CCE-DES-FM-17

**SOCIEDAD DE ECONOMÍA MIXTA – Régimen contractual**

[…] las sociedades de economía mixta sometidas al EGCAP son aquellas en las que el aporte del Estado es superior al cincuenta por ciento (50%) y además las actuaciones que adelantan no se encuentran en competencia con el sector privado o público, nacional o internacional o en mercados regulados. Por el contrario, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga una participación menor al cincuenta por ciento (50%) o en los casos que desarrollan actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, nacional o internacional, o en mercados regulados se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a sus actividades económicas y comerciales, lo que implica acudir usualmente al derecho privado.

**DOCUMENTOS TIPO – Ámbito de aplicación**

En cuanto al ámbito de aplicación de estos documentos, es preciso explicar que cada una de estas resoluciones está relacionada con un sector, un objeto contractual y una modalidad de selección en específico. Esto de tal manera que las entidades estatales regidas por el EGCAP, al momento de adelantar un proceso de contratación asociado a uno de los sectores para los que se han implementado documentos tipo, deben consultar el contenido de los respectivos documentos tipo, para determinar si la modalidad de escogencia y el objeto a contratar son o no subsumibles dentro de lo dispuesto en el documento tipo. De ser esto así, la entidad estará obligada a adelantar el proceso de contratación aplicando los documentos tipo del caso.

**LEY 2195 DE 2022 – Artículo 56 – Personas jurídicas de derecho privado – Documentos tipo – Estatuto General de Contratación de la Administración Pública**

De lo anterior se desprende que el propósito del legislador con la expedición de la norma objeto de consulta, tal como se ha explicado, es que las entidades estatales que tienen como régimen contractual el EGCAP no puedan eludir su aplicación, ni la de los documentos tipo que resulten obligatorios, celebrando convenios o contratos con entidades exceptuadas o particulares sometidos al derecho privado, para que sean estos últimos quienes, en el marco de sus regímenes especiales o de derecho privado, realicen la subcontratación de los bienes, obras o servicios que demanda la entidad estatal, en una suerte de tercerización de la contratación. Lo anterior teniendo en cuenta que, a la luz de lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley 2195 de 2022, tales entidades exceptuadas, patrimonios autónomos o particulares, que han suscrito convenios o contratos de cualquier índole con entidades sometidas al EGCAP, estarán obligadas a aplicar dicho estatuto para la subcontratación derivada de obras, bienes o servicios, siempre que exista documento tipo en el sector en el que se adelanta la contratación.

**LEY 2195 DE 2022 – Artículo 56 – Sociedades de Economía Mixta – Fiducia – Ámbito de aplicación**

[…] son dos los requisitos necesarios para que proceda la aplicación del artículo 56 de la Ley 2195 de 2022: i) que una entidad estatal sometida al EGCAP celebre un contrato o convenio interadministrativo, o un contrato de cualquier índole con una entidad exceptuada de la aplicación del EGCAP –incluso con patrimonios autónomos o con personas naturales o jurídicas de derecho privado–, esto es, cuyo régimen de contratación sea especial o sujeto al derecho privado y, además, ii) esta última –entidad estatal de régimen especial, patrimonio autónomo o persona natural o jurídica de derecho privado–, en desarrollo de los negocios jurídicos anteriores, contrate la adquisición de un bien, obra o servicio que esté cobijada por un documento tipo. Esto supone que, en los casos que la entidad estatal de régimen especial no celebre contratos para la adquisición de bienes, obras o servicios que están cobijados por los documentos tipo, sino que celebra un contrato de fiducia, para que ésta última contrate los bienes o servicios, se trataría de un evento que no se encuadraría dentro del contenido dispuesto en el artículo 56 de la Ley 2195 de 2022.

**LEY 2195 DE 2022 – Artículo 56 – Alcance – Principios de la función administrativa y de la gestión fiscal**

En definitiva, dado que el supuesto planteado en el objeto de la solicitud no encaja en el mandato del artículo 56 de la Ley de Transparencia, el patrimonio autónomo constituido por la entidad exceptuada en las condiciones descritas en la consulta no estaría obligado a aplicar de los documentos tipo. No obstante, la contratación de la entidad fiduciaria debe justificarse desde el punto vista técnico, económico y jurídico, pues el patrimonio autónomo no podría constituirse con la finalidad de eludir el contenido de normas imperativas. Por tanto, de acuerdo con las particularidades de cada caso concreto, deberá valorarse hasta qué punto, en los términos del artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, esta decisión resulta acorde con el marco jurídico aplicable, en particular con los principios de la función administrativa y la gestión fiscal

**CCE-DES-FM-17**

Interfaz de usuario gráfica, Texto, Aplicación

Descripción generada automáticamente

Bogotá, 22 de Marzo de 2022

Doctora

**Gloria Patricia Tovar Álzate**

Directora de Infraestructura y Desarrollo Empresarial

Ministerio de Vivienda y Desarrollo Sostenible

Bogotá, D.C.

**Concepto C-089 de 2022**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:** | SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA – Régimen contractual/ DOCUMENTOS TIPO – Ámbito de aplicación / LEY 2195 DE 2022 – Artículo 56 – Personas jurídicas de derecho privado – Documentos tipo – Estatuto General de Contratación de la Administración Pública / LEY 2195 DE 2022 – Artículo 56 – Sociedades de Economía Mixta – Fiducia – Ámbito de aplicación / LEY 2195 DE 2022 – Artículo 56 – Alcance – Principios de la función administrativa y de la gestión fiscal |
| **Radicación:** | Respuesta a consulta # P20220126000668 |

Estimada doctora Tovar:

En ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública ― Colombia Compra Eficiente responde su consulta radicada el 4 de febrero del 2022.

1. **Problema planteado**

Usted formula la siguiente consulta relacionada con el ámbito de aplicación de los documentos tipo y el alcance del artículo 56 de la Ley 2195 de 2022. Al respecto pregunta:

De conformidad con el criterio exigido en el referido artículo conforme con la obligatoriedad en la aplicación de los documentos tipo, siendo este la celebración de un contrato o convenio interadministrativo entre una entidad estatal sometida al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública con "otra entidad estatal o con patrimonios autónomos o con personas naturales o jurídicas de derecho privado, cuyo régimen de contratación sea especial o de derecho privado", se plantea el siguiente interrogante:

En el caso en que un contrato sea celebrado entre una entidad estatal sometida a dicho régimen y una sociedad de economía mixta, que para el desarrollo del objeto contractual pactado suscribe un contrato de fiducia para la creación de un Patrimonio Autónomo con los recursos transferidos, para que éste a su vez asuma la contratación de los bienes, obras o servicios objeto del contrato: ¿se cumpliría con el criterio establecido en el inciso primero del art. 56 para la obligatoriedad en la adopción de los documentos tipo? ¿si la respuesta anterior es afirmativa cual sería el régimen contractual que debería aplicar el Patrimonio Autónomo para la contratación de los bienes, obras o servicios?

1. **Consideraciones**

Para responder la consulta, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente analizará los siguientes temas: el regímen jurídico de los actos y contratos de las sociedades de economía mixta, para definir que el ámbito de aplicación de los documentos tipo varía dependiendo si la entidad estatal está sometida al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública o a las normas del derecho privado. Posteriormente se analizará el ámbito de aplicación de los documentos tipo en la contratación estatal con ocasión a la expedición del artículo 56 de la Ley 2195 de 2022, donde se analizará la pregunta formulada por el peticionario.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se pronunció sobre el régimen de las sociedades de economía mixta en el concepto C- 762 del 2020. Por su parte, esta Agencia se pronunció sobre el alcance del artículo 56 de la Ley 2195 de 2022 en los conceptos C-066 del 28 de enero de 2022, C-065 del 9 de marzo de 2022 y C-082 del 2 de marzo de 2022[[1]](#footnote-2). Las ideas expuestas en dichas oportunidades se reiterarán y se complementan a continuación.

**2.1. Régimen de los actos y contratos que celebran las Sociedades de Economía Mixta**

Con la finalidad de analizar la eventual aplicación de los documentos tipo a las Sociedades de Economía Mixta, se analizará el régimen contractual aplicable a estas entidades. De esta manera, el artículo 97 de la Ley 489 de 1998 define a las sociedades de economía mixta como organismos autorizados por la ley, constituidos como sociedades comerciales, con aportes de capital público y privado, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas del derecho privado, salvo las excepciones que consagra la ley.

En este sentido, la misma Ley, en los artículos 38 y 68, clasifica a las sociedades de economía mixta como entidades descentralizadas por servicios, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio[[2]](#footnote-3), que pueden ser del orden nacional, departamental o municipal, según su órgano de creación[[3]](#footnote-4). Al respecto, la Corte Constitucional, en sentencias C-736 del 19 de septiembre de 2007, C-118 del 14 de noviembre de 2018 y C-306 del 10 de julio de 2019, ha considerado que las sociedades estudiadas, desde una perspectiva constitucional, se caracterizan por los siguientes rasgos: i) pertenecen a la rama ejecutiva del poder público, como manifestación de la descentralización por servicios. Así mismo, ii) están sujetas al control fiscal, financiero, de gestión y de resultados en cabeza de la Contraloría General de la República. Por otra parte, iii) se someten al control político, que ejerce directamente el Congreso de la República. Además, iv) en el caso de las sociedades de economía mixta del orden nacional, le corresponde al Congreso de la República su creación o autorización mediante ley. En cambio, v) en el caso de los órdenes departamental y municipal, esta misma facultad se les reconoce a las asambleas y concejos. Adicionalmente, vi) a todas las sociedades de economía mixta les son aplicables las inhabilidades para la integración de órganos directivos a que aluden los artículos 180-3, 292 y 323 de la Constitución Política. A lo anterior debe agregarse que, vii) en materia presupuestal, las sociedades de economía mixta quedan sujetas a las reglas de la ley orgánica del presupuesto. De otro lado, viii) en materia contable, quedan vinculadas a las reglas de contabilidad oficial. Además, ix) se rigen por el derecho privado, en virtud de la naturaleza de las actividades que desarrollan.

Sin embargo, esta Corporación, en sentencia C-529 del 12 de julio de 2006, hizo énfasis en que, a pesar del sometimiento al régimen jurídico de derecho privado para el desarrollo de sus actividades, las sociedades de economía mixta no pierden su carácter de expresión organizacional de la actividad estatal[[4]](#footnote-5), más precisamente de la función administrativa[[5]](#footnote-6), en virtud del aporte público en la constitución del capital social y la consiguiente pertenencia a la administración pública, en la condición de entidades descentralizadas.

Así las cosas, resulta importante resaltar que, en nuestro ordenamiento jurídico, las sociedades de economía mixta están sometidas a un régimen jurídico compuesto por un conjunto normativo de derecho público y de derecho privado; el primero, derivado directamente de la Constitución Política y referido a aspectos como su creación, autorización, organización y funcionamiento internos. Y el segundo destinado a regular el desarrollo de la actividad económica de cada sociedad.

