**CCE-DES-FM-17**

**ENTIDADES DE RÉGIMEN ESPECIAL – Definición**

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

**ENTIDADES DE RÉGIMEN ESPECIAL – Reglas aplicables**

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

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

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



Señora

**Isabell Cristina Álvarez Duque**

Marsella, Risaralda

 **Concepto C – 483 de 2021**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**   | ENTIDADES DE RÉGIMEN ESPECIAL – Definición / ENTIDADES DE RÉGIMEN ESPECIAL – Reglas aplicables / ENTIDADES DE RÉGIMEN ESPECIAL – Manual de Contratación – Contenido  |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta # P20210729006645 |

Estimada señora Álvarez:

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 29 de julio de 2021, en ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011.

**1.** **Problema planteado**

Usted realiza la siguiente consulta: «[¿]Qué es una invitación privada para una entidad pública? [¿] Hay manual para el proceso de invitación privado? [¿] A que entidades aplicaría y en qué casos?».

**2.** **Consideraciones**

Para resolver esta consulta se hará un análisis de los regímenes especiales en la contratación estatal, como ámbitos de regulación que se constituyen en una mixtura entre las disposiciones del derecho privado, de los manuales o reglamentos internos de contratación de las entidades estatales, de los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, y del régimen de inhabilidades e incompatibilidades

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se pronunció sobre el régimen jurídico aplicable a las entidades exceptuadas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública en los conceptos C−018 del 05 de febrero de 2020, C−027 del 12 de febrero de 2020, C−032 del 19 de febrero de 2020, C−179 del 16 de marzo de 2020, C−101 del 16 de marzo de 2020, C−086 del 16 de marzo de 2020, C−168 del 31 de marzo de 2020, C-158 del 3 de abril de 2020, C−362 del 03 de julio de 2020, C−462 del 23 de julio de 2020, C–560 del 24 de agosto de 2020, C-637 del 28 de octubre de 2020, C−684 del 24 de noviembre de 2020 y C-382 del 30 de julio de 2021. Tales planteamientos se reiteran a continuación y se complementan con algunas consideraciones relacionadas con el tema que constituye el objeto de la consulta que se resuelve en esta oportunidad.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Según se indicó anteriormente, las entidades estatales que, por disposición legal, cuentan con un régimen especial[[3]](#footnote-4), exceptuado del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y normas complementarias[[4]](#footnote-5)– pueden expedir un reglamento interno de contratación –comúnmente denominado *manual de contratación*–, que regule aspectos asociados a la actividad contractual, como los procedimientos de selección, los requisitos de participación, las condiciones de ejecución del contrato, etc. En otras palabras, el manual de contratación de las entidades exceptuadas es un acto administrativo y, de manera más concreta, un reglamento, pues, además de consistir en una manifestación unilateral de voluntad efectuada por la entidad estatal, en ejercicio de función administrativa, dirigida a producir efectos jurídicos, tiene vocación de permanencia en el tiempo. Esto significa que el manual de contratación despliega sus efectos de manera indefinida en el futuro, no agotándose con una sola aplicación.

Sin embargo, la libertad de configuración reglamentaria de las entidades estatales, expresada en el manual de contratación, no es absoluta, pues a pesar de que están facultadas para regular ciertos temas relacionados con la actividad contractual, deben hacerlo respetando la reserva legal de la que gozan ciertas materias. En tal sentido, asuntos como: i) los requisitos de existencia y validez del contrato, ii) sanciones, sin perjuicio de las que pueden pactar de acuerdo con las normas civiles y comerciales, iii) procedimientos para su imposición, iv) causales de inhabilidad e incompatibilidad, v) el principio de anualidad del gasto, y vi) restricciones al acceso a la administración de justicia para discutir las controversias contractuales, son, entre otros, temas cuya regulación está reservada al legislador y que, por tanto, las entidades exceptuadas no pueden reglamentar en su manual de contratación[[5]](#footnote-6).

Concretamente, para efectos de la consulta, es menester precisar que, si bien las entidades de régimen especial en su reglamento o manual interno de contratación pueden crear una modalidad de selección que se denomine, por ejemplo, «invitación privada», lo cierto es que de conformidad con las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, que regulan la contratación estatal en Colombia, aquella no es una modalidad de selección ni es un concepto que se utilice en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Por tanto, la entidad estatal de régimen especial en desarrollo de su autonomía de configuración de sus procedimientos de selección, tiene la posibilidad de denominar alguno de estos como «invitación privada» y asimismo definirá cuáles serán sus etapas y reglas aplicables.

**3. Respuesta**

i)«[¿]Qué es una invitación privada para una entidad pública? [¿] Hay manual para el proceso de invitación privado? [¿] A que entidades aplicaría y en qué casos?».

