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, por lo que sus procedimientos contractuales tienen su normativa propia para su desarrollo, esto es, el derecho privado. Este aspecto se determina en las normas de creación de las entidades de régimen especial y en sus manuales de contratación.

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

Teniendo en cuenta que las entidades de régimen especial administran recursos públicos, sus manuales de contratación deben sujetarse 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. Estas reglas deben indicar el contenido de las propuestas y los procedimientos de selección, realizar una descripción precisa del procedimiento, los plazos de las etapas y los criterios de evaluación y desempate, así como 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.

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

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.

**UNIVERSIDADES PÚBLICAS – Régimen de contratación**

En suma, la descentralización involucra el ejercicio de un control de tutela que no puede aplicarse a los entes universitarios autónomos, motivo por el cual, si bien son entes del Estado, no son ni pueden ser asimiladas a entidades descentralizadas y tampoco encuadran en el concepto de entidad territorial. De esta manera, respecto al régimen contractual de las universidades estatales, el artículo 93 de la Ley 30 de 1992 establece que será el derecho privado, rigiéndose, por ende, por las normas civiles y comerciales. En tal sentido, estas universidades son entidades de régimen especial en materia contractual, por estar exceptuadas de la aplicación del EGCAP

Bogotá, 12 Abril 2022

 

Señor

**Alexis Ferley Bohórquez**

**Unitrópico**

 **Concepto C – 204 de 2022**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**   | ENTIDADES DE RÉGIMEN ESPECIAL – Definición / ENTIDADES DE RÉGIMEN ESPECIAL – Manual de Contratación – Contenido / ENTIDADES DE RÉGIMEN ESPECIAL – Obligaciones transversales a las entidades / UNIVERSIDADES PÚBLICAS – Régimen de contratación  |
|  **Radicación:**  | Respuesta a consulta P20220302002071 |
|  |  |

Respetado señor Bohórquez.

En ejercicio de la competencia otorgada por los artículos 11, numeral 8º, y 3º, numeral 5º, del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública − Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 28 de febrero de 2022.

1. **Problema planteado**

« […]1.De conformidad con la normativa vigente en materia de contratación pública y el régimen especial de las universidades (Art. 40 Ley 489 de 1998, Ley 80 de 1993 y Ley 30 de 1992) Cuál es el marco jurídico de orden constitucional, legal y normativo que permite a las universidades estatales celebrar contratos interadministrativos, de cooperación y asociación con otros entes autónomos o con entidades públicas de orden nacional y territorial?

2. De conformidad con la normativa vigente en materia de contratación pública y el régimen especial de las universidades (Art. 40 Ley 489 de 1998, Ley 80 de 1993 y Ley 30 de 1992) ¿Qué tipo de contratación directa pueden realizar los entes autónomos universitarios con otros entes autónomos o con entidades públicas del orden nacional y territorial?

3. De conformidad con la normativa vigente en materia de contratación pública y el régimen especial de las universidades (Art. 40 Ley 489 de 1998, Ley 80 de 1993 y Ley 30 de 1992) ¿Los entes autónomos universitarios pueden realizar contratos y/o convenios interadministrativos de consultoría con otros entes autónomos o con entidades públicas del orden nacional, territorial?

4.De conformidad con la normativa vigente en materia de contratación pública ¿En Colombia cuál es el régimen de contratación en materia constitucional, legal y normativo de los entes autónomos universitarios con régimen especial?

5. De conformidad con la normativa vigente en materia de contratación pública y el régimen especial de las universidades (Art. 40 Ley 489 de 1998, Ley 80 de 1993 y Ley 30 de 1992) ¿Qué actividades contractuales pueden desarrollar todos los entes autónomos universitarios de Colombia con otros entes autónomos o con entidades públicas del orden nacional, territorial?

6. De conformidad con la normativa vigente en materia de contratación y la Ley 30 de 1992 ¿Las universidades públicas están sujetas al ámbito de aplicación de la Ley 80 de 1993, decretos reglamentarios y demás normas que la complementan adicionan o sustituyen?».

1. **Consideraciones**

En ejercicio de las competencias establecidas en los artículos 3.5 y 11.8 del Decreto 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente resuelve consultas sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. En ese sentido, resolver casos particulares desborda las atribuciones asignadas por el legislador extraordinario, que no concibió a Colombia Compra Eficiente como una autoridad para solucionar problemas jurídicos concretos de todos los partícipes de la contratación estatal.

La competencia de esta entidad se fija con límites claros, con el objeto de evitar que la Agencia actúe como una instancia de validación de las actuaciones de las entidades sujetas a la Ley 80 de 1993 o de los demás participantes de la contratación pública[[1]](#footnote-1). Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias ni brindar asesorías sobre casos puntuales. Por lo anterior, previo concepto de sus órganos asesores, la solución de estos temas corresponde a la entidad de adoptar la decisión correspondiente y, en caso de conflicto, a las autoridades judiciales, fiscales y disciplinarias. De esta manera, le corresponderá a cada entidad definir la viabilidad técnica, jurídica y financiera de celebrar determinado contrato en específico. Lo anterior sin perder de vista las restricciones vigentes en aplicación de la Ley de Garantías Electorales.