Ahora bien, conviene analizar el régimen aplicable para los actos y contratos que celebran estas entidades para determinar si las sociedades de economía mixta están obligadas a utilizar los documentos tipo adoptados por esta Agencia con fundamento en la Ley 2022 de 2020, y, además, analizar si a estas entidades les aplica el artículo 56 de la Ley 2195 de 2022 y, bajo cuáles supuestos y condiciones aplicarían.

Al respecto, el literal a), del artículo 2 de la Ley 80 de 1993, señala que son entidades estatales las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%)[[6]](#footnote-7). Esto significa que el legislador estableció que las sociedades de economía mixta donde el Estado tenga capital superior al cincuenta por ciento (50%) están sujetos al estatuto de la contratación estatal.

Frente al particular, el Consejo de Estado, en el concepto 1127 del 10 de diciembre de 2004, estableció que del análisis de esta norma se concluye que: «si la participación estatal en una sociedad de economía mixta es superior al cincuenta por ciento (50%) de su capital, ya no le aplica el derecho privado, como es la regla general, sino el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública»[[7]](#footnote-8). Es claro, entonces, que las sociedades de economía mixta con participación estatal superior al cincuenta por ciento (50%) se rigen por la contratación por la Ley 80 de 1993, de acuerdo con la libertad de configuración del legislador en la materia.

Sin embargo, actualmente el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007 previó que las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%) y sus filiales que cuenten con participación mayoritaria del Estado superior al cincuenta por ciento (50%) estarán sometidas al Estatuto General de Contratación la Administración Pública, en adelante EGCAP, con excepción de aquellas que desarrollen actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, nacional o internacional, o en mercados regulados, caso en el cual se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a sus actividades económicas y comerciales[[8]](#footnote-9). En otras palabras, el legislador estableció que las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), cuando se encuentran en competencia con el sector privado o público, nacional o internacional o desarrollan su actividad en mercados regulados estarán sometidos al derecho privado.

Así las cosas, las sociedades de economía mixta sometidas al EGCAP son aquellas en las que el aporte del Estado es superior al cincuenta por ciento (50%) y además las actuaciones que adelantan no se encuentran en competencia con el sector privado o público, nacional o internacional o en mercados regulados. Por el contrario, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga una participación menor al cincuenta por ciento (50%) o en los casos que desarrollan actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, nacional o internacional, o en mercados regulados se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a sus actividades económicas y comerciales, lo que implica acudir usualmente al derecho privado.

Conforme con lo anterior, se cuestiona lo siguiente: ¿las sociedades de economía mixta están obligadas a aplicar los documentos tipo adoptados por la Agencia Nacional de Contratación Pública –entre estos los de infraestructura de agua potable y saneamiento básico–? Para responder lo anterior, es importante mencionar que la norma que obliga a utilizar los documentos tipo expedidos por esta Agencia varía dependiendo de si se trata de una entidad sometida al EGCAP o si es una de las que está regida por las normas de derecho privado.

Ahora bien, en razón a que en la pregunta planteada en su petición no precisa si la sociedad de economía mixta está sometida o no al EGCAP, se analizará si estas entidades están obligadas a utilizar los documentos tipo en ambos supuestos y bajo cuál normativa aplicable y condiciones estarían sometidas.

**2.2. Fundamento normativo y ámbito de aplicación de los documentos tipo: su aplicación en relación con las Sociedades de Economía Mixta**

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[[9]](#footnote-10), 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 EGCAP de aplicar los documentos tipo adoptados por el gobierno nacional. Debe señalarse que 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 EGCAP en los procesos de selección que adelantaran[[10]](#footnote-11).

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[[11]](#footnote-12).

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.

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 de documentos tipo 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. Luego 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.

Con posterioridad a la expedición de los anteriores documentos tipo, se expidió la Ley 2022 de 2020, norma que modificó el contenido del parágrafo 7 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, que había sido adicionado por la Ley 1882 de 2018[[12]](#footnote-13). Con esta modificación, si bien se mantuvo el mandato de aplicación obligatoria de los documentos tipo por parte de las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, se atribuyó a la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente la competencia para su expedición. En este marco, con la finalidad de realizar un desarrollo armónico y ajustado a la ley que otorga esta competencia, esta Agencia 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», y 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».

A los actos administrativos mencionados se suman: i) la Resolución 193 de 14 de julio de 2021, «Por la cual se adoptan los documentos tipo para los procesos de selección de concurso de méritos, para contratar la consultoría de estudios de ingeniería de infraestructura de transporte», ii) la Resolución 219 de 2021, «Por la cual se adoptan los documentos tipo para los procesos de licitación de obra pública de infraestructura social», iii) la Resolución 220 del 6 de agosto de 2021, «Por la cual se adoptan los documentos tipo complementarios para los procesos de licitación de obra pública de infraestructura social relacionados con el sector educativo», iv) la Resolución 392 del 18 de noviembre de 2021, «Por la cual se adoptan los documentos tipo complementarios para los procesos de licitación de obra pública de infraestructura social relacionados con el sector salud», y v) la Resolución 454 del 16 de diciembre de 2021, «Por la cual se adoptan los documentos tipo complementarios para los procesos de licitación de obra pública de infraestructura social relacionados con el sector cultura, recreación y deporte».

En cuanto al ámbito de aplicación de estos documentos, es preciso explicar que cada una de estas resoluciones está relacionada con un sector, un objeto contractual y una modalidad de selección en específico. Esto de tal manera que las entidades estatales regidas por el EGCAP, al momento de adelantar un proceso de contratación asociado a uno de los sectores para los que se han implementado documentos tipo, deben consultar el contenido de los respectivos documentos tipo, para determinar si la modalidad de escogencia y el objeto a contratar son o no subsumibles dentro de lo dispuesto en el documento tipo. De ser esto así, la entidad estará obligada a adelantar el proceso de contratación aplicando los documentos tipo del caso.

Conforme a lo anterior, las entidades estatales sometidas al EGCAP, con fundamento en el artículo 1 de la Ley 2022 de 2020, están obligadas a utilizar los documentos tipo que expide la Agencia Nacional de Contratación Pública. Esto significa que las sociedades de economía mixta en las que el aporte del Estado sea superior al cincuenta por ciento (50%), que no desarrollen actividades comerciales en competencia en el sector privado o público, nacional o internacional o en mercados regulados están sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, por lo que estarían obligadas a utilizar los documentos tipo adoptados por esta Agencia, para el desarrollo de su actividad contractual.

En este sentido, las sociedades de economía mixta que se rijan por el EGCAP deberán analizar si a un proceso de contratación en específico le aplican o no los documentos tipo, dependiendo de si la modalidad de escogencia y el objeto a contratar son o no subsumibles dentro del ámbito de aplicación de algún documento tipo. En el evento que el objeto contractual se encuadre estará obligada a utilizar los documentos tipo expedidos por esta Agencia. De esta manera, las sociedades de economía mixta que se rijan por el EGCAP deberán aplicar los documentos tipo con fundamento en la Ley 2022 de 2020; sin embargo, las que rijan por el derecho privado no estarán obligadas a aplicarlos, salvo cuando se cumplan los presupuestos establecidos en el artículo 56 de la Ley 2195 de 2022, cuyo contenido se procederá a analizar.

**2.3.** **Análisis del artículo 56 de la Ley 2195 de 2022. Aplicación obligatoria del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y de los documentos tipo en la contratación de las entidades estatales exceptuadas y de los particulares**

Explicado el ámbito de aplicación de los documentos tipo por parte de las sociedades de economía mixta que están sometidas al EGCAP, en el siguiente acápite se analizará su obligatoriedad por parte de aquellas regidas por el derecho privado. Conforme se explicó en el acápite anterior, en virtud de la Ley 2022 de 2020, los documentos tipo expedidos por la Agencia Nacional de Contratación Pública son de aplicación obligatoria para las entidades estatales sometidas al EGCAP. En ese sentido, el contenido normativo de la Ley 2022 de 2020, y en su momento también la Ley 1882 de 2018 excluían del ámbito de aplicación de los documentos tipo la contratación de entidades estatales de régimen exceptuado, por lo general, sujetas al derecho privado.

No obstante, este panorama ha variado con la reciente expedición de la Ley 2195 de 2022, «Por medio de la cual se adoptan medidas en materia de transparencia, prevención y lucha contra la corrupción y se dictan otras disposiciones». De conformidad con su artículo 1, esta norma tiene por objeto la adopción de diferentes medidas tendientes a prevenir los actos de corrupción, reforzar la articulación de las entidades del Estado y a recuperar los daños ocasionados por la corrupción, promoviendo la cultura de la legalidad e integridad.

Entre las medidas adoptadas por la Ley mencionada se destaca el artículo 56, norma sobre la que versa la presente consulta. Esta disposición se refiere de manera expresa a los documentos tipo y a su aplicabilidad a sujetos diferentes de las entidades estatales sometidas al EGCAP. El tenor literal de este precepto prescribe lo siguiente:

Artículo 56. Aplicación de los documentos tipo a entidades de régimen especial. Para la adquisición de bienes, obras o servicios, las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública que celebren contratos o convenios interadministrativos o de cualquier otra índole, con otra entidad estatal o con patrimonios autónomos o con personas naturales o jurídicas de derecho privado, cuyo régimen de contratación sea especial o de derecho privado, deberán aplicar los documentos tipo adoptados por la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente o quien haga sus veces, conforme al parágrafo 7 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 o las normas que lo modifiquen o sustituyan.

Los procedimientos de selección y los contratos que realicen en desarrollo de los anteriores negocios jurídicos, donde apliquen los documentos tipo se regirán por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Parágrafo. Se exceptúan del presente artículo las Instituciones de Educación Superior públicas, las empresas sociales del Estado, las sociedades de economía mixta y las empresas industriales y comerciales del Estado, únicamente en cuanto a la contratación de su giro ordinario. En estos casos, en los manuales de contratación de estas entidades, se fomentará como buena práctica la aplicación de los pliegos tipo.

Las implicaciones de lo establecido en esta norma son variadas y se presentan en múltiples ámbitos de la actividad contractual de las entidades estatales, que como consecuencia de la entrada en vigor de la disposición en cita, ven alterado su régimen jurídico. Es por esto por lo que una interpretación adecuada de esta disposición, orientada a establecer con precisión el alcance de sus efectos, exige detenerse sobre ciertos aspectos que, a juicio de esta Agencia, resulta indispensable analizar para la comprensión de la norma materia de consulta, los cuales se desarrollan a continuación.

**2.3.1. Ámbito de aplicación y finalidad de la norma**

Como se desprende de la parte inicial de la norma citada, esta se refiere a la adquisición de bienes, obras o servicios por parte de entidades estatales sometidas al EGCAP, que celebren contratos, convenios interadministrativos o de cualquier otra índole con entidades estatales exceptuadas, patrimonios autónomos, personas naturales o jurídicas de derecho privado. En ese sentido, este primer inciso formula un mandato dirigido a las entidades sometidas al EGCAP, para que, en la adquisición de bienes, obras o servicios, apliquen los documentos tipo expedidos por esta Agencia, cuando celebren contratos o convenios interadministrativos o de cualquier otra índole, con otra entidad estatal, o con patrimonios autónomos o con personas naturales o jurídicas, cuyo régimen de contratación sea especial o de derecho privado.

