CCE-DES-FM-17

**FUENTES DEL DERECHO – Contratación estatal – Variedad**

El sistema de fuentes del derecho de la contratación estatal está integrado por un conjunto variado de disposiciones normativas previstas en la Constitución, la ley, el reglamento, actos administrativos no reglamentarios, la jurisprudencia, los principios generales del derecho, los tratados internacionales, los acuerdos marco, la doctrina, e incluso, en los últimos tiempos, en enunciados de *soft law* –derecho blando o no vinculante–. En tal sentido, a pesar de que el artículo 150, inciso final, de la Constitución Política asignó al Congreso de la República la competencia para expedir un «estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional», y de que dicha potestad se concretó en la promulgación de la Ley 80 de 1993 –modificada por leyes posteriores, especialmente por la Ley 1150 de 2007–, aquello no supuso un desmonte del poder regulador del reglamento en el sistema de contratación pública. De hecho, el gobierno nacional mantuvo su potestad de configuración reglamentaria en el artículo 189, numeral 11, de la carta política, que le permite «Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes».

**REGLAMENTO – Concepto – Relevancia**

Bajo esta perspectiva, el reglamento es una de las fuentes del derecho más importantes de la contratación estatal, porque a través de aquel se materializan las prescripciones generales contenidas en disposiciones de un nivel normativo superior. Al respecto, la doctrina ha dicho que el origen de la potestad reglamentaria fue una reivindicación del poder de configuración normativa de la Administración en el seno del Estado de derecho emergente. En tal sentido, constituye una expresión del principio de colaboración armónica, porque permite el ejercicio mancomunado del poder de creación normativa con el órgano legislativo, ostentando este la cláusula general de competencia en la materia.

El reglamento es un acto administrativo general, que goza de vocación de permanencia en el tiempo, es decir, que no desaparece con una sola aplicación. De este modo, «Lo más característico del reglamento es así su carácter normativo, su naturaleza de norma jurídica que, como tal, se integra en el ordenamiento jurídico». Tal atributo genera como consecuencia su vinculación tanto para los destinatarios externos, como para la propia Administración que lo ha proferido. A este rasgo se le conoce como «principio de la inderogabilidad singular del reglamento», toda vez que no puede desconocerse en las actuaciones concretas que realice la autoridad, mientras no haya sido derogado por otro reglamento o haya perdido eficacia por anulación o decaimiento.

**REGLAMENTO – Clasificación – *Praeter legem* – *Secundum legem* ­– Grados**

Además, el reglamento puede ser autónomo –*praeter legem*– o ejecutivo –*secundum legem*–. El primero es aquel que desarrolla directamente la Constitución, sin requerir que previamente se expida una ley que establezca el contenido mínimo objeto de reglamentación. El segundo, en cambio, es aquel que regula prescripciones normativas contenidas en leyes previas o en otras disposiciones normativas *infralegales* –es decir, que se ubican por debajo de la ley en la jerarquía de las fuentes del derecho–. En consecuencia, los reglamentos *secundum legem* pueden ser de distinto grado, según la cercanía en su desarrollo de la ley, siendo de primer grado el que establece las pautas para la cumplida ejecución de las leyes –sin que exista una norma intermedia previa entre él y la ley reglamentada–, de segundo grado el que se supedita tanto a la ley como a un reglamento previo que se ubica entre la ley y aquel, y así sucesivamente.

**MANUAL DE CONTRATACIÓN – Concepto – Reglamento – *Secundum legem***

Con fundamento en las consideraciones anteriores, se llega a la conclusión de que los manuales de contratación expedidos internamente por las entidades estatales, sometidas o no al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, son, por regla general, *reglamentos secundum legem*. Ello por cuanto se trata de actos administrativos generales que tienen por objeto establecer los mecanismos que permitan el cumplimiento de las disposiciones señaladas en la Ley. A su vez, son reglamentos que se subordinan a otros reglamentos y esto impide, por principio, calificarlos como de primer grado, pues mínimamente están supeditados en cuando a su campo de regulación a decretos reglamentarios expedidos por el gobierno nacional, a disposiciones normativas emanadas de organismos rectores como la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente o, en ocasiones, incluso a reglamentos del gobierno departamental, municipal, distrital o del máximo órgano de dirección de la entidad estatal de que se trate.

