Manuales expedidas por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente y específicamente del Manual para la Identificación y Cobertura del Riesgo en los Procesos de Contratación, último tema que fue analizado en el concepto C-451 del 31 de agosto de 2021.

**2.1. Guías, Manuales, Circulares y Documentos Tipo**

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente fue creada por el Decreto Ley 4170 de 2011, como una Unidad Administrativa Especial, descentralizada de la Rama Ejecutiva del orden nacional, adscrita al Departamento Nacional de Planeación. El legislador determinó que su objetivo sería servir como ente rector de la política de compras y contratación del Estado, al ser consciente de la necesidad de contar en la estructura del Estado con un órgano técnico especializado que asumiera la tarea de formular políticas públicas, normas y unificar los procesos de contratación estatal, facultando a la Agencia para «difundir las normas, reglas, procedimientos, medios tecnológicos y mejores prácticas para las compras y la contratación pública», de conformidad con el numeral 10 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011.

En este contexto, concretamente el numeral 2 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011 señala que una de las funciones de la Agencia Nacional de Contratación Pública es «desarrollar, implementar y difundir las políticas públicas, planes, programas, normas, instrumentos y herramientas que faciliten las compras y contratación pública del Estado y promuevan las mejores prácticas, la eficiencia, transparencia y competitividad del mismo, a fin de que se cumplan los principios y procesos generales que deben gobernar la actividad contractual de las entidades públicas». Asimismo, el numeral 5 del mismo artículo otorga la facultad para expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública.

En ejercicio de estas competencias conferidas por el Decreto Ley 4170 de 2011, Colombia Compra Eficiente ha expedido Guías, Manuales y Circulares, los cuales pueden ser calificados como herramientas de apoyo a los partícipes de la contratación pública. Pese a que el Decreto Ley 4170 de 2011 no contiene de manera expresa los vocablos Guía o Manual, Colombia Compra Eficiente, a partir del 2013, los ha expedido como instrumentos y herramientas que facilitan las compras y la contratación pública y promueven las mejores prácticas, la eficiencia, transparencia y competitividad.

El Decreto 1510 de 2013, por el cual se reglamentó el sistema de compras y contratación pública, compilado por el Decreto 1082 de 2015, a pesar de que se refiere de forma expresa a los Manuales y Guías, no distingue o precisa el concepto de cada uno. Bajo las denominaciones de Guías, Manuales, instructivos y protocolos muchas entidades del Estado han adoptado herramientas e instrumentos para definir criterios técnicos, fijar procedimientos, estandarizar procesos y establecer metodologías y no existe un significado unívoco que defina cada herramienta[[1]](#footnote-1).

Dentro del funcionamiento interno de esta entidad, los Manuales han sido entendidos como documentos que tratan de manera general aspectos fundamentales y elementales de un tema. Su contenido tiende a ser teórico y su finalidad es aclarar los puntos más importantes del asunto abordado. Por ejemplo, la entidad ha elaborado manuales para determinar y verificar los requisitos habilitantes o para el manejo de los acuerdos comerciales en los procesos de contratación.

Las Guías, por su parte, se han entendido como documentos técnicos que indican generalmente un procedimiento sobre cómo deben operarse ciertos temas por parte de los partícipes del Sistema de Compra Pública. Así, por ejemplo, se han expedido guías de compras públicas socialmente responsables o la guía para la liquidación de los contratos estatales, la cual fija un procedimiento para el efecto.

**2.2. Obligatoriedad de los instrumentos y herramientas expedidas por Colombia Compra Eficiente**

Para el año 2016, frente a los documentos bajo estudio se sostuvo que los Manuales y Guías, como instrumentos o herramientas de buenas prácticas y facilitadores de la comprensión de la normativa del Sistema de Compra Pública, solo eran obligatorios cuando se acogían a través de una circular, de manera que si las entidades estatales se apartaban de esas buenas prácticas tenían una carga de argumentación que debía quedar consignada de manera expresa en los documentos del proceso.

Las circulares externas, al ser actos administrativos generales, eran obligatorias siempre que se hubieran publicado en el Diario Oficial. En este sentido, las directrices, manuales, guías o lineamientos que se adopten por circular o cualquier otro acto administrativo vinculante eran obligatorias para los partícipes del Sistema de Compra Pública[[2]](#footnote-2).