De acuerdo con esto, el artículo 56 de la Ley 2195 de 2022 es una norma que complementa al parágrafo 7 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, modificado por la Ley 2022 de 2020, que establece el mandato de aplicación obligatoria de los documentos tipo para las entidades sometidas al EGCAP. Si bien el texto de la Ley 2022 de 2020 establece con claridad la regla de aplicación obligatoria de los documentos tipo en los Procesos de Contratación adelantados por las entidades estatales regidas por el EGCAP, lo cierto es que sus efectos no eran los mismos en los procesos de selección adelantados por entidades exceptuadas o con regímenes especiales.

Antes de la expedición del artículo 56 *ibídem*, la Ley 2022 de 2020 ya había establecido el mandato de aplicación obligatoria de los documentos tipo, atribuyendo a esta Agencia la competencia para expedirlos. Dicha Ley restringe su aplicación en los Procesos de Contratación a través de los que una entidad estatal regida por el EGCAP debe adquirir una obra o servicio, por supuesto siempre que el objeto a contratar, al igual que la modalidad que se requiere emplear, estén cobijados por algún documento tipo vigente. Por el contrario, la aplicación de documentos tipo por parte de entidades con regímenes especiales o de derecho privado era un asunto que escapaba del ámbito de aplicación de lo establecido por la Ley 2022 de 2020, incluso tratándose de obras o servicios para cuya contratación hubieren documentos tipo vigentes, comoquiera que la aplicación de estos solo era procedente cuando el régimen de la entidad contratante fuera el EGCAP, toda vez que el parágrafo 7 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 solo se refiere a la obligación de aplicar los documentos tipo en los Procesos de Contratación que adelanten las entidades sometidas al EGCAP.

Por tanto, la norma, por el hecho de estar dirigida únicamente a las entidades sometidas a la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, solo permitía que los documentos tipo tuvieran que aplicarse de manera obligatoria cuando este era el régimen general de la contratación de la entidad que adelantaba el Proceso de Contratación. En estos términos, si bien la Ley 2022 de 2020 no limitó la aplicabilidad de los documentos tipo expedidos por esta Agencia a una modalidad en específico, sí estableció que su implementación debía hacerse en el marco del EGCAP.

En este escenario, el primer inciso del artículo 56 de la Ley 2195 de 2022 surge como una disposición complementaria de la Ley 2022 de 2020, en la medida en que, según se desprende de su texto, de una parte, la norma busca extender la aplicación obligatoria de los documentos tipo a la celebración de contratos o convenios interadministrativos entre entidades regidas por EGCAP y otros sujetos cuyo régimen de contratación prevalente es el derecho privado. Esto de tal forma que cuando una entidad estatal regida por el EGCAP celebre contratos o convenios con otra i) entidad estatal de régimen especial o con ii) patrimonios autónomos o iii) con personas naturales o jurídicas de derecho privado, tenga que hacerlo aplicando documentos tipo. Los efectos del primer inciso del artículo 56 se proyectarían entonces a los contratos o convenios que se deban celebrar con estos sujetos, cuyos objetos comprendan la adquisición de bienes, obras o servicios, que, al tenor de lo dispuesto en el apartado normativo bajo examen, deberán celebrarse mediante documentos tipo.

Sin perjuicio de lo anterior, solo es posible comprender los efectos de lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley 2195 de 2020 cuando se interpretan en conjunto todos sus componentes. Esto comoquiera que, a lo anterior se le suman las implicaciones de lo ordenado por el segundo inciso de la norma, en referencia a los procedimientos de selección y contratos que deban celebrarse en desarrollo de los negocios a los que se refiere el primer inciso, en los que, además de la aplicación de los documentos tipo, se dispone la aplicación del EGCAP.

De acuerdo con esto, el cambio normativo que supone el artículo en comento no se agota con el mandato de aplicación obligatoria de los documentos tipo en los convenios o contratos que celebren las entidades estatales regidas por el EGCAP con otras entidades de régimen especial, patrimonios autónomos, personas naturales o jurídicas de derecho privado, pues, según se desprende del segundo inciso de la norma, esta además ordena la aplicación del EGCAP a los Procesos de Contratación que se adelanten y a los contratos que se celebren con ocasión de los contratos o convenios a los que se refiere el primer inciso. Esto significa que, ya sea una entidad estatal de régimen especial, un patrimonio autónomo o una persona natural o jurídica de derecho privado, en virtud de lo dispuesto en los incisos primero y segundo del artículo 56 *ejusdem,* si,en efecto, deben subcontratar bienes, obras o servicios, en cumplimiento de un contrato o convenio con una entidad estatal sometida a la Ley 80 de 1993, deberá adelantar el procedimiento de selección, así como celebrar el respectivo contrato, implementando los documentos tipo y aplicando las disposiciones del EGCAP.

Esta, además, es la interpretación que se desprende de la justificación del proyecto normativo que se convirtió en la Ley 2195 de 2022, en la que, respecto de los contratos ejecutados por entidades de derecho privado, se refirió a la «[..] obligatoriedad de aplicar los documentos tipo, aun si son ejecutados con entidades de régimen especial», como uno de los propósitos de la Ley. Conforme se indica en la justificación jurídica del proyecto ley, este:

«[…] determina la aplicación de documentos tipo, en los términos del parágrafo 7 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 o las normas que lo modifiquen o sustituyan, en los eventos en que entidades públicas sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública celebren contratos o convenios interadministrativos o de cualquier otra índole con otras entidades estatales, patrimonios autónomos o personas naturales o jurídicas de derecho privado. Así mismo, se determina que los procedimientos de selección y los contratos realizados en dichos negocios jurídicos deben regirse por las normas de contratación pública»[[13]](#footnote-14).

De lo anterior se desprende que el propósito del legislador con la expedición de la norma objeto de consulta, tal como se ha explicado, es que las entidades estatales que tienen como régimen contractual el EGCAP no puedan eludir su aplicación, ni la de los documentos tipo que resulten obligatorios, celebrando convenios o contratos con entidades exceptuadas o particulares sometidos al derecho privado, para que sean estos últimos quienes, en el marco de sus regímenes especiales o de derecho privado, realicen la subcontratación de los bienes, obras o servicios que demanda la entidad estatal, en una suerte de tercerización de la contratación. Lo anterior teniendo en cuenta que, a la luz de lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley 2195 de 2022, tales entidades exceptuadas, patrimonios autónomos o particulares, que han suscrito convenios o contratos de cualquier índole con entidades sometidas al EGCAP, estarán obligadas a aplicar dicho estatuto para la subcontratación derivada de obras, bienes o servicios, siempre que exista documento tipo en el sector en el que se adelanta la contratación.

**2.3.2.** **Aplicación prevalente del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública por parte entidades exceptuadas. Aparente tensión con el literal c) del artículo 2, numeral 4, de la Ley 1150 de 2007**

En este punto es necesario analizar los efectos del artículo 56 de la Ley 2195 de 2022, respecto de lo dispuesto en el artículo 2, numeral 4, de la Ley 1150 de 2007, particularmente, de lo establecido en el tercer inciso del literal c)[[14]](#footnote-15). Lo anterior por cuanto esta norma, al establecer como causal de contratación directa la celebración de convenios o contratos interadministrativos regulaba la normativa aplicable a estos cuando el régimen prevalente de la entidad encargada de la ejecución no fuera el de la Ley 80 de 1993, casos en los que la norma imponía la aplicación de esta normativa, a menos que la entidad ejecutora desarrollara su actividad en competencia con el sector privado, o cuando la ejecución del contrato tuviere relación directa con el desarrollo de su actividad, evento en los que se imponía el derecho privado. En ese sentido, en este último evento el tercer inciso del literal c) del artículo 2-4 de la Ley 1150 de 2007, daba pie a la aplicación de normas de derecho privado, lo que evidencia una aparente tensión entre este y el artículo 56 de la Ley 2195 de 2022, en lo que se refiere al régimen aplicable en estas situaciones, comoquiera que en estos eventos, al tenor de lo dispuesto en esta última norma, deben aplicarse el EGCAP y los documentos tipo.

Esto supone una aparente antinomia entre el literal c) del artículo 2, numeral 4, de la Ley 1150 de 2007 y el artículo 56 de la Ley 2195 de 2022, en la medida en que para un mismo supuesto de hecho –la celebración de un convenio interadministrativo entre una entidad sometida al EGCAP y otra exceptuada, en la que la última es la ejecutora y desarrolla su actividad en competencia con el sector privado–, se establecen diferentes consecuencias jurídicas, ya que mientras que la primera norma dispone la aplicación del derecho privado, la última impone la aplicación de documentos tipo y del EGCAP. Esta aparente contradicción, necesariamente debe ser resuelta en favor del artículo 56 de la Ley 2195 de 2022, cuya aplicación debe ser privilegiada, al ser esta la norma expedida más recientemente.

En efecto, tratándose de disposiciones de igual jerarquía normativa[[15]](#footnote-16)–ambas son leyes ordinarias–, que coinciden en su ámbito de aplicación, debe colegirse que, en lo que respecta al régimen aplicable a los contratos con entidades exceptuadas ejecutoras de contratos o convenios interadministrativos, que desarrollen su actividad en competencia con el sector privado, el artículo 56 de la Ley 2195 de 2022 supuso una modificación tácita del artículo 2, numeral 4, literal c), de la Ley 1150 de 2007. De acuerdo con lo expuesto, los efectos de esta modificación no solo se proyectan a la celebración propiamente dicha del contrato o convenio entre la entidad sometida y la exceptuada, sino que se extienden a todos los contratos y procedimientos de selección que adelanten estos últimos en desarrollo de la relación primigenia, en los que deberán aplicarse el EGCAP y los documentos tipo vigentes.

En tales términos, de lo analizado hasta aquí es posible concluir que un efecto importante de la norma bajo estudio es la ampliación del ámbito de aplicación de los documentos tipo, al hacerlos obligatorios para unos sujetos que, en principio, de acuerdo con la Ley 2022 de 2020, no estarían sometidos a esos documentos. Para complementar esta medida, la disposición además hace extensiva la aplicación del EGCAP a estos sujetos que, en virtud de su naturaleza jurídica, tienen, como regla general, un régimen de contratación diferente, tales como las entidades exceptuadas, los patrimonios autónomos y las personas naturales y jurídicas de derecho privado, a los que expresamente hace alusión el artículo 56. De esta forma, independientemente de que el inciso tercero del literal c) del artículo 2, numeral 4, de la Ley 1150 de 2007 parezca indicar que se debe aplicar el derecho privado, por ser este el régimen que por regla general aplica la entidad ejecutora, tratándose de objetos cobijados por documentos tipo, los mismos deberán ser contratados aplicando tales pliegos tipo y las disposiciones del EGCAP.