El carácter reglamentario de los manuales de contratación de las entidades estatales ha sido reconocido y reiterado por la Sección Tercera del Consejo de Estado en varias oportunidades. Si bien ha indicado que el gobierno nacional no puede renunciar a su potestad reglamentaria para entregársela a las entidades estatales, a fin de que estas la ejerzan a través de la expedición de manuales de contratación, ha admitido que aquellas tienen también competencia reglamentaria, aunque subordinada. Por ello, ha precisado que dicha potestas reglamentaria, materializada en la expedición de manuales de contratación, debe respetar la reserva de ley, lo que que significa que no permite a las entidades públicas contrariar o ir más allá de lo que establecen las normas superiores. En tal sentido, las entidades que se rigen por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública no pueden, por ejemplo, crear procedimientos de selección a través de manuales de contratación.

**MANUAL DE CONTRATACIÓN – Decreto 1082 de 2015 – Artículo 2.2.1.2.5.3 – Vigencia**

[…], de conformidad con lo explicado en el numeral 2.1. de este concepto, el precitado artículo obliga a las entidades estatales a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 80 de 1993 a contar con un reglamento *secundum legem de tercer grado*, porque además de respetar la reserva de ley y el Decreto 1082 de 2015, deben acoger los lineamientos establecidos en los documentos normativos proferidos por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, acorde con las competencias previstas en el Decreto 4170 de 2011.

Si bien en la consulta que se resuelve se plantea que el Consejo de Estado declaró la nulidad del artículo 2.2.1.2.5.3 del Decreto 1082 de 2015, que establece la obligatoriedad de los manuales de contratación, en los términos anteriormente explicados, esta Subdirección realizó una búsqueda exhaustiva en el sistema de relatoría de dicha corporación judicial, así como en distintas versiones oficiales del referido Decreto, y no encontró evidencia de que tal artículo haya sido anulado; ni siquiera suspendido provisionalmente. En razón de ello, la respuesta que a continuación brindará se fundamenta en la presunción de que dicha norma se encuentra aún vigente, según lo establecido en el artículo 88 de la Ley 1437 de 2011, conforme al cual «Los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Cuando fueren suspendidos, no podrán ejecutarse hasta tanto se resuelva definitivamente sobre su legalidad o se levante dicha medida cautelar».

Bogotá D.C., **10/02/2021 18:43:35**



Señor

**Oscar Tabares Gil**

Ciudad

**Concepto C ‒ 014 de 2021**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | FUENTES DEL DERECHO – Contratación estatal – Variedad / REGLAMENTO – Concepto – Relevancia / REGLAMENTO – Clasificación – *Praeter legem* – *Secundum legem* – Grados / MANUAL DE CONTRATACIÓN – Concepto – Reglamento – *Secundum legem* / MANUAL DE CONTRATACIÓN – Decreto 1082 de 2015 – Artículo 2.2.1.2.5.3 – Vigencia. |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta # P20210107000095  |

Estimado señor Tabares:

En ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública ― Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 7 de enero del 2021.

1. **Problema planteado**

Usted formula la siguiente pregunta:

«El artículo 2.2.1.2.5.3 del decreto 1082 de 2015, que compiló el artículo 60 del decreto 1510 de 2013, que establecía la obligación de tener un manual de contratación en las entidades del estado (sic), fue declarado Nulo por el H. Consejo de Estado. Así las cosas, quiero saber ¿cuál es el fundamento legal que exija que las entidades del Estado tengan un manual de contratación en la actualidad?».

1. **Consideraciones**

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente responderá su consulta, luego de analizar los siguientes temas: i) naturaleza y ámbito de regulación de los manuales de contratación de las entidades estatales y ii) vigencia del artículo 2.2.1.2.5.3 del Decreto 1082 de 2015, así como la competencia para la expedición de dichos manuales.