Así pues, el enfoque que se tuvo sobre la obligatoriedad o vinculatoriedad de las normas proferidas por la Agencia Nacional de Contratación Pública, en ejercicio de sus funciones, le daba prevalencia a la forma mediante la cual se adoptaba la pauta o directriz. Es decir, si se trataba de Circulares Externas se estaba en presencia de una norma de obligatorio cumplimiento; mientras que si la directriz se adoptaba bajo la forma de una Guía, Manual o Documento Tipo su vinculatoriedad era facultativa, y por tanto su rango normativo no pasaba de ser una recomendación de buenas prácticas administrativas.

Ahora bien, en el 2017 la Subdirección de Gestión Contractual acogió un enfoque sustantivo sobre el carácter obligatorio de los actos expedidos por la entidad, enfoque que es el que se mantiene en el presento concepto. Esto quiere decir que con independencia de la forma que adopte la directriz, su carácter obligatorio o no está determinado por la existencia de una competencia legal o reglamentaria para regular el asunto en concreto.

En otras palabras, lo que define la obligatoriedad de determinado acto que expida la entidad no es que se adopte mediante Circular Externa, sino que el contenido sea de aquellos cuya regulación ha sido encargada por el legislador o el Presidente de la República a la Agencia Nacional de Contratación Pública. La anterior postura hace referencia y se fundamenta en uno de los elementos de los actos administrativos: la competencia.

Además, para que un acto expedido por esta entidad sea obligatorio, debe reunir todos los demás elementos de un acto administrativo, entendido este, desde su concepción clásica, como la manifestación unilateral de voluntad de la Administración, en ejercicio de la función administrativa, con el potencial de producir efectos jurídicos.

Los llamados elementos del acto administrativo son: la competencia, objeto, forma, causa y finalidad, por lo que reunidos forman un acto administrativo. En relación con lo anterior, el Consejo de Estado ha manifestado:

Los elementos de validez a los que hace alusión la jurisprudencia cuyo desconocimiento acarrea la nulidad del acto administrativo son: i) los sujetos, diferenciados entre activo o quien expide el acto y quien debe gozar de competencia y voluntad para emitirlo, y el pasivo, esto es, sobre quien recaen sus efectos, ii) el objeto o contenido del acto que determina la situación jurídica que se va a afectar con este, que en todo caso debe ser lícito, posible y existente, iii) los motivos o razón de hecho o de derecho determinantes que impulsaron la emisión del acto, iv) los fines o lo que la administración pretende alcanzar con la expedición del acto administrativo, que debe ser el interés general, y v) la formalidad, concepto que encierra indistintamente los de procedimiento, forma y formalidad. Así, el primero indica que para expedir el acto debe seguirse un trámite determinado, el segundo señala que debe ser expedido de acuerdo con su contenido y alcance ya sea mediante leyes, resoluciones, acuerdos, etc., y el tercero advierte los requisitos que debe acatarse para la expedición[[3]](#footnote-3).

Al lado del concepto de validez de los actos administrativos se encuentra el de su eficacia, que se refiere no a los elementos que componen el acto sino a la producción de efectos jurídicos. Así, los requisitos de eficacia buscan dar a conocer el contenido del mismo a los destinatarios de la norma, de forma que les sea oponible, a través de la publicación, la comunicación o notificación, según corresponda. Es por ello que el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo determina que los actos administrativos de carácter general no serán obligatorios mientras no hayan sido publicados en el Diario Oficial o en las gacetas territoriales, según el caso[[4]](#footnote-4).

El Consejo de Estado ha puntualizado que «la publicidad de los actos administrativos no es un requisito para su existencia ni para su validez sino para que ellos puedan producir los efectos a que están destinados. Con otras palabras, los vicios en la publicidad de los actos administrativos, por no generarse en su producción sino en su comunicación, solo impactan en su eficacia final y por ello tales hechos jamás pueden aducirse como circunstancias de inexistencia del acto o como causal de invalidez del mismo»[[5]](#footnote-5).