En este punto conviene precisar que, de conformidad con el artículo 56, el hecho de que una entidad exceptuada, un patrimonio autónomo, una persona natural o una persona jurídica, tenga suscrito un contrato o convenio con una entidad sometida al EGCAP, no significa que mute su régimen jurídico de manera permanente. Al respecto, de una lectura conjunta de los incisos primero y segundo se desprende que estos introducen el mandato de aplicación obligatoria del EGCAP por parte de los mencionados sujetos de régimen de derecho privado solo en lo referido a la subcontratación de bienes, obras y servicios relacionados con un contrato o convenio suscrito con una entidad sometida al EGCAP, siempre que exista documento tipo aplicable al objeto contractual que se planea contratar. Esto significa que los contratos no relacionados con los compromisos adquiridos con la entidad sometida al EGCAP no tendrían que aplicar el régimen contractual público ni los documentos tipo, salvo que quieran hacerlo como una buena práctica de contratación.

De acuerdo con esto, respecto de la aplicación del EGCAP por parte de entidades exceptuadas y particulares, es necesario recalcar que, conforme se interpreta de la redacción de la norma, esta solo es obligatoria en los casos en los que el objeto contractual derivado que se pretende contratar esté cobijado y sometido a algún documento tipo. Esto significa que la aplicación del EGCAP solo será forzosa cuando existe un documento tipo que contempla bienes, obras y servicios dentro de las que se subsume la actividad a contratar por parte de la entidad de régimen especial, patrimonio autónomo o particular. Por ejemplo, si en cumplimiento de un convenio con una entidad sometida al EGCAP, una entidad exceptuada debe contratar el desarrollo de un software o la compra de unos buses, no estará obligado a seguirse por el EGCAP, al no ser estos objetos cobijados por los documentos tipo vigentes, mientras que si lo que requiere es el mantenimiento o la rehabilitación de una vía secundaría, por el contrario sí estará sometido al EGCAP, al estar tales actividades incluidas dentro de los documentos tipo de infraestructura de transporte. Esto por supuesto puede cambiar si la Agencia, en el futuro, adopta más documentos tipo que incluyan los objetos mencionados.

**2.3.3. Noción de giro ordinario y su relevancia para la aplicación del artículo 56 de la Ley 2195 de 2022**

Es necesario precisar el alcance de lo dispuesto en los dos primeros incisos del artículo 56 a luz de lo establecido en su parágrafo, el cual excluye de la aplicación de los primeros incisos del artículo 56, a cierto tipo de entidades, en lo relacionado con la contratación de su *giro ordinario*. Conforme se desprende del texto del referido parágrafo, se exceptúa de lo señalado en los dos primeros incisos a: (i) las instituciones de educación superior públicas, (ii) las empresas sociales del Estado, (iii) las sociedades de economía mixta y (iv) las empresas industriales y comerciales del Estado, únicamente, en la contratación relacionada con el *giro ordinario.* Esto significa que en la contratación asociada a su *giro ordinario,* estos tipos de entidades no tendrían que aplicar, de manera obligatoria, los documentos tipo, ni tampoco el EGCAP. En este caso la norma se limita a fomentar la implementación de documentos tipo a modo de buena práctica contractual, en los casos en los que se estime conveniente.

Ahora, es importante tener en cuenta que cuando la norma se refiere a la contratación del *giro ordinario*, emplea un concepto jurídico indeterminado[[16]](#footnote-17). Un concepto adquiere esta denominación en el Derecho cuando se trata de un enunciado que goza de vaguedad y que debe materializarse en cada caso, atendiendo a las técnicas de la interpretación jurídica. De igual forma, se trata de un concepto para cuya concreción las entidades estatales gozan de cierto margen de apreciación en su aplicación, pero deben respetar los límites previstos en las normas de orden público. Por ejemplo, no podrán considerar que cualquier contrato que celebren hace parte del giro ordinario de sus negocios.

La Corte Constitucional[[17]](#footnote-18) también ha reconocido que el Congreso de la República, dentro de su libertad de configuración legislativa, puede emplear este tipo de conceptos, que se caracterizan por tener un cierto halo de incertidumbre en su interpretación, quedando referida su determinación concreta a la actividad de los operadores jurídicos.

Aunque, como se indicó, la expresión giro ordinario de los negocios es un concepto jurídico indeterminado, el Consejo de Estado ha tenido la oportunidad de pronunciarse en distintas ocasiones sobre su alcance, estableciendo algunos criterios de interpretación. En su momento, en relación con el alcance de la expresión *giro ordinario* incluida en la redacción original del parágrafo 1 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993[[18]](#footnote-19), la Sección Tercera manifestó lo siguiente:

«[E]l giro ordinario de las actividades de una sociedad comercial no sólo comprende aquello que define en forma concreta su objeto social, sino todos los actos directamente relacionados con el mismo, lo que denota que entre éstos y aquéllas debe existir una relación de necesidad que los hace parte en el objeto de la sociedad. Siendo así las cosas, resulta que el concepto “giro ordinario de las actividades” […], hace relación tanto a las actividades o negocios realizados en cumplimiento del objeto social o de las funciones principales, expresamente definidas por la Ley, como también a todo aquello que es conexo con ellas y que se realiza para desarrollar la función principal, estableciéndose entre estos una relación de medio a fin, estrecha y complementaria»[[19]](#footnote-20).

En el mismo sentido se pronunció recientemente el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo, reiterando las anteriores consideraciones, al expresar que:

«[E]l elemento central para la determinación de este concepto jurídico, remite al objeto social –cuando se trata de empresas públicas o privadas constituidas bajo alguno de los tipos societarios definidos en la ley– pero también se refiere, mutatis mutandis, al objeto y funciones expresamente definidas en los actos de creación de entidades públicas que, por su naturaleza, se orientan al desarrollo de actividades industriales y comerciales. De forma que, el giro ordinario de los negocios se explica a partir del objeto social o, también, de las funciones expresamente fijadas por ley, según se trate de una persona jurídica pública o privada, pues ambas categorías, para estos efectos, resultan equivalentes.

Así las cosas, es razonable que el concepto de “giro ordinario de los negocios” sea compatible, de cara al sub lite, con el objeto y funciones de las empresas industriales y comerciales del estado –EICE– de carácter financiero, como lo es Fonade, dado que para el desarrollo de su ejercicio comercial ha sido autorizada para actuar en términos equivalentes a los particulares, de manera que al incursionar en el mercado como un partícipe más, el desarrollo de su gestión está atada al giro ordinario de tales negocios, en los mismos términos en los que se desarrolla el objeto social de las empresas privadas.

7.8. De otra parte, y frente a las actividades conexas o complementarias al objeto social, existe plena compatibilidad respecto de los actos y contratos que puede desarrollar una EICE bajo el giro ordinario de sus negocios pues, al tenor de lo normado en el artículo 86 de la Ley 489 de 1998, dispuso el legislador que además de las actividades y funciones previstas en la ley, en las normas de creación y en sus estatutos internos, la empresas industriales y comerciales del estado están facultadas para “desarrollar y ejecutar todos aquellos que sean necesarios para el cumplimiento del objeto asignado”, previsión que ratifica la aplicación equivalente del giro ordinario de los negocios a las EICE, en sus dos categorías de actuación –objeto principal y actividades conexas»[[20]](#footnote-21).

Conforme con lo expresado en estas providencias, el *giro ordinario* involucra los asuntos que integran el desarrollo del objeto social de una sociedad comercial, una empresa o entidad pública, lo cual comprende tanto unas actividades directamente relacionadas con dicho objeto social, así como otros actos conexos al mismo. Esta interpretación, en principio, es coherente con la regulación de la capacidad de las sociedades comerciales establecida en el Código de Comercio, cuyo artículo 99 dispone que «[S]e entenderán incluidos en el objeto social los actos directamente relacionados con el mismo y los que tengan como finalidad ejercer los derechos o cumplir las obligaciones, legal o convencionalmente derivados de la existencia y actividad de la sociedad»[[21]](#footnote-22).

De otra parte, la doctrina societaria también se ha encargado de definir el *objeto social*, así como su relación con el concepto de *giro ordinario*. Al respecto, la Superintendencia de Sociedades, citando doctrina autorizada en la materia, ha señalado:

Si bien el llamado giro ordinario de los negocios se encuentra determinado por las actividades que constituyen el objeto social, resultan oportunas algunas precisiones conceptuales en torno al empleo constante en la práctica mercantil de la referida expresión "giro ordinario de los negocios". Partiendo de las anteriores consideraciones en cuanto al tema del objeto social, se concluye que éste alude a las actividades que desarrolla o se propone realizar el ente social, al paso que solamente quedan cobijadas por "giro ordinario" aquellas actividades que en forma habitual u ordinaria, ejecuta la sociedad.

Advierte el profesor GAVIRIA GUTIÉRREZ (Lecciones de Derecho Comercial, Biblioteca Jurídica DIKE, Medellín, 1987, Pág. 251) que "el objeto social tiene un significado de mayor amplitud que el giro ordinario, pues aquel comprende cuanto acto sea necesario o conveniente para realizar el fin social propuesto, ya sea de simple gestión ordinaria, como la compra de materias primas y la venta de productos elaborados, ya de gestión extraordinaria, como un traslado de las instalaciones industriales, un despido masivo, un cambio de marcas y demás signos distintivos", de lo cual puede deducirse una relación de género a especie entre ambos conceptos, siendo el giro ordinario una especie que se enmarca al interior del genérico objeto social»[[22]](#footnote-23).

De acuerdo con estas consideraciones, no existe una plena equivalencia entre las actividades que hacen parte del desarrollo del *objeto social* y las que comprende el *giro ordinario*, ya que como precisa la Superintendencia de Sociedades, entre lo que designan estas categorías existe una relación de género a especie.

En relación con la aplicación de lo dispuesto en el parágrafo del artículo 56 de la Ley 2195 de 2022, conviene aclarar que, a juicio de esta Agencia, a menos que el Presidente de la República en ejercicio de la potestad reglamentaria atribuida por el artículo 189.11 de la Constitución Política, disponga algo diferente, la expresión *giro ordinario* en dicha norma se usa para designar a la contratación directamente relacionada con los asuntos de la gestión habitual u ordinaria de los tipos de entidades mencionadas en el parágrafo. No obstante, la determinación de las actividades que comprenden el *giro ordinario* es un asunto que debe establecerse en cada caso concreto por parte de las entidades estatales –analizando lo establecido en sus actos de creación y verificando los negocios habituales u ordinarios que desarrollan–, pues el parágrafo del artículo 56 *ejusdem* se limita a enunciar algunos tipos de entidades estatales, las cuales no solo difieren en su naturaleza jurídica, sino también en las actividades que realizan.