**2.1. Naturaleza y ámbito de regulación de los manuales de contratación de las entidades estatales**

El sistema de fuentes del derecho de la contratación estatal está integrado por un conjunto variado de disposiciones normativas previstas en la Constitución, la ley, el reglamento, actos administrativos no reglamentarios, la jurisprudencia, los principios generales del derecho, los tratados internacionales, los acuerdos marco, la doctrina, e incluso, en los últimos tiempos, en enunciados de *soft law* –derecho blando o no vinculante–[[1]](#footnote-2)*.* En tal sentido, a pesar de que el artículo 150, inciso final, de la Constitución Política asignó al Congreso de la República la competencia para expedir un «estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional», y de que dicha potestad se concretó en la promulgación de la Ley 80 de 1993 –modificada por leyes posteriores, especialmente por la Ley 1150 de 2007–, aquello no supuso un desmonte del poder regulador del reglamento en el sistema de contratación pública. De hecho, el gobierno nacional mantuvo su potestad de configuración reglamentaria en el artículo 189, numeral 11, de la carta política, que le permite «Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes».

Bajo esta perspectiva, el reglamento es una de las fuentes del derecho más importantes de la contratación estatal, porque a través de aquel se materializan las prescripciones generales contenidas en disposiciones de un nivel normativo superior. Al respecto, la doctrina ha dicho que el origen de la potestad reglamentaria fue una reivindicación del poder de configuración normativa de la Administración en el seno del Estado de derecho[[2]](#footnote-3). En tal sentido, constituye una expresión del principio de colaboración armónica[[3]](#footnote-4), porque permite el ejercicio mancomunado del poder de creación normativa con el órgano legislativo, ostentando este la cláusula general de competencia en la materia.

El reglamento es un acto administrativo general, que goza de vocación de permanencia en el tiempo, es decir, que no desaparece con una sola aplicación. De este modo, «Lo más característico del reglamento es así su carácter normativo, su naturaleza de norma jurídica que, como tal, se integra en el ordenamiento jurídico»[[4]](#footnote-5). Tal atributo genera como consecuencia su vinculación tanto para los destinatarios externos, como para la propia Administración que lo ha proferido. A este rasgo se le conoce como «principio de la inderogabilidad singular del reglamento», toda vez que no puede desconocerse en las actuaciones concretas que realice la autoridad, mientras no haya sido derogado por otro reglamento o haya perdido eficacia por anulación o decaimiento.

Además, el reglamento puede ser autónomo –*praeter legem*– o ejecutivo –*secundum legem*–. El primero es aquel que desarrolla directamente la Constitución, sin requerir que previamente se expida una ley que establezca el contenido mínimo objeto de reglamentación. El segundo, en cambio, es aquel que regula prescripciones normativas contenidas en leyes previas o en otras disposiciones normativas *infralegales* –es decir, que se ubican por debajo de la ley en la jerarquía de las fuentes del derecho–. En consecuencia, los reglamentos *secundum legem* pueden ser de distinto grado, según la cercanía en su desarrollo de la ley, siendo de primer grado el que establece las pautas para la cumplida ejecución de las leyes –sin que exista una norma intermedia previa entre él y la ley reglamentada–, de segundo grado el que se supedita tanto a la ley como a un reglamento previo que se ubica entre la ley y aquel, y así sucesivamente[[5]](#footnote-6).

En el sistema de contratación pública se puede observar la presencia de reglamentos tanto *praeter* como *secundum* *legem,* y dentro de esta última categoría, coexisten reglamentos de distintos grados. Verbigracia, el Decreto 092 de 2017 se comporta principalmente como un reglamento *praeter legem*, porque desarrolla directamente el artículo 355 de la Constitución, ya que el segundo inciso de dicha norma permitió al gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal, celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, para ejecutar actividades acordes con los planes nacional y seccionales de desarrollo, pero hizo la salvedad de que el gobierno nacional debía reglamentar la materia.

Por otra parte, el Decreto 1082 de 2015, en lo que al sistema de compras y contratación pública se refiere, es un reglamento *secundum legem*, porque se expidió con fundamento en el artículo 189, numeral 11 de la Constitución, para garantizar la cumplida ejecución del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, es decir, de la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007 y demás leyes complementarias[[6]](#footnote-7). Además, es un reglamento de *primer grado*, porque no desarrolla reglamentos anteriores, a los cuales esté supeditado para concretar el alcance de la ley. Entretanto, las circulares o los pliegos tipo obligatorios, que profiere la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, son reglamentos *secundum legem* de *segundo grado*, porque se expiden partiendo de lo establecido en la ley y en el decreto reglamentario del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública[[7]](#footnote-8).