Este enfoque sustantivo o material en relación con la obligatoriedad de las Circulares, Guías, Manuales o Documentos Tipo corresponde al entendimiento que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha tenido al momento de determinar si se está ante un acto de la administración sujeto a control por la jurisdicción contencioso administrativa, esto es, si se está en presencia de un acto administrativo. Al respecto, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha señalado:

Como lo ha expresado esta Sala, para efectos de determinar la posibilidad de impugnación ante el juez contencioso administrativo, debe tenerse en cuenta aquella definición de acto administrativo según la cual éste se presenta cuando el Estado administrador produce una decisión con consecuencias jurídicas, vale decir, que implican cambios en el mundo de las regulaciones del derecho, bien para crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas, sean éstas generales o particulares. No basta, entonces, que se produzca una simple manifestación, que se exprese una opinión o se formule un concepto por parte de la autoridad pública; el acto administrativo siempre contiene una decisión, cuyo fundamento se encuentra directamente en el ejercicio de las potestades propias del poder público, de las que carecen los particulares[[6]](#footnote-6).

Frente al enfoque material en la definición de un acto administrativo, se ha sostenido lo siguiente:

Por otro lado, en relación con la definición de acto administrativo, en el ordenamiento jurídico colombiano se ha adoptado una definición material, es decir, **no es la formalidad lo que le da su carácter sino su contenido.**

En consideración a lo anterior y en auxilio de la doctrina, se encuentra la siguiente definición de acto administrativo, que por incluir todos los elementos del mismo, considera la Sala la más adecuada: “… luego se ha de definir el acto administrativo como toda declaración de voluntad, juicio o deseo que se profiere de manera unilateral, en ejercicio de la función administrativa y produce efectos jurídicos directos o definitivos sobre un asunto determinado” (Berrocal Guerrero, Luis Enrique. Manual del Acto Administrativo. Editorial Librería Ediciones del Profesional LTDA. Bogotá 2009, pág. 108) (…) Por tanto para hablar de actos administrativos, en ellos debe contenerse una declaración unilateral de voluntad de la administración y que aquélla produzca de manera directa efectos jurídicos[[7]](#footnote-7) (Negrillas fuera de texto).

La Corte Constitucional tiene una comprensión similar del acto administrativo:

El acto administrativo definido como la manifestación de la voluntad de la Administración, tendiente a producir efectos jurídicos ya sea creando, modificando o extinguiendo derechos para los administrados o en contra de éstos, tiene como presupuestos esenciales su sujeción al orden jurídico y el respeto por las garantías y derechos de los administrados[[8]](#footnote-8).

Finalmente, la doctrina también ha entendido que el criterio de identificación de los actos administrativos es de carácter material y no formal, esto es, con independencia de la forma o el nombre bajo el cual se adopte la decisión, lo fundamental es que se trate de una manifestación de la voluntad unilateral de la administración tendiente a modificar la realidad jurídica, esto es, a introducir en el ordenamiento jurídico prescripciones de carácter imperativo. Así lo sostiene la doctrina:

Los actos de la administración pública, cuando son manifestaciones de voluntad de carácter unilateral, creadoras de situaciones jurídicas, pueden ser de dos clases: generales o individuales. Los primeros, como los hemos venido indicando, caracterizados por ser fuente de normatividad reguladora general. Los segundos, por crear situaciones subjetivas o personales. De aquí que no hagamos énfasis en la nominación particular que adquiera el respectivo acto administrativo. Esto es, que para efectos de nuestro estudio no nos interesa si la manifestación se denomina resolución, decreto, directiva o circular; lo importante es si es creadora de situaciones generales, abstractas e impersonales, caso en el cual le daremos el tratamiento de potestad normativa o reglamentaria. Si, por el contrario, es creadora de situaciones individuales, para todos los efectos será considerada como un simple acto administrativo individual[[9]](#footnote-9).

De lo anterior se desprende que para identificar un acto administrativo es indiferente la forma bajo la cual se adopte –resolución, decreto, directiva, guía o circular–, pues lo determinante es su contenido y su potencial para generar efectos jurídicos. *Mutatis mutandis*, para la determinación de la obligatoriedad o no de las normas regulatorias que expide Colombia Compra Eficiente, con independencia de la forma que adopten, es necesario verificar frente al caso concreto de la guía, el manual, la circular o el documento tipo si reúne los elementos de un acto administrativo y, por tanto, si tienen la capacidad de producir efectos jurídicos[[10]](#footnote-10).