Esto impide que la Agencia Nacional de Contratación Pública, en sede consultiva, pueda determinar, con un criterio universal y absoluto, qué actividades específicas hacen parte del giro ordinario de los negocios de dichas entidades y cuáles escapan de este, pues, como se indicó, al explicar la naturaleza de los conceptos jurídicos indeterminados, la concreción del alcance de la expresión *giro ordinario* debe hacerse en el caso concreto, empleando un criterio de interpretación restrictiva. Ello en la medida en que el parágrafo del artículo 56 consagra una excepción a una regla general. Además, cada una de las entidades estatales señaladas en dicho parágrafo se encuentra circunscrita, hermenéuticamente –para acotar aquel concepto–, a lo que establezcan sus normas estatutarias –actos de creación y demás reglamentos–, así como a la realidad de los negocios que hacen parte de su dinámica habitual.

En tales términos, lo dispuesto en el parágrafo del artículo 56 implica que las instituciones de educación superior públicas, las empresas sociales del Estado, las sociedades de economía mixta y las empresas industriales y comerciales del Estado, no tendrán que implementar los documentos tipo únicamente para la contratación relacionada con el *giro ordinario* de sus asuntos, salvo que los manuales internos de contratación de estas entidades dispongan la obligación de tener en cuenta los documentos tipo como una buena práctica contractual. De acuerdo con este entendimiento, estas entidades, en virtud de su enunciación en este parágrafo, quedan, en principio, exceptuadas de los documentos tipo, incluso para la contratación de obras o servicios cubiertos por documentos tipo, en el marco del cumplimiento de contratos o convenios con entidades sometidas al EGCAP y de los negocios jurídicos que se deriven de ellos, exclusivamente en lo que se refiere a *su giro ordinario*, entendido este conforme a los criterios jurisprudenciales y doctrinarios aquí explicados. En otras palabras, ninguna entidad cuya naturaleza jurídica coincida con las mencionadas en el parágrafo del artículo 56, tendrá que someterse de manera obligatoria a los documentos tipo o el EGCAP para la contratación de obras o servicios asociadas a su *giro ordinario*, a menos que su manual de contratación establezca lo contrario. De hacerlo, primará el principio de inderogabilidad singular del reglamento, que obliga a aplicarlo en las actuaciones concretas.

Esta interpretación, a juicio de la Agencia, se desprende de la literalidad del texto de la norma en comento, sino que además está en armonía con la voluntad del órgano legislativo. Al respecto se estima que, si bien es cierto que entre los propósitos del artículo está la extensión de los documentos tipo a entidades exceptuadas –a través de las cuales se podría estar eludiendo la aplicación de documentos tipo[[23]](#footnote-24)–, no es menos cierto que el Legislador, en materia de contratación estatal, goza de un amplio margen de configuración normativa, de conformidad con lo dispuesto en el inciso final del artículo 150 de la Constitución Política[[24]](#footnote-25). En ese sentido, en virtud de esta potestad de configuración normativa, resulta perfectamente válido que se establezca una regla general y unas excepciones, como se hace, por ejemplo, en el artículo 56 de la Ley 2195 de 2022, en el que se consagra un mandato general en los primeros dos incisos, y una excepción en el parágrafo, para lo que enuncian unos tipos de entidades que se excluyen de la regla general, únicamente respecto de la contratación de su *giro ordinario.* A esto se suma el hecho de que el parágrafo bajo estudio es una norma restrictiva, por lo que, en virtud de dicho carácter, amerita una interpretación apegada a lo que literalmente se desprende del texto. Como lo ha establecido el Consejo de Estado, «[…] de conformidad con la jurisprudencia uniforme y reiterada de esta Corporación, la aplicación de las normas que contemplan […] prohibiciones o limitaciones, deben responder a una interpretación restrictiva que no permite su extensión, por vía de la figura de la analogía, a supuestos no contemplados por el ordenamiento»[[25]](#footnote-26).

De acuerdo con esta interpretación restrictiva[[26]](#footnote-27), el parágrafo del artículo 56 de la Ley 2195 de 2022 es claro al excluir a las instituciones de educación superior públicas, las empresas sociales del Estado, las sociedades de economía mixta y las empresas industriales y comerciales del Estado, de la aplicación de los documentos tipo y del EGCAP, únicamente en la contratación asociada a su *giro ordinario,* derivada del cumplimiento de contratos y/o convenios con entidades sometidas al EGCAP. Por ello, no es posible sostener una interpretación teleológica que pretenda una aplicación extensiva de los documentos tipo por parte de las entidades estatales que menciona el parágrafo, pues ello además implicaría contrariar aquel mandato interpretativo según el cual «cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu»[[27]](#footnote-28), al igual que la regla según la cual «Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación»[[28]](#footnote-29).

En conclusión, a juicio de esta Agencia lo dispuesto en el parágrafo del artículo 56 de la Ley 2195 de 2022, es una manifestación de la voluntad del Legislador de relevar a las instituciones de educación superior públicas, las empresas sociales del Estado, las sociedades de economía mixta y las empresas industriales y comerciales del Estado, de la implementación de documentos tipo y de la aplicación del EGCAP, únicamente en lo que tiene que ver con su *giro ordinario*. Esto significa que tales entidades, cuando en desarrollo de un contrato o un convenio con una entidad sometida al EGCAP, requieran contratar un objeto cobijado por algún documento tipo, que no esté comprendido dentro de su *giro ordinario,* deberán regirse por lo establecido en los dos incisos del referido artículo. Esta interpretación encuentra sustento en el principio del efecto útil del artículo 56 de la Ley 2195 de 2022, pues refleja el alcance que el Legislador quiso darle a la norma en comento.

**2.3.4. Análisis frente a la consulta del peticionario**

Analizado el ámbito de aplicación del artículo 56 de la Ley 2195 de 2022, cabe precisar que el peticionario formuló la siguiente pregunta: «En el caso en que un contrato sea celebrado entre una entidad estatal sometida a dicho régimen y una sociedad de economía mixta, que para el desarrollo del objeto contractual pactado suscribe un contrato de fiducia para la creación de un Patrimonio Autónomo con los recursos transferidos, para que éste a su vez asuma la contratación de los bienes, obras o servicios objeto del contrato: ¿se cumpliría con el criterio establecido en el inciso primero del art. 56 para la obligatoriedad en la adopción de los documentos tipo? ¿si la respuesta anterior es afirmativa cual sería el régimen contractual que debería aplicar el Patrimonio Autónomo para la contratación de los bienes, obras o servicios?»

Frente al particular, tal y como se explicó previamente, son dos los requisitos necesarios para que proceda la aplicación del artículo 56 de la Ley 2195 de 2022: i) que una entidad estatal sometida al EGCAP celebre un contrato o convenio interadministrativo, o un contrato de cualquier índole con una entidad exceptuada de la aplicación del EGCAP –incluso con patrimonios autónomos o con personas naturales o jurídicas de derecho privado–, esto es, cuyo régimen de contratación sea especial o sujeto al derecho privado y, además, ii) esta última –entidad estatal de régimen especial, patrimonio autónomo o persona natural o jurídica de derecho privado–, en desarrollo de los negocios jurídicos anteriores, contrate la adquisición de un bien, obra o servicio que esté cobijada por un documento tipo. Esto supone que, en los casos que la entidad estatal de régimen especial no celebre contratos para la adquisición de bienes, obras o servicios que están cobijados por los documentos tipo, sino que celebra un contrato de fiducia, para que ésta última contrate los bienes o servicios, se trataría de un evento que no se encuadraría dentro del contenido dispuesto en el artículo 56 de la Ley 2195 de 2022.

En el supuesto expuesto en su solicitud, solo se cumple uno de los elementos establecidos en la Ley 2195 de 2022, puesto que aun cuando efectivamente la entidad estatal sometida al EGCAP celebra un contrato con la sociedad de economía mixta –bajo el supuesto que esta entidad esté sometida a un régimen especial en los términos explicados previamente–, esta última no celebra un contrato para adquirir una obra, bien o servicio cobijado por algún documento tipo; sino que celebra un contrato de fiducia para que sea el patrimonio autónomo el que contrate dichas obras, bienes o servicios. Por el contrario, distinta sería la postura si la sociedad de economía mixta –entidad sometida a un régimen especial–, con ocasión de la celebración del contrato o convenio con la entidad regida por el EGCAP, sea la que contrate directamente la ejecución de las obras, bienes o servicios sujetos a documentos tipo, puesto que en este caso sí aplicaría lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley 2195 de 2022, salvo que se presente la excepción establecida en el parágrafo del artículo ibidem. Esto en razón a que se cumplirían los dos criterios explicados previamente.

Ahora, no es posible extender los efectos del artículo 56 de la Ley 2195 de 2022 a la fiducia –patrimonio autónomo sometido al régimen especial– porque en este supuesto solo se cumple el criterio conforme al cual el contrato que celebra es la adquisición de obras, bienes o servicios que eventualmente están sujetos a los documentos tipo. Sin embargo, estos contratos se realizan con fundamento en el negocio jurídico celebrado con la sociedad de economía mixta –entidad sometida al régimen especial– y no con una entidad estatal sometida al EGCAP.

En este sentido, frente a su inquietud en particular de determinar si el supuesto en que una entidad sometida al EGCAP celebre un contrato con una sociedad de economía mixta –partiendo del supuesto que es una entidad sometida a un régimen especial– y esta última celebre un contrato de fiducia para la constitución de un patrimonio autónomo para adquirir obras, bienes y servicios cobijados por documentos tipo, se concluye que es un evento no contemplado en el artículo 56 de la Ley 2195 de 2022. En consecuencia, la fiducia no estaría obligada a aplicar los documentos tipo adoptados por esta Agencia y, por tanto, los procedimientos de selección y los contratos que realicen en desarrollo de los anteriores negocios jurídicos no estarían sometidos al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

En relación con lo anterior, es importante mencionar que si bien el supuesto expuesto por el peticionario no quedó contemplado en el ámbito de aplicación del artículo 56 de la Ley 2195 de 2022, quienes celebren contratos bajo ese contexto deberán analizar su viabilidad jurídica, técnica y financiera, incluyendo el análisis de que se garanticen los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal. Al respecto, cabe recordar, atendiendo lo previsto en el artículo 209 de la Carta Política que la organización administrativa del Estado tiene a su cargo, primordialmente, el ejercicio de la función administrativa con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, de delegación y la desconcentración de funciones[[29]](#footnote-30).

En este sentido, la búsqueda y logro de los intereses generales impone el deber a las autoridades a una gestión objetiva que debe encauzarse en la aplicación de los principios regulados en la Carta Política, que son propios del quehacer administrativo público. Frente al particular conviene precisar que el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 estableció que las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al 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. Esto significa que de manera expresa se estableció la obligatoriedad de aplicar los principios de la función administrativa para el ejercicio de las funciones por parte de las entidades estatales sometidas a un régimen contractual de derecho privado –como sería el caso de una sociedad de economía mixta sometida al régimen privado–, además dichos principios también deben respetarlos las entidades regidas por el EGCAP .