De conformidad con los expuesto, las entidades de régimen especial en su reglamento interno de contratación podrían crear una modalidad de selección que se denomine, por ejemplo, «invitación privada» o alguna otra denominación. Sin embargo, el Estatuto General de contratación de la Administración Pública –Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y normas complementarias[[6]](#footnote-7)– no establece esta modalidad de selección, ni es un concepto que se utilice en el Estatuto mencionado. Por tanto, la entidad estatal de régimen especial en desarrollo de la autonomía de configuración de sus procedimientos de selección, tiene la posibilidad de denominar alguno de estos como «invitación privada», definiendo de igual forma las etapas de dicha modalidad. Por lo tanto, la definición de «invitación privada» corresponderá a lo que eventualmente cada entidad de régimen especial defina en su manual de contratación.

ii)«[? [¿] Hay manual para el proceso de invitación privado?».

iii)«[¿] A que entidades aplicaría y en qué casos?».

Teniendo en cuenta que la «invitación privada» no es una modalidad de selección regulada en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, sino que es una modalidad que puede tener cada entidad en su reglamento interno de contratación o manual de contratación, no hay una guía o manual expedido por Colombia Compra Eficiente que establezca directrices para adelantar un proceso de contratación mediante la modalidad de «invitación privada». En este sentido, se reitera que aquella estará regulada en el manual de contratación y en el documento que haga las veces de pliego de condiciones al interior de alguna entidad de régimen especial, en el entendido que son esas entidades quienes podrían crear una modalidad con dicha denominación. En ese sentido, la denominada «invitación privada» aplicará a aquellas entidades que hayan creado esa modalidad al interior de su manual de contratación.

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



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Melissa Fernández Reinoso.Analista T2-2 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Sebastián Ramírez GrisalesGestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado NavarroSubdirector de Gestión Contractual ANCP – CCE |

1. Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente. Guía para las Entidades Estatales con régimen especial de contratación: «Entidad Estatal de régimen especial: Entidad Estatal que realiza sus Procesos de Contratación con un régimen distinto al previsto en las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007». [↑](#footnote-ref-2)
2. Consejo de Estado. Sección Tercera. Radicado No. 45.607 del 24 de octubre de 2016. Consejera Ponente: María Nubia Velásquez Rico. [↑](#footnote-ref-3)
3. Es el caso de: i) las empresas sociales del Estado (art. 195, num. 6, Ley 100/1993), ii) las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios (arts. 31 y 32, Ley 142/94); iii) las empresas industriales y comerciales del Estado, sociedades públicas y sociedades de economía mixta con capital público mayoritario, siempre que las tres entidades mencionadas anteriormente se encuentren en competencia con el sector público o privado, a nivel nacional o internacional, o ejerzan su actividad en un mercado regulado (art. 14, Ley 1150/07); iv) las universidades públicas (art. 93, Ley 30/92); entre otras.

 [↑](#footnote-ref-4)
4. Leyes que, a su vez, han sido modificadas por otras posteriores, como las Leyes 1474 de 2011 y 1882 de 2018, entre otras. Así mismo, se recuerda que el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública se encuentra reglamentado actualmente por el Decreto 1082 de 2015. [↑](#footnote-ref-5)
5. Así lo sostuvo el Consejo de Estado: «Esta Sala, en sentido contrario al del tribunal, recuerda que las normas que establecen la manera como se perfecciona un contrato son de orden público, por tanto indisponibles por las partes, así que para las entidades excluidas de la Ley 80, un contrato existe si cumple las exigencias del ordenamiento privado; ni siquiera las del manual de contratación que expide cada hospital, ni las que prevean las partes en un contrato específico, porque los últimos no pueden reducirlas o adicionarlas, puesto que semejante acuerdo adolecerá de nulidad, al transgredir el derecho público de la nación.

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

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

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

»c. Si la entidad excluida de Ley 80 profirió un reglamento o manual de contratación, para señalar con certidumbre la manera como contratará los bienes, obras y servicios de su interés, los requisitos de perfeccionamiento de sus contratos tampoco son disponibles por ese estatuto, porque esta materia está reservada a la ley. Por tanto, cuándo existe un contrato es un aspecto que define el derecho privado, y la entidad no lo puede alterar, ni para atenuar ni para hacer más exigentes los requisitos» (Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 8 de abril de 2014. Exp. 25.801 C.P. Enrique Gil Botero). [↑](#footnote-ref-6)
6. Leyes que, a su vez, han sido modificadas por otras posteriores, como las Leyes 1474 de 2011 y 1882 de 2018, entre otras. Así mismo, se recuerda que el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública se encuentra reglamentado actualmente por el Decreto 1082 de 2015. [↑](#footnote-ref-7)