**2.3. Posición del Consejo de Estado en torno a la obligatoriedad de los instrumentos y herramientas expedidas por Colombia Compra Eficiente. El «Manual para la identificación y cobertura del Riesgo en los Procesos de Contratación»**

El Consejo de Estado ha sostenido la posición que ahora se acoge respecto de la obligatoriedad de los instrumentos normativos expedidos por la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente. A partir de los dos pronunciamientos judiciales recientes se puede concluir que con independencia de la forma que adopten, la vinculatoriedad viene dada por el carácter de acto administrativo, y como una consecuencia esencial de dicha naturaleza.

Un ejemplo de lo anterior lo encontramos en una providencia proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, en la que se decidió si procedía la medida cautelar de suspensión provisional de la Circular Externa 01 de 2013, sobre la publicación de la información de la actividad contractual en el SECOP. En esta sentencia, el Consejo de Estado, además de reconocer la obligatoriedad de este acto administrativo, hizo especial énfasis en la existencia legal del deber de publicidad de quienes realizan contrataciones con recursos públicos, esto es, la competencia para expedir la circular demandada no se la había arrogado *motu proprio* la Agencia Nacional de Contratación Pública, pues así lo ordenaba la ley:

11.13.- Las razones expuestas, que apenas constituyen un juicio preliminar sobre la medida cautelar, llevan a este Despacho a considerar que, a esta altura de la actuación procesal, no se reúnen elementos suficientes para configurar una violación a la potestad legislativa prevista en el artículo 150.1 de inciso final de la Constitución Política, pues entiende como argumento razonable afirmar que el deber de información a quienes contratan con recursos públicos ya se encontraba previsto en el ordenamiento jurídico interno desde la Ley 1150 de 2007, sin perjuicio de su existencia, también, en el escenarios de los estándares convencionales sobre el derecho humano fundamental al acceso a la información pública.

11.14.- Al hilo de esas consideraciones brevemente reseñadas, tampoco advierte de manera preliminar esta judicatura elementos de juicio suficientes que le lleven a considerar que en el sub judice ocurrió una violación a la potestad reglamentaria de la que es titular el Presidente de la República como lo pregona el artículo 189.11 de la Carta, pues tiene averiguado provisoriamente que, además de que la obligación de informar no parece haber surgido con ocasión de la expedición de la circular Externa 01 de 2013 acá demandada, se cuenta con una base jurídica mínima que apoya la competencia de la Agencia Nacional de Contratación Estatal para su expedición pues se sabe que esa Agencia, como Unidad Administrativa Especial, se ubica dentro del sector descentralizado del orden nacional y cuenta dentro de su ámbito funcional con competencias atinentes a la materia de la contratación estatal, esto es, a la actividad administrativa vinculada a la provisión de bienes y/o servicios por cuenta del Estado para la satisfacción de sus necesidades y la realización de los cometidos estatales y ejerce una competencia de orientación o coordinación toda vez que tiene a su cargo la formulación de políticas públicas, esto es, el diseño o gestión de instrumentos de toma de decisión en determinado sector gubernamental dirigido a abordar y proponer soluciones a asuntos de relevancia pública y, concretamente, se le ha atribuido la competencia de “difundir las normas, reglas, procedimientos, medios tecnológicos y mejores prácticas para las compras y la contratación pública (…)”, según las voces del numeral 10° del artículo 3° del Decreto 4170 de 2011, potestad reguladora que, en todo caso, debe ejercerse conforme a la Ley y ajustada a la potestad reglamentaria del Gobierno Nacional.

11.15.- Y, en el sub judice, resulta plausible considerar que la expedición de la Circular objeto de la medida cautelar fue expedida con apoyo en esa atribución de competencia reconocida por el ordenamiento jurídico[[11]](#footnote-11).

En un pronunciamiento más reciente, Rad. 2014-00135-00 (52055) del 11 de abril de 2019[[12]](#footnote-12), la Sección Tercera del Consejo de Estado declaró la nulidad parcial del artículo 159 del Decreto 1510 de 2013[[13]](#footnote-13), que en su numeral 2, literal a); numeral 3 y numeral 4, establecía que Colombia Compra Eficiente debía diseñar e implementar manuales y guías para la identificación y cobertura del Riesgo; pliegos de condiciones tipo para la contratación y minutas tipo de contratos.