Conforme a lo anterior, las entidades estatales sometidas al régimen especial tienen el mandato obligatorio de cumplir los principios de la gestión fiscal y de la función administrativa, en especial, el de economía, eficacia y eficiencia pública. Estos últimos, de acuerdo con el citado artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, también están estrechamente relacionados con los principios de la gestión fiscal. Es decir, que los principios definidos en el artículo 209 de la Constitución son aplicables a quienes ejerzan función administrativa y se proyectan de manera amplia a cualquier actividad que adelanten. En el caso expuesto, es decir, tratándose de una entidad de régimen especial que deba aplicar los documentos tipo conforme al artículo 56 de la Ley 2195 de 2022 –sin perjuicio de que se aplicara lo establecido en el parágrafo de dicha disposición– si esta constituye un patrimonio autónomo para que la entidad fiduciaria adelante la contratación de obras, bienes o servicios existiría una eventual tensión con los principios de la función administrativa como los de economía, eficiencia y eficacia, que debería analizarse en cada caso concreto, pues ello podría originar eventuales responsabilidades.

En efecto, de acuerdo con el artículo 3.12 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo, «En virtud del principio de economía, las autoridades deberán proceder con austeridad y eficiencia, optimizar el uso del tiempo y de los demás recursos, procurando el más alto nivel de calidad en sus actuaciones y la protección de los derechos de las personas». Por ello, la estructuración de los documentos tipo por parte de la Agencia pretende estandarizar los requisitos del proceso de selección con el objetivo de que las entidades públicas puedan adelantar rápidamente la gestión contractual, aspecto que era reclamado de *lege ferenda* por parte de la doctrina antes de su consagración en el ordenamiento jurídico[[30]](#footnote-31).

De esta manera, los documentos tipo reducen el tiempo de los procesos de contratación y contribuyen al logro de una contratación pública más transparente y con mayor concurrencia de oferentes. Por lo demás, con las Leyes 1882 de 2018 y 2022 de 2020, la intención del Congreso de la República era adaptar el ordenamiento jurídico colombiano a las nuevas tendencias internacionales, al entender que los documentos tipo son una medida eficaz para lograr la transparencia contractual y permiten una administración pública más eficiente y moderna. Así también lo reconoce la doctrina al expresar que los documentos tipo optimizan los procesos de selección reduciendo tiempos de contratación y procesos extensos[[31]](#footnote-32), puesto que «Incrementa la eficiencia del proceso de selección, de la entidad contratante y de los oferentes: Reduce los tiempos y los costos de transacción (asimetría en la información), preparación de pliegos, elaboración y evaluación de ofertas. La entidad y los oferentes anticipan la información»[[32]](#footnote-33).

Si bien los artículos 13, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993 reconocen el principio de autonomía de la voluntad para las entidades sometidas al EGCAP, y con fundamento en él –bajo las restricciones propias de la ley y el orden público– pueden celebrar contratos con entidades excluidas, la pretensión del artículo 56 de la Ley de Transparencia es ampliar el ámbito de aplicación de los documentos tipo para que estas últimas también estén obligados a aplicarlos. Lo anterior para efectos de desincentivar la celebración de contratos y convenios con el objetivo de eludir el mandato previsto en el parágrafo 7 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, incorporado por la Ley 1882 de 2018 y modificado por la Ley 2022 de 2020.

En este sentido, cuando la entidad sometida celebra un contrato con una exceptuada y esta última, a su vez, constituye un patrimonio autónomo para ejecutar las obras, bienes o servicios, la Agencia estima que –aunque este supuesto no quedó expresamente recogido en el artículo 56 de la Ley 2195 de 2022– es necesario analizar desde el punto vista económico, técnico y jurídico su procedencia de celebrar contratos bajo dicho esquema. Lo anterior, teniendo en cuenta que el patrimonio autónomo no podría constituirse con el ánimo de eludir normas imperativas. Como explica la doctrina, dado que están prohibidos los negocios fiduciarios realizados en fraude a la ley, la libertad para suscribirlos:

[…] debe entenderse limitada, de manera natural, por la imposibilidad de buscar a través de un mecanismo oblicuo, la obtención de una finalidad que no sería lícito obtener al fideicomitente, si actuara en forma directa. Y naturalmente, ello implica un análisis teleológico del contrato para saber qué es lo que realmente se busca con él, si la obtención de la finalidad económica que aparentemente se establece como objeto de contrato y carga para el fiduciario o la eliminación, por esa vía, de restricciones o requisitos que vinculados al cumplimiento de normas de tipo imperativo, en las cuales se encuentren ínsitas el orden público o las buenas costumbres, podrían conducir a la celebración de un contrato nulo por objeto ilícito[[33]](#footnote-34).

En este contexto, de acuerdo con el artículo 3 de la Ley 80 de 1993, es necesario tener en cuenta que «Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines». Esta finalidad puede conseguirla directamente la entidad obligada a aplicar los documentos tipo, por lo que debería justificarse la razonabilidad de acudir a un esquema como el del cuestionamiento del peticionario. De otro lado, en este tipo de contratos resulta importante tener en cuenta el deber de respetar otras disposiciones del ordenamiento jurídico, como lo establecido en el inciso segundo, literal c), numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, que limita la posibilidad de celebrar contratos interadministrativos de forma directa, bajo ciertos supuestos[[34]](#footnote-35).

En efecto, si al esquema de intermediación entre la entidad sometida y la exceptuada se agrega la constitución de un patrimonio autónomo por parte de esta última, es razonable esperar que la selección de la entidad fiduciaria demore el inicio del proyecto y cargue un nuevo costo para la ejecución de las obras, servicios o bienes. Lo anterior, teniendo en cuenta que el contrato de fiducia mercantil se celebra a título oneroso, de acuerdo con el artículo 1497 del Código Civil[[35]](#footnote-36). Esta onerosidad es de la esencia del contrato, ya que el artículo 1237 del Código de Comercio dispone que «Todo negocio fiduciario será remunerado conforme a las tarifas que al efecto expida la Superintendencia Bancaria».

Lo descrito en las líneas precedentes sería relevante cuando se analice la eficacia y la eficiencia en la prestación de los servicios públicos como fin de los contratos estatales. De acuerdo con el diccionario de la RAE este último alude a la «Capacidad de lograr los resultados deseados con el mínimo posible de recursos», por lo cual es necesario que se analice adecuadamente que la constitución del patrimonio autónomo, por ejemplo, implica menores costos de tiempo y dinero para ejecución del proyecto. Igualmente, el diccionario de la RAE define la eficacia como la «Capacidad de lograr el efecto que se desea», de manera que también debe analizarse cómo la actuación contribuiría a una mejor ejecución de la obra desde el punto de vista económico y técnico.

Para estos efectos, no puede perderse de vista que los principios de economía, eficiencia y eficacia son un parámetro de control de la actividad administrativa. Particularmente, constituyen orientaciones que deben guiar la actividad de las autoridades para que la actuación de la administración se dirija a obtener la finalidad o los efectos prácticos a que apuntan las normas constitucionales y legales, buscando el mayor beneficio social al menor costo posible[[36]](#footnote-37)*.* Por ello, la doctrina ha considerado que:

En la valoración social, política, práctica y, también, jurídica de la Administración pública como parte de la estructura de los poderes públicos tienen hoy destacada importancia los valores de la eficiencia y eficacia. De aquélla se exige primariamente no sólo que obre o actúe, sino que, al hacerlo, "resuelva" los problemas sociales, es decir, que produzca, en cada caso, un determinado resultado efectivo, es decir, una "obra", cabalmente la pretendida y señalada como fin u objetivo al diagnosticar el problema de que se trate. Surge así la "efectividad" o, si se prefiere, el "éxito" como criterio de legitimidad de la Administración pública[[37]](#footnote-38).

En este contexto, los principios de la función administrativa imponen que las entidades materialicen los fines del Estado con la menor cantidad de tiempos y recursos, pues son un presupuesto de la continuidad en la prestación de los servicios públicos. Estos últimos los define el artículo 2.3 de la Ley 80 de 1993 como «Los que están destinados a satisfacer necesidades colectivas en forma general, permanente y continua, bajo la dirección, regulación y control del Estado, así como aquéllos mediante los cuales el Estado busca preservar el orden y asegurar el cumplimiento de sus fines».

Ahora bien, en concordancia con lo previsto en el artículo 267 de la Constitución Política, al eventual desconocimiento de los principios de la función administrativa también se suma el riesgo fiscal. Al respecto, el artículo 3 de la Ley 610 de 2000, «Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías», dispone que la gestión fiscal se realiza con sujeción a los principios de legalidad, *eficiencia, economía, eficacia*, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales. Por su parte, el artículo 6 *ibidem* define el daño patrimonial como la conducta dolosa o gravemente culposa producida por una *gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, e inoportuna*, que en términos generales, no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado.

De esta manera, la gestión contractual no se limita al acatamiento formal del marco normativo impuesto por el ordenamiento jurídico, pues la vulneración de los principios de economía, eficiencia y eficacia podrían comprometer la responsabilidad fiscal en la ordenación del gasto[[38]](#footnote-39). Para estos efectos, la doctrina considera que la *economía* busca verificar el parámetro de costos mínimos, estableciendo si se obtiene el máximo desempeño institucional con los recursos disponibles; la *eficiencia*, medida con los indicadores respectivos, se verifica cotejando los recursos públicos, el proceso al cual se aplican dichos recursos y los resultados obtenidos; mientras que la *eficacia* alude al cumplimiento de metas en términos de objetivos y oportunidad[[39]](#footnote-40).

En definitiva, dado que el supuesto planteado en el objeto de la solicitud no encaja en el mandato del artículo 56 de la Ley de Transparencia, el patrimonio autónomo constituido por la entidad exceptuada en las condiciones descritas en la consulta no estaría obligado a aplicar de los documentos tipo. No obstante, la contratación de la entidad fiduciaria debe justificarse desde el punto vista técnico, económico y jurídico, pues el patrimonio autónomo no podría constituirse con la finalidad de eludir el contenido de normas imperativas. Por tanto, de acuerdo con las particularidades de cada caso concreto, deberá valorarse hasta qué punto, en los términos del artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, esta decisión resulta acorde con el marco jurídico aplicable, en particular con los principios de la función administrativa y la gestión fiscal.

**3. Respuesta**

De conformidad con el criterio exigido en el referido artículo conforme con la obligatoriedad en la aplicación de los documentos tipo, siendo este la celebración de un contrato o convenio interadministrativo entre una entidad estatal sometida al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública con "otra entidad estatal o con patrimonios autónomos o con personas naturales o jurídicas de derecho privado, cuyo régimen de contratación sea especial o de derecho privado", se plantea el siguiente interrogante:

En el caso en que un contrato sea celebrado entre una entidad estatal sometida a dicho régimen y una sociedad de economía mixta, que para el desarrollo del objeto contractual pactado suscribe un contrato de fiducia para la creación de un Patrimonio Autónomo con los recursos transferidos, para que éste a su vez asuma la contratación de los bienes, obras o servicios objeto del contrato: ¿se cumpliría con el criterio establecido en el inciso primero del art. 56 para la obligatoriedad en la adopción de los documentos tipo? ¿si la respuesta anterior es afirmativa cual sería el régimen contractual que debería aplicar el Patrimonio Autónomo para la contratación de los bienes, obras o servicios?