Con fundamento en las consideraciones anteriores, se llega a la conclusión de que los manuales de contratación expedidos internamente por las entidades estatales, sometidas o no al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, son, por regla general, *reglamentos secundum legem*. Ello por cuanto se trata de actos administrativos generales que tienen por objeto establecer los mecanismos que permitan el cumplimiento de las disposiciones señaladas en la Ley. A su vez, son reglamentos que se subordinan a otros reglamentos y esto impide, por principio, calificarlos como de primer grado, pues mínimamente están supeditados en cuanto a su campo de regulación a decretos reglamentarios expedidos por el gobierno nacional, a disposiciones normativas emanadas de organismos rectores como la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente o, en ocasiones, incluso a reglamentos del gobierno departamental, municipal, distrital o del máximo órgano de dirección de la entidad estatal de que se trate.

El carácter reglamentario de los manuales de contratación de las entidades estatales ha sido reconocido y reiterado por la Sección Tercera del Consejo de Estado en varias oportunidades. Si bien ha indicado que el gobierno nacional no puede renunciar a su potestad reglamentaria para entregársela a las entidades estatales, a fin de que estas la ejerzan mediante la expedición de manuales de contratación[[8]](#footnote-9), ha admitido que aquellas tienen también competencia reglamentaria, aunque subordinada. Por ello, ha precisado que dicha potestad reglamentaria, materializada en la expedición de manuales de contratación, debe respetar la reserva de ley, lo que que significa que no permite a las entidades públicas contrariar o ir más allá de lo que establecen las normas superiores. En tal sentido, las entidades que se rigen por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública no pueden, por ejemplo, crear procedimientos de selección a través de manuales de contratación[[9]](#footnote-10).

 De igual forma, el Consejo de Estado ha señalado que incluso los manuales internos de las entidades que se rigen por el derecho privado –es decir, de las denominadas entidades exceptuadas o excluidas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública– son reglamentos y deben ser cumplidos en los procedimientos contractuales que adelanten[[10]](#footnote-11). Sin embargo, ha advertido que la discrecionalidad administrativa de las entidades públicas para la expedición de dichos manuales no es absoluta, sino que, por el contrario, «[…], la capacidad creadora tiene límites, que la Sala no puede establecer en abstracto pero sí advertir que no es posible afectar la reserva de ley que tienen muchas materias; por ejemplo la capacidad para contratar, la atribución de poderes exorbitantes, la creación de inhabilidades e incompatibilidades, entre otros temas»[[11]](#footnote-12). Así también lo sostuvo esta Subdirección en el concepto C-168 del 31 de marzo de 2020, al afirmar que, «el manual de contratación de las entidades exceptuadas es un acto administrativo y, de manera más concreta, un reglamento, pues, además de consistir en una manifestación unilateral de voluntad efectuada por la entidad estatal, en ejercicio de función administrativa, dirigida a producir efectos jurídicos, tiene vocación de permanencia en el tiempo. Esto significa que el manual de contratación despliega sus efectos de manera indefinida en el futuro, no agotándose con una sola aplicación».

Sin embargo, como indicó en dicha oportunidad la Subdirección, «[…] la libertad de configuración reglamentaria de las entidades estatales, expresada en el manual de contratación, no es absoluta, ya que, a pesar de que están facultadas para regular ciertos temas relacionados con la actividad contractual, deben hacerlo respetando la reserva legal de la que gozan ciertas materias. En tal sentido, asuntos como: i) los requisitos de existencia y validez del contrato, ii) sanciones y procedimientos para su imposición, iii) causales de inhabilidad e incompatibilidad, iv) el principio de anualidad del gasto, y v) restricciones al acceso a la administración de justicia para discutir las controversias contractuales, son, entre otros, temas cuya regulación está reservada al legislador y que, por tanto, las entidades exceptuadas no pueden reglamentar en su manual de contratación»[[12]](#footnote-13).