El Consejo de Estado estudió la naturaleza jurídica de los Manuales y Guías expedidos por Colombia Compra Eficiente, y en esa oportunidad señaló que se trata de normas de carácter general, impersonal y abstracto, cuya finalidad es dar un mayor nivel de detalle a todas las normas a las que están subordinadas, de forma que sea posible su aplicación. Sostuvo que normas como los manuales y las guías son conocidas como «normas reglamentarias de segundo o de tercer grado», entendiendo las de primer grado como las expedidas por el Presidente de la República en ejercicio de la potestad reglamentaria del numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política.

Ese Alto Tribunal, en consonancia con el criterio sustantivo o material de identificación de los actos administrativos arriba expuesto, reiteró que estos pueden estar revestidos de distintas formas, como decretos, resoluciones, reglamentos, acuerdos, manuales o circulares: «En consecuencia, no es el nombre otorgado lo que genera que tenga naturaleza de acto administrativo, sino su contenido reglamentario o normativo de obligatoria aplicación, y ello es predicable, incluso, de los manuales expedidos por las distintas autoridades»[[14]](#footnote-14). A renglón seguido, el Consejo de Estado abordó uno por uno el análisis de los manuales y guías a los que se refería el artículo 159 del Decreto 1510 de 2013, para determinar si la competencia otorgada a Colombia Compra Eficiente sustituía la potestad reglamentaria asignada por la Constitución Política al Presidente de la República.

En relación con los manuales y guías para la «identificación y cobertura del riesgo», el Consejo de Estado concluyó que, a la luz del artículo 4 de la Ley 1150 de 2007, son las entidades contratantes las obligadas a incluir en los pliegos de condiciones la estimación, tipificación y asignación del riesgo previsible a cada proceso de contratación. Además, frente a la cobertura de ese riesgo, el artículo 7 de la Ley 1150 de 2007 determinó que era el Gobierno Nacional quien debía fijar los «criterios que seguirán las entidades para la exigencia de garantías, las clases y niveles de amparo de los riesgos de los contratos».

 Por ello, al declararse la nulidad del literal a) del numeral 2 del artículo 159 del Decreto 1510 de 2013, el Consejo de Estado determinó que las guías o manuales que expida Colombia Compra Eficiente, en relación con la identificación y cobertura de riesgos, no son vinculantes para las entidades, quienes podrán, de manera facultativa, acudir a ellas como una guía para llevar a cabo la estimación, tipificación, asignación y cobertura de riesgos en cada proceso de contratación particular.

De esta forma, los Manuales, Guías o Circulares frente a los que existe un fundamento normativo de rango legal o reglamentario que da la competencia a Colombia Compra Eficiente para expedirlos fueron declarados ajustados al ordenamiento jurídico. Además, se puede concluir que se trata de actos administrativos –incluso reglamentos– de obligatorio cumplimiento para los partícipes de la contratación pública, como el manual de uso de los acuerdos marco de precios, los manuales y guías para la determinación de la capacidad residual, los manuales y guías para la elaboración y actualización del plan anual de adquisiciones y el manual o guía para el uso del clasificador de bienes y servicios.

Lo contrario ocurre con los Manuales, Guías o Circulares que se expiden sin una competencia legal o reglamentaria, diferente de la genérica contenida en el Decreto Ley 4170 de 2011, que defiera a esta entidad su adopción, como ocurre con los manuales y guías para la identificación y cobertura del riesgo. Estos instrumentos o herramientas quedan en el ámbito de normas de apoyo y de buenas prácticas para los partícipes del Sistema de Compra Pública, de donde no se puede derivar obligatoriedad.

Así las cosas, la obligatoriedad de las herramientas expedidas por Colombia Compra Eficiente no depende de la forma mediante la cual se adopten, pues las guías, manuales o circulares podrán ser de obligatoria observancia o de mera pauta para fomentar buenas prácticas administrativas, dependiendo de si existe una norma de rango legal o reglamentario, diferente de la general del Decreto 4170 de 2011, que confiera la competencia para regular determinado aspecto de la contratación estatal. Si la competencia no proviene de la ley o el reglamento, sin importar que se trate de una guía, un manual o una circular externa, no producirá efectos jurídicos y su función estará limitada a dar orientaciones o a reproducir normas, esto es, no tendrá fuerza obligatoria y, en consecuencia, no será vinculante para sus destinatarios, con independencia del nombre que tenga.