Como se explicó previamente, son dos los requisitos necesarios para que proceda la aplicación del artículo 56 de la Ley 2195 de 2022: i) que una entidad estatal sometida al EGCAP celebre un contrato o convenio interadministrativo, o un contrato de cualquier índole con una entidad exceptuada de la aplicación del EGCAP –incluso con patrimonios autónomos o con personas naturales o jurídicas de derecho privado–, esto es, cuyo régimen de contratación sea especial o sujeto al derecho privado y, además, ii) esta última –entidad estatal de régimen especial, patrimonio autónomo o persona natural o jurídica de derecho privado–, en desarrollo de los negocios jurídicos anteriores, contrate la adquisición de un bien, obra o servicio que esté cobijada por un documento tipo. Esto supone que, en los casos que la entidad estatal de régimen especial no celebre contratos para la adquisición de bienes, obras o servicios que están cobijados por los documentos tipo, sino que celebra un contrato de fiducia, para que ésta última contrate los bienes o servicios, se trataría de un evento que no se encuadraría dentro del contenido dispuesto en el artículo 56 de la Ley 2195 de 2022.

En el supuesto expuesto en su solicitud, solo se cumple uno de los elementos establecidos en la Ley 2195 de 2022, puesto que aun cuando efectivamente la entidad estatal sometida al EGCAP celebra un contrato con la sociedad de economía mixta –bajo el supuesto que esta entidad esté sometida a un régimen especial en los términos explicados previamente–, esta última no celebra un contrato para adquirir una obra, bien o servicio cobijado por algún documento tipo; sino que celebra un contrato de fiducia para que sea el patrimonio autónomo el que contrate dichas obras, bienes o servicios. Por el contrario, distinta sería la postura si la sociedad de economía mixta –entidad sometida a un régimen especial–, con ocasión de la celebración del contrato o convenio con la entidad regida por el EGCAP, sea la que contrate directamente la ejecución de las obras, bienes o servicios sujetos a documentos tipo, puesto que en este caso sí aplicaría lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley 2195 de 2022, salvo que se presente la excepción establecida en el parágrafo del artículo ibidem. Esto en razón a que se cumplirían los dos criterios explicados previamente.

En este sentido, frente a su inquietud en particular de determinar si el supuesto en que una entidad sometida al EGCAP celebre un contrato con una sociedad de economía mixta –partiendo del supuesto que es una entidad sometida a un régimen especial– y esta última celebre un contrato de fiducia para la constitución de un patrimonio autónomo para adquirir obras, bienes y servicios cobijados por documentos tipo, se concluye que es un evento no previsto en el artículo 56 de la Ley 2195 de 2022. En consecuencia, la fiducia no estaría obligada a aplicar los documentos tipo adoptados por esta Agencia y, por tanto, los procedimientos de selección y los contratos que realicen en desarrollo de los anteriores negocios jurídicos no estarían sometidos al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Ahora bien, esta Agencia estima que aunque este supuesto no quedó expresamente establecido en el artículo 56 de la Ley 2195 de 2022, es necesario que en cada caso se justifique desde el punto vista económico, técnico y jurídico las razones por las cuales resulta conveniente adelantar de esta manera la actividad contractual. En efecto, la contratación de la entidad fiduciaria debe justificarse desde el punto vista técnico, económico y jurídico, pues el patrimonio autónomo no podría constituirse con la finalidad de eludir el contenido de normas imperativas. Por tanto, de acuerdo con las particularidades de cada caso concreto, deberá valorarse hasta qué punto, en los términos del artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, esta decisión resulta acorde con el marco jurídico, en particular con los principios de la función administrativa y la gestión fiscal.

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

Atentamente,

Texto

Descripción generada automáticamente

|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Sara Milena Núñez Aldana  Gestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Sebastián Ramírez Grisales  Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado Navarro  Subdirector de Gestión Contractual ANCP – CCE |

1. Los conceptos indicados pueden consultarse en el siguiente enlace: https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos. [↑](#footnote-ref-2)
2. Ley 489 de 1998, artículo 38, numeral 2, literal f, y artículo 68, numeral 2: «Son entidades descentralizadas del orden nacional, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta, las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica, las empresas sociales del Estado, las empresas oficiales de servicios públicos y las demás entidades creadas por la ley o con su autorización, cuyo objeto principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales o comerciales con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio. Como órganos del Estado aun cuando gozan de autonomía administrativa están sujetas al control político y a la suprema dirección del órgano de la administración al cual están adscritas».   [↑](#footnote-ref-3)
3. Así lo establece la Constitución Política, en el artículo 150, numeral 7, así como en el artículo 300, numeral 7 y en el artículo 313, numeral 6. [↑](#footnote-ref-4)
4. Las sociedades de economía mixta son una clara manifestación organizacional de la función administrativa. Al respecto, la doctrina colombiana ha considerado que «la organización debe ocupar un lugar central en el estudio del derecho administrativo, sobre todo si se tiene en cuenta que lo estructural es consustancial a la actividad administrativa. De hecho, podemos afirmar que se trata de una verdadera dialéctica en la que se presenta una relación de medio a fin, ya que su objeto es precisamente el diseño y puesta en funcionamiento de las maneras o formas de gestión de potestades, atribuciones y competencias administrativas» (RINCÓN CÓRDOBA, Jorge Iván. Teoría de la organización administrativa en Colombia, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019, pp. 31-32). [↑](#footnote-ref-5)
5. «Una función administrativa entendida entonces, como un conjunto de actividades particulares, disimiles entre sí, pero diversas de aquellas generales de Estado y particulares propias de la función judicial y legislativa, que dan desarrollo directo a las finalidades del estado, consagradas de manera positiva en la Constitución Política, que pueden ser desarrolladas por distintos sujetos de derecho, habilitados para ello, con el respeto y cumplimiento del ordenamiento jurídico superior» (MONTAÑA PLATA, Alberto. Fundamentos de derecho administrativo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 124). [↑](#footnote-ref-6)
6. Ley 80 de 1993, artículo 2, literal a): «Artículo 2o. de la definición de entidades, servidores y servicios públicos. Para los solos efectos de esta ley:

   »1o. Se denominan entidades estatales:

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

   […]». [↑](#footnote-ref-7)
7. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 1127 del 10 de diciembre de 2004. M.P. Enrique José Arboleda Perdomo [↑](#footnote-ref-8)
8. Ley 1150 de 2007, artículo 14: «Las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, las Sociedades de Economía Mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), sus filiales y las Sociedades entre Entidades Públicas con participación mayoritaria del Estado superior al cincuenta por ciento (50%), estarán sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, con excepción de aquellas que desarrollen actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, nacional o internacional o en mercados regulados, caso en el cual se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a sus actividades económicas y comerciales, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 13 de la presente ley. Se exceptúan los contratos de ciencia y tecnología, que se regirán por la Ley 29 de 1990 y las disposiciones normativas existentes. [↑](#footnote-ref-9)
9. «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-10)
10. 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-11)
11. 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-12)
12. Ley 2022 de 2020: «**Artículo 1º.** Modifíquese el artículo 4º de la Ley 1882 de 2018, el cual quedará así:

    **»Artículo 4º.** Adiciónese el siguiente parágrafo al artículo 2º de la Ley 1150 de 2007.

    **»Parágrafo 7º.** La Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente o quien haga sus veces, adoptará documentos tipo que serán de obligatorio cumplimiento en la actividad contractual de todas las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

    »Dentro de estos documentos tipo, se establecerán los requisitos habilitantes, factores técnicos, económicos y otros factores de escogencia, así como aquellos requisitos que, previa justificación, representen buenas prácticas contractuales que procuren el adecuado desarrollo de los principios que rigen la contratación pública.

    »Con el ánimo de promover la descentralización, el empleo local, el desarrollo, los servicios e industria local, en la adopción de los documentos tipo, se tendrá en cuenta las características propias de las regiones, la cuantía, el fomento de la economía local y la naturaleza y especialidad de la contratación. Para tal efecto se deberá llevar a cabo un proceso de capacitación para los municipios.

    »La Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente fijará un cronograma, y definirá en coordinación con las entidades técnicas o especializadas correspondientes el procedimiento para implementar gradualmente los documentos tipo, con el propósito de facilitar la incorporación de estos en el sistema de compra pública y deberá establecer el procedimiento para recibir y revisar comentarios de los interesados, así como un sistema para la revisión constante de los documentos tipo, que expida.

    »En todo caso, serán de uso obligatorio 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, consultoría en ingeniería para obras, que lleven a cabo todas las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en los términos fijados mediante la reglamentación correspondiente». [↑](#footnote-ref-13)
13. ». CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Gaceta Nº 1677 del 23 de noviembre de 2021. Justificación jurídica del Proyecto de Ley No. 226 de 2021 Cámara. p. 15. [↑](#footnote-ref-14)
14. «**Artículo 2°.**De las modalidades de selección**.**La escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa, con base en las siguientes reglas:

    […]

    »4. Contratación directa**.**La modalidad de selección de contratación directa, solamente procederá en los siguientes casos:

      […]

    »c) Contratos interadministrativos, siempre que las obligaciones derivadas del mismo tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora señalado en la ley o en sus reglamentos.

       »Se exceptúan los contratos de obra, suministro, prestación de servicios de evaluación de conformidad respecto de las normas o reglamentos técnicos, encargos fiduciarios y fiducia pública cuando las instituciones de educación superior públicas o las Sociedades de Economía Mixta con participación mayoritaria del Estado, o las personas jurídicas sin ánimo de lucro conformadas por la asociación de entidades públicas, o las federaciones de entidades territoriales sean las ejecutoras. Estos contratos podrán ser ejecutados por las mismas, siempre que participen en procesos de licitación pública o contratación abreviada de acuerdo con lo dispuesto por los numerales 1 y 2 del presente artículo.

       »En aquellos eventos en que el régimen aplicable a la contratación de la entidad ejecutora no sea el de la Ley 80 de 1993, la ejecución de dichos contratos estará en todo caso sometida a esta ley, salvo que la entidad ejecutora desarrolle su actividad en competencia con el sector privado o cuando la ejecución del contrato interadministrativo tenga relación directa con el desarrollo de su actividad.

       »En aquellos casos en que la entidad estatal ejecutora deba subcontratar algunas de las actividades derivadas del contrato principal, no podrá ni ella ni el subcontratista, contratar o vincular a las personas naturales o jurídicas que hayan participado en la elaboración de los estudios, diseños y proyectos que tengan relación directa con el objeto del contrato principal.