**2.2. Vigencia del artículo 2.2.1.2.5.3 del Decreto 1082 de 2015 y competencia para la expedición de dichos manuales**

Las entidades estatales que se rigen en su actividad contractual por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, encuentran una asignación expresa de competencia para expedir manuales internos de contratación en el artículo 2.2.1.2.5.3 del Decreto 1082 de 2015. Esta norma dispone que «Las Entidades Estatales deben contar con un manual de contratación, el cual debe cumplir con los lineamientos que para el efecto señale Colombia Compra Eficiente».

Así pues, de conformidad con lo explicado en el numeral 2.1. de este concepto, el precitado artículo obliga a las entidades estatales a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 80 de 1993[[13]](#footnote-14) a contar con un reglamento *secundum legem de tercer grado*, porque además de respetar la reserva de ley y el Decreto 1082 de 2015, deben acoger los lineamientos establecidos en los documentos normativos proferidos por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, acorde con las competencias previstas en el Decreto 4170 de 2011.

Si bien en la consulta que se resuelve se plantea que el Consejo de Estado declaró la nulidad del artículo 2.2.1.2.5.3 del Decreto 1082 de 2015, que establece la obligatoriedad de los manuales de contratación, en los términos anteriormente explicados, esta Subdirección realizó una búsqueda exhaustiva en el sistema de relatoría de dicha corporación judicial, así como en distintas versiones oficiales del referido Decreto, y no encontró evidencia de que tal artículo haya sido anulado; ni siquiera suspendido provisionalmente. En razón de ello, la respuesta que a continuación brindará se fundamenta en la presunción de que dicha norma se encuentra aún vigente, según lo establecido en el artículo 88 de la Ley 1437 de 2011, conforme al cual «Los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Cuando fueren suspendidos, no podrán ejecutarse hasta tanto se resuelva definitivamente sobre su legalidad o se levante dicha medida cautelar».

**3. Respuesta**

«El artículo 2.2.1.2.5.3 del decreto 1082 de 2015, que compiló el artículo 60 del decreto 1510 de 2013, que establecía la obligación de tener un manual de contratación en las entidades del estado (sic), fue declarado Nulo por el H. Consejo de Estado. Así las cosas, quiero saber ¿cuál es el fundamento legal que exija que las entidades del Estado tengan un manual de contratación en la actualidad?».

Las entidades estatales que se rigen por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública deben expedir un manual de contratación, que tiene la naturaleza jurídica de un reglamento, en el que deben acoger tanto lo establecido en la ley, como en el Decreto 1082 de 2015, en normas que lo modifiquen o complementen, así como en los lineamientos expedidos por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente. Esta conclusión se fundamenta en el artículo 2.2.1.2.5.3 del Decreto 1082 de 2015, norma que se presume legal y vigente.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Cristian Andrés Díaz DíezContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Jorge Augusto Tirado NavarroSubdirector de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado NavarroSubdirector de Gestión Contractual |

1. En efecto, cada vez son más comunes las guías no vinculantes o documentos similares, que contengan recomendaciones y no prescripciones obligatorias. Sobre este tema, ver: MARTÍNEZ JURADO, Darío. El *soft law* en derecho administrativo y su control judicial en Colombia. En: Revista Digital de Derecho Administrativo, Nº 20, 2018, pp. 289-343. En: https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/5467/6661 [↑](#footnote-ref-2)
2. ESTEVE PARDO, José. Lecciones de Derecho administrativo. 3ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2013. pp. 60-61. [↑](#footnote-ref-3)
3. Cfr. Constitución Política. Artículo 113: «Son Ramas del Poder Público, la legislativa, la ejecutiva, y la judicial.

»Además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado. Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines». [↑](#footnote-ref-4)
4. ESTEVE, Op.cit., pp. 59-60. [↑](#footnote-ref-5)
5. Como lo expresó el Consejo de Estado en sentencia del 19 de abril de 2019, «En consonancia con lo anterior, cabe advertir que la regulación llevada a cabo por las distintas entidades y autoridades estatales de todos los órdenes, en el ámbito de sus competencias –que necesariamente la ubicarán en un grado jerárquicamente inferior a la ley y a los decretos reglamentarios expedidos por el Presidente de la República–, consiste precisamente en la producción de normas de carácter general, impersonal y abstracto, cuyos efectos jurídicos entran a formar parte del ordenamiento jurídico de manera indefinida, las cuales buscan desarrollar y hacer ejecutables las normas superiores a las que se hallan sujetas –constitucionales, legales y reglamentarias-, mediante la consecución de un mayor grado de detalle que haga posible su aplicación.