1. **Respuesta**

i) «¿En la contratación que realice Capital Salud EPS está obligado a segur los lineamientos Manual para la Identificación y Cobertura del Riesgo en los Procesos de Contratación?».

En relación con los manuales y guías para la «identificación y cobertura del riesgo», el Consejo de Estado concluyó que, a la luz del artículo 4 de la Ley 1150 de 2007, son las entidades contratantes las obligadas a incluir en los pliegos de condiciones la estimación, tipificación y asignación del riesgo previsible a cada proceso de contratación. Además, frente a la cobertura de ese riesgo, el artículo 7 de la Ley 1150 de 2007 determinó que era el Gobierno Nacional quien debía fijar los «criterios que seguirán las entidades para la exigencia de garantías, las clases y niveles de amparo de los riesgos de los contratos».

 Por ello, al declararse la nulidad del literal a) del numeral 2 del artículo 159 del Decreto 1510 de 2013, el Consejo de Estado determinó que las guías o manuales que expida Colombia Compra Eficiente, en relación con la identificación y cobertura de riesgos, no son vinculantes para las entidades, quienes podrán, de manera facultativa, acudir a ellas como una guía para llevar a cabo la estimación, tipificación, asignación y cobertura de riesgos en cada proceso de contratación particular.

ii) «¿Es posible recibir una asesoría por parte de Colombia eficiente hacia Capital Salud para despejar dudas sobre el Manual para la Identificación y Cobertura del Riesgo en los Procesos de Contratación?».

Actualmente nuestras capacitaciones y personal disponible están enfocados a la socialización y explicación de los Documentos Tipo expedidos por la Agencia. Por tanto, en el momento, no tenemos disponibilidad para atender la solicitud. Sin embargo, esperamos que en un plazo prudencial podamos resolver dudas sobre la aplicabilidad del Manual para la Identificación y Cobertura del Riesgo en los Procesos de Contratación.

iii) «¿Dónde encuentro el Excel (matriz de riesgos) que propone el manual para la Identificación y Cobertura del Riesgo en los Procesos de Contratación?».

La matriz de riesgos que propone el Manual para la Identificación y Cobertura del Riesgo en los Procesos de Contratación puede descargarse en el siguiente link: <https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/matriz_riesgos.doc>.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Nathalia Urrego JiménezContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Juan David Montoya PenagosGestor T1 – Grado 15 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado NavarroSubdirector de Gestión Contractual ANCP – CCE |

1. Por ejemplo, para Colciencias los manuales «son instrumentos administrativos que se elaboran para determinar en forma explícita, ordenada y sistemática información sobre objetivos, políticas, atribuciones, organización y procedimientos de los órganos de una institución. Se caracterizan por desarrollar criterios generales sobre un tema estratégico y en su mayoría, referencian procedimientos, guías, instructivos, modelos y formatos». Mientras que las guías son «documentos que contienen orientaciones acerca de la forma como se desarrolla una metodología relacionada con los procedimientos de la entidad»: https://www.colciencias.gov.co/sites/default/files/ckeditor\_files/G102PR01-procedimiento-elaboracion- control.pdf