       »Estarán exceptuados de la figura del contrato interadministrativo, los contratos de seguro de las entidades estatales[…]».  [↑](#footnote-ref-15)
15. Este es uno de los casos típicos de antinomias que ha identificado la doctrina, que al respecto ha señalado: «Segundo caso: antinomias entre normas provenientes de dos fuentes distintas, pero del mismo tipo (por ejemplo, dos leyes estatales ordinarias) Ahora bien, dos fuentes del mismo tipo por lo general habrán sido promulgadas o emanadas en momentos distintos. En estos casos, la antinomia se resuelve dando la preferencia a la norma más reciente en el tiempo. La norma sucesiva debe ser aplicada, la anterior debe considerarse abrogada, ya no en vigencia […] Este modo de razonar constituye aplicación del principio cronológico: la norma sucesiva abroga la precedente («*lex posterior derogat legi priori*»)». GUASTINI, Ricardo. La interpretación de los documentos normativos. Trad. Cesar E. Moreno Primera Edición, Centro Iberoamericano de Investigaciones Jurídicas y Sociales: Derecho Global Editores, México, 2018. pp. 423 [↑](#footnote-ref-16)
16. Según García de Enterría, «Estos concepto jurídicos indeterminados, o que se contienen en lo que también se llaman las normas flexibles, son consustanciales a toda la técnica jurídica y no constituyen una particularidad del Derecho público […], son conceptos jurídicos indeterminados, en el sentido de que la medida concreta para la aplicación de los mismos en un caso particular no nos la resuelve o determina con exactitud la propia Ley que los ha creado y de cuya aplicación se trata» (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo. 3ª ed. Madrid: Civitas, 1983. pp. 33-34). [↑](#footnote-ref-17)
17. Sentencia C-382 de 2019, M.P. Alejandro Linares Cantillo. [↑](#footnote-ref-18)
18. La redacción original del parágrafo primero del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, incluía la expresión *giro ordinario*, la cual servía de elemento calificante para la determinación del régimen aplicable a los contratos de los establecimientos de crédito público, las compañías de seguros y las demás entidades financieras públicas. Dicho parágrafo establecía «Sin perjuicio de lo dispuesto en esta ley sobre fiducia y encargo fiduciario, los contratos que celebren los establecimientos de crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal, que correspondan *al giro ordinario de las actividades propias de su objeto social,* no estarán sujetos a las disposiciones del presente estatuto y se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades» [Énfasis fuera de texto]. [↑](#footnote-ref-19)
19. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 12 de octubre de 2011. Exp. No. 20070. C.P. Danilo Rojas Betancourt. [↑](#footnote-ref-20)
20. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 3 de marzo de 2021. Exp. No. 51373. C.P. José Roberto Sáchica Méndez.

    [↑](#footnote-ref-21)
21. El Consejo de Estado ha precisado que: «Según esta norma, el giro ordinario de las actividades de una sociedad comercial no sólo comprende aquello que define en forma concreta su objeto social, sino todos los actos directamente relacionados con el mismo, lo que denota que entre éstos y aquéllas debe existir una relación de necesidad que los hace parte del objeto de la sociedad. Tal es el caso de la contratación de la publicidad para promocionar la empresa o sus productos, o la contratación de profesionales para que realicen una consultoría o asesoría relacionada con las actividades de la empresa, etc.

    »En estos casos, mal podría decirse que la sociedad no puede realizar este tipo de actos necesarios para el buen desempeño de sus actividades comerciales. Lo propio cabe decir de las entidades financieras. De manera que la norma comercial citada es perfectamente trasladable al campo financiero». Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 6 de julio de 2005. Exp. No. 11575. C.P. Alier E. Hernández Enríquez. [↑](#footnote-ref-22)
22. Superintendencia de Sociedades. Oficio 220-014111 del 18 de febrero de 2015. Consultado el 9 de febrero de 2022 en: <https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/OFICIO_220-014111_DE_2015.pdf> [↑](#footnote-ref-23)
23. En efecto, en audiencia Pública del 18 de marzo de 2021, esta Agencia llamó la atención sobre la necesidad de incluir en el Proyecto de Ley «[…] algunas disposiciones [..] relacionadas por ejemplo con impedir que las entidades sometidas al estatuto de contratación celebren contratos jurídicos de derecho privado, con lo que se prevé evitar escapar del ámbito del estatuto de contratación pública, asimismo fortalecer que en los convenios deben emplearse documentos tipos; extender la aplicación del estatuto de contratación algunos objetos en los cuales tienen un régimen especial y a patrimonios autónomos, así como empresas de servicios públicos». CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Gaceta Nº 1677 del 23 de noviembre de 2021. Justificación jurídica del Proyecto de Ley No. 226 de 2021 Cámara. p. 15. [↑](#footnote-ref-24)
24. Al respecto ha señalado la Corte Constitucional: «En relación con el ámbito de configuración del legislador en materia contractual la jurisprudencia constitucional ha señalado los siguientes criterios:

    (i) De la Constitución no es posible inferir la obligación para el legislador de incorporar en un solo cuerpo normativo toda la legislación existente en materia contractual, pues si ésta hubiera sido la voluntad del constituyente, en el artículo 150 Fundamental se habría autorizado al Congreso de la República para expedir un estatuto único de contratación para el Estado y no un estatuto general como prevé la disposición constitucional.[27]

    (ii) El mandato otorgado al Congreso de la República, en el artículo 150 de la Carta, para que dicte un estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional, implica el reconocimiento de una amplia libertad de configuración del legislador para diseñar un régimen legal cuya finalidad sea la de propender por el logro de los objetivos constitucionales del Estado Social de Derecho, toda vez que el cumplimiento de estas metas requiere del aprovisionamiento de bienes y servicios por parte de los órganos públicos mediante la contratación. En este orden de ideas, es innegable el carácter instrumental que ostenta el contrato estatal, puesto que no es un fin en sí mismo sino un medio para la consecución de los altos objetivos del Estado.[28]

    (iii) En virtud de la potestad de configuración que se comenta el Congreso tiene libertad para regular los aspectos más significativos de la contratación pública como son los referentes a las cláusulas excepcionales, la clasificación de los contratos estatales, los deberes y derechos de las partes contratantes, la competencia y capacidad para contratar, principios fundamentales, nulidades, control de la gestión contractual, responsabilidad contractual, liquidación de los contratos y solución de las controversias contractuales, entre otros, todo dentro de los límites de razonabilidad y proporcionalidad y con arreglo a los parámetros constitucionales». Sentencia C-713 del 7 de octubre de 2009. M.P. María Victoria Calle Correa.

    [↑](#footnote-ref-25)
25. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 24 de junio de 2015. Exp. 40.635. Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón (E). [↑](#footnote-ref-26)
26. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 30 de abril de 2015. Expediente: 2251. Consejero Ponente: Álvaro Namén Vargas. [↑](#footnote-ref-27)
27. Código Civil: «Artículo 27. Interpretación Gramatical. Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu.

    »Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento». [↑](#footnote-ref-28)
28. Código Civil: «Artículo 31. Interpretación sobre la extensión de una ley. Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación. La extensión que deba darse a toda ley se determinará por su genuino sentido, y según las reglas de interpretación precedentes».

    [↑](#footnote-ref-29)
29. Constitución Política. Art. 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. [↑](#footnote-ref-30)
30. Cfr. GONZÁLEZ LÓPEZ, Edgar. El pliego de condiciones en la contratación estatal. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012. pp. 301-302. [↑](#footnote-ref-31)
31. DUQUE BOTERO, Juan David. Los beneficios y retos de la adopción de pliegos de condiciones tipo para la promoción de la integridad y la competencia en el sistema de compra pública colombiano. En:

    Del Contrato Estatal a los Sistemas de Compras Públicas. Bogotá: Universidad Externando de Colombia, 2019. p. 198. [↑](#footnote-ref-32)
32. PERÉZ BUITRAGO, Santiago. La necesidad del pliego tipo obligatorio en la contratación pública de infraestructura. En: Infraestructura y derecho. Bogotá: Legis, 2017. p. 11. [↑](#footnote-ref-33)
33. RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. Negocios fiduciarios: su significación en América Latina. Segunda edición. Bogotá: Legis, 2017. p. 227. [↑](#footnote-ref-34)
34. «4. Contratación directa. La modalidad de selección de contratación directa, solamente procederá en los siguientes casos:

    […]

    »c) [Inciso 1o. modificado por el artículo 92 de la Ley 1474 de 2011] Contratos interadministrativos, siempre que las obligaciones derivadas del mismo tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora señalado en la ley o en sus reglamentos.

    »*Se exceptúan los contratos de obra, suministro, prestación de servicios de evaluación de conformidad respecto de las normas o reglamentos técnicos, encargos fiduciarios y fiducia pública cuando* las instituciones de educación superior públicas o *las Sociedades de Economía Mixta con participación mayoritaria del Estado*, o las personas jurídicas sin ánimo de lucro conformadas por la asociación de entidades públicas, o las federaciones de entidades territoriales *sean las ejecutoras*. Estos contratos podrán ser ejecutados por las mismas, siempre que participen en procesos de licitación pública o contratación abreviada de acuerdo con lo dispuesto por los numerales 1 y 2 del presente artículo». (Cursiva fuera del original). [↑](#footnote-ref-35)
35. La norma dispone que «El contrato es gratuito o de beneficencia cuando sólo tiene por objeto la utilidad de una de las partes, sufriendo la otra el gravamen; y oneroso, cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro». [↑](#footnote-ref-36)
36. Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-035 de 2009. M. P. Antonio Barrera Carbonell. [↑](#footnote-ref-37)
37. PAREJO ALFONSO, Luciano. Eficacia y administración: tres estudios. Madrid: INAP, 1995. p. 89. [↑](#footnote-ref-38)
38. En efecto, «La legitimidad de la gestión fiscal de la administración se sustenta por lo expuesto en el principio de legalidad -trasunto de la soberanía popular-, al cual se adiciona en el momento presente, la eficacia, eficiencia y economía (C.P. art. 268-2 y Ley 42 de 1993, art. 8-13).  El interés general que en todo momento debe perseguir la administración hasta el punto que su objeto y justificación estriban en su satisfacción (C.P. art. 1o. y 2o.) y sólo se logra realizar si la administración administra los recursos del erario ciñéndose al principio de legalidad y a los más exigentes criterios de eficacia, eficiencia y economía. Igualmente el artículo 267 constitucional posibilita la reorientación del control fiscal, que además de la protección del patrimonio público, procura la exactitud de las operaciones y de su legalidad y se deberá ocupar del "control de resultados" que comprende las funciones destinadas a asegurar que los recursos económicos se utilicen de manera adecuada, para garantizar los fines del Estado previstos en el artículo 2o. de la C.N» (CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-167 de 1995. M.P. Fabio Morón Díaz). [↑](#footnote-ref-39)
39. AMAYA OLANA, Uriel Alberto. Teoría de la responsabilidad fiscal: aspectos sustanciales y procesales. Bogotá: Universidad Externando de Colombia, 2013. p. 169. [↑](#footnote-ref-40)