»La doctrina las llama normas reglamentarias de segundo o tercer grado, “cuando se expiden con sujeción a un reglamento de la ley o de otro reglamento. Se da así un escalonamiento o cadena de normas reglamentarias, con tantos grados o niveles como sea posible en la estructura jerárquica y territorial del Estado” , reservando los reglamentos de primer grado, a aquellos que frente a la ley, profiere el presidente de la República en ejercicio de la facultad otorgada por el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, y a los proferidos por las demás autoridades a las que constitucionalmente se les atribuyó también la posibilidad de reglamentar directamente la ley» (Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 11 de abril de 2019. Consejera Ponente: María Adriana Marín. Expediente: 52.055). [↑](#footnote-ref-6)
6. En efecto, el artículo 2.1.1.1. del Decreto 1082 de 2015 dispone que «El objeto de este decreto es compilar la normatividad expedida por el Gobierno Nacional en ejercicio de las facultades reglamentarias conferidas por el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política​, para la cumplida ejecución de las leyes del Sector Administrativo de Planeación Nacional». ​ [↑](#footnote-ref-7)
7. Así lo reconoce la jurisprudencia. Al respecto, ver: Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 11 de abril de 2019. Consejera Ponente: María Adriana Marín. Expediente: 52.055. [↑](#footnote-ref-8)
8. Consejo de Estado. Sección Tercera. Auto del 1 de abril de 2009. Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio. Expediente: 36.476. [↑](#footnote-ref-9)
9. Consejo de Estado. Sección Tercera. Auto del 27 de mayo de 2009. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. Expediente: 36.054, confirmado mediante Auto del 6 de agosto de 2009, con el mismo número de expediente / Auto del 27 de mayo de 2009. Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio. Expediente: 36476 A. / Auto del 21 de octubre de 2009. Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio. Expediente: 36.805. [↑](#footnote-ref-10)
10. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 27 de mayo de 2015. Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera. Expediente: 30.690. / Sentencia del 24 de octubre de 2016. Consejera Ponente: Marta Nubia Velásquez Rico. Expediente: 45.607. / Auto del 11 de diciembre de 2018. Consejero Ponente: Ramiro Pazos Guerrero. Expediente: 58.646. [↑](#footnote-ref-11)
11. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 24 de octubre de 2016. Consejera Ponente: Marta Nubia Velásquez Rico. Expediente: 45.607. [↑](#footnote-ref-12)
12. Así lo sostuvo el Consejo de Estado: «Esta Sala, en sentido contrario al del tribunal, recuerda que las normas que establecen la manera como se perfecciona un contrato son de orden público, por tanto indisponibles por las partes, así que para las entidades excluidas de la Ley 80, un contrato existe si cumple las exigencias del ordenamiento privado; ni siquiera las del manual de contratación que expide cada hospital, ni las que prevean las partes en un contrato específico, porque los últimos no pueden reducirlas o adicionarlas, puesto que semejante acuerdo adolecerá de nulidad, al transgredir el derecho público de la nación.

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

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

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

»c. Si la entidad excluida de Ley 80 profirió un reglamento o manual de contratación, para señalar con certidumbre la manera como contratará los bienes, obras y servicios de su interés, los requisitos de perfeccionamiento de sus contratos tampoco son disponibles por ese estatuto, porque esta materia está reservada a la ley. Por tanto, cuándo existe un contrato es un aspecto que define el derecho privado, y la entidad no lo puede alterar, ni para atenuar ni para hacer más exigentes los requisitos» (Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 8 de abril de 2014. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. Expediente: 25.801). [↑](#footnote-ref-13)
13. En efecto, el numeral 1 del artículo 2 de la Ley 80 de 1993 dice: «Se denominan entidades estatales:

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

»b) El Senado de la República, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, distritales y municipales, la Procuraduría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil, los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, las unidades administrativas especiales y, en general, los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos». [↑](#footnote-ref-14)