 Para la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales los manuales y guías «son documentos técnicos a través de los cuales se estandarizan y se definen criterios y procedimientos de una actividad específica. A través de ellos se indican enfoques, lineamientos, se definen instructivos y se detallan los pasos que deben seguir quienes desarrollan una actividad determinada. El propósito de esta herramienta es el de permitir que las autoridades o a cualquier otro organismo equivalente haga más efectiva su gestión y documente sistemáticamente los criterios considerados durante los procesos de toma de decisiones»: <http://portal.anla.gov.co/manuales-y-guias> [↑](#footnote-ref-1)
2. La Circular Externa Única de Colombia Compra Eficiente señala: «Las circulares externas proferidas por Colombia Compra Eficiente son actos administrativos que contienen mandatos, orientaciones e instrucciones que van dirigidas a las Entidades Estatales y al público en general y son de obligatorio cumplimiento». Disponible en: <https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_circulares/cce_circular_unica.pdf> [↑](#footnote-ref-2)
3. Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 17 de mayo de 2018, Radicado N.º 110010325000201601071, C.P. Rafael Francisco Suárez Vargas [↑](#footnote-ref-3)
4. Ley 1437 de 2011, artículo 65. Frente a la notificación de los actos administrativos de carácter particular y concreto ver el artículo 66 de la misma ley. [↑](#footnote-ref-4)
5. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 8 de agosto de 2012, radicado N.º 54001-23-31-000-1999-0111-01 (23358), C.P: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. [↑](#footnote-ref-5)
6. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 11 de abril de 2002, C.P. Alier Hernández Enríquez, Rad. 2001-0058-01 (21652). [↑](#footnote-ref-6)
7. Consejo de Estado. Sección Quinta. Sentencia del 13 de marzo de 2014, C.P. Alberto Yepes Barreiro, Rad. 2013-00715-01 (ACU). [↑](#footnote-ref-7)
8. Corte Constitucional. Sentencia C-1436 del 2000, M.P. Alfredo Beltrán Sierra. [↑](#footnote-ref-8)
9. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo. Introducción a los conceptos de la administración pública y el derecho administrativo. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, 3ra Ed. p. 440. [↑](#footnote-ref-9)
10. Dentro de la verificación de estos elementos, uno fundamental es la existencia de una norma legal o reglamentaria que otorgue la competencia a Colombia Compra Eficiente para regular un aspecto concreto de la contratación pública, con carácter vinculante. Esta sujeción del poder normativo de la Administración al principio de legalidad fue expuesta por Santofimio Gamboa en los siguientes términos: «La potestad normativa está en directa relación con los poderes de orientación política, dirección, estructuración, regulación, diseño y fijación de directrices para el cometido de los fines estatales asignados a la administración; todo esto, como es obvio, dentro del contexto de los principios y parámetros constitucionales y legales respectivos. Es decir, **la potestad normativa de la administración o de hacer normas rectoras de la actividad estatal, en cuanto privilegio funcional, es de naturaleza subordinada y dependiente de las normas de carácter superior**. Sería absurdo pensar en la posibilidad de una potestad normativa de la administración ausente o inmune al principio de legalidad». (Negrillas fuera de texto). [↑](#footnote-ref-10)
11. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Auto de ponente del 14 de agosto de 2017, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Rad. 2017-00031-00 (58.820). [↑](#footnote-ref-11)
12. C.P María Adriana Marín [↑](#footnote-ref-12)
13. Compilado en el Decreto 1082 de 2015, artículo 2.2.1.2.5.2: «Artículo 159. Estándares y documentos tipo. Sin perjuicio de la función permanente que el Decreto ley 4170 de 2011 le asigna, Colombia Compra Eficiente debe diseñar e implementar los siguientes instrumentos estandarizados y especializados por tipo de obra, bien o servicio a contratar, así como cualquier otro manual o guía que se estime necesario o sea solicitado por los partícipes de la contratación pública:

»1. Manuales para el uso de los Acuerdos Marco de Precios dentro de los dos (2) meses siguientes a la expedición el presente decreto.

»2. ~~Manuales y guías para: (a) la identificación y cobertura del Riesgo~~; (b) la determinación de la Capacidad Residual para los contratos de obra pública dependiendo del valor de los mismos; (c) la elaboración y actualización del plan Anual de Adquisiciones; y (d) el uso del Clasificador de Bienes y Servicios; los cuales deben ser expedidos dentro de los (2) meses siguientes a la expedición del presente decreto.

»3. ~~Pliegos de condiciones tipo para la contratación dentro de los seis (6) meses siguientes a la expedición del presente decreto~~.

»4. ~~Minutas tipo de contratos dentro de los seis (6) meses siguientes a la expedición del presente decreto~~». (Nota: Las expresiones tachadas fueron declaradas nulas por el Consejo de Estado en la Sentencia del 11 de abril de 2019. Rad. 2014-00135-00 (52055). Sección Tercera. C.P. María Adriana Marín). [↑](#footnote-ref-13)
14. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 11 de abril de 2019, C.P. María Adriana Marín, Rad. 2014-00135-00 (52.055). [↑](#footnote-ref-14)