Sin perjuicio de lo anterior, la Subdirección resolverá la consulta conforme a las normas generales en materia de contratación estatal. Con este objetivo se analizarán los siguientes temas: i) los regímenes especiales en la contratación estatal, como ámbitos de regulación que se constituyen como una mixtura entre las disposiciones del derecho privado, de los manuales o reglamentos internos de contratación de las entidades estatales, de los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, así como el régimen de inhabilidades e incompatibilidades; ii) la forma de llenar los vacíos que existan en el manual de contratación de las entidades exceptuadas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública; y iii) el régimen contractual de las universidades públicas.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se pronunció sobre el régimen jurídico aplicable a las entidades exceptuadas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública en los conceptos C−018 del 05 de febrero de 2020, C−027 del 12 de febrero de 2020, C−032 del 19 de febrero de 2020, C−179 del 16 de marzo de 2020, C−101 del 16 de marzo de 2020, C−086 del 16 de marzo de 2020, C−168 del 31 de marzo de 2020, C-158 del 3 de abril de 2020, C−362 del 03 de julio de 2020, C−462 del 23 de julio de 2020, C–560 del 24 de agosto de 2020, C-637 del 28 de octubre de 2020 y C−684 del 24 de noviembre de 2020. Además, se ha pronunciado, en concreto, sobre el régimen de contratación de las universidades públicas en los conceptos C-481 de 9 de septiembre de 2021, C-675 de 6 de enero de 2022 y C-759 de 22 de febrero de 2022. Las tesis expuestas en los anteriores conceptos se reiteran a continuación y se complementan en lo pertinente:

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

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

 Teniendo en cuenta que las entidades de régimen especial están facultadas legalmente para aplicar reglas distintas a las establecidas en la Ley 80 de 1993 y sus normas complementarias, su régimen contractual estará definido en la noma que crea el régimen especial y será desarrollado en el manual de la respectiva entidad, con el fin de que se puedan identificar las normas que aplican en los procesos de 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[[2]](#footnote-2).

 No obstante, las entidades de régimen especial cumplen una finalidad pública y contratan con 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[[3]](#footnote-3).

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

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

Además, debe tenerse en cuenta que las cláusulas excepcionales no están contempladas en el derecho común. Estas se encuentran limitadas no solo al uso del EGCAP sino a algunos tipos de contratos específicos. En ese sentido, la única forma en que una entidad sujeta a un régimen especial pueda usar estas cláusulas es si su norma de creación lo establece, como sucede, por ejemplo, con las empresas sociales del Estado. De modo que si una Entidad sujeta al régimen especial requiere sancionar al contratista o terminar el contrato, por regla general, debe acudir al juez competente[[4]](#footnote-4). Lo anterior, se reitera, salvo que una norma especial extienda la aplicación de alguna o algunas de las facultades o disposiciones establecidas en el EGCAP a entidades con un régimen especial de contratación.

Por ejemplo, las empresas sociales del Estado –ESE– son entidades que se exceptúan de la aplicación del EGCAP, pues así lo prevé el artículo 195.6 de la Ley 100 de 1993. Esta norma dispone que una ESE, «En materia contractual se regirá por el derecho privado, pero podrá discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el estatuto general de contratación de la administración pública». En otras palabras, el legislador decidió otorgar a las empresas sociales del Estado –«[…] que constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa», al tenor del artículo 194 de la misma Ley– un régimen contractual de derecho privado, pero al mismo tiempo les dio la potestad de utilizar las cláusulas exorbitantes reguladas en el EGCAP. Algo similar sucede con el régimen contractual de las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios, las cuales, de acuerdo con los artículos 31 y 32 de la Ley 142 de 1994 se rigen por el derecho privado; sin embargo, el inciso segundo del artículo 31 establece la posible aplicación de cláusulas exorbitantes en sus contratos bajo ciertos presupuestos[[5]](#footnote-5).

En todo caso, como se explicó previamente, el hecho de que determinadas entidades estatales por disposición legal se sometan a un régimen distinto al del EGCAP, no puede entenderse como una negación de lo que, años más tarde, estableció el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007. Este enunciado normativo significó un «retorno del derecho administrativo» para las entidades *excluidas*, al reiterar que deben cumplir los principios constitucionales de la función administrativa y de la gestión fiscal, así como el régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal[[6]](#footnote-6). A continuación se analiza el alcance y los límites de los manuales o reglamentos internos de contratación que pueden expedir estas entidades públicas.

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

Según se indicó anteriormente, las entidades estatales que, por disposición legal, cuentan con un régimen especial[[7]](#footnote-7), exceptuado del EGCAP–Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y normas complementarias[[8]](#footnote-8)– 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. Además, pese a que existe un alto grado de discrecionalidad en su elaboración, el manual de contratación, al ser un reglamento vincula a la propia entidad.

Sin embargo, la libertad de configuración reglamentaria de las entidades estatales, expresada en el manual de contratación, no es absoluta. 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) causales de inhabilidad e incompatibilidad, iii) el principio de anualidad del gasto, y iv) 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[[9]](#footnote-9).

Sin perjuicio de lo anterior, existen múltiples contenidos que pueden ser objeto de regulación en el manual de contratación, por hacer parte del ámbito de configuración en desarrollo de su autonomía contractual que no riñe con la ley. Este sería el caso de, por ejemplo, la definición de requisitos de ejecución del contrato, la definición de si cierta actuación de la actividad contractual la debe realizar cierta dependencia de la entidad, establecer límites en cuanto a posibilidad de realizar adiciones, detallar los trámites internos que se surten al interior de la entidad y demás aspectos que hagan parte de su ámbito de configuración. Estos aspectos, por ser desarrollo de su autonomía en la configuración de su actividad contractual, no desconocen los requisitos o parámetros establecidos en la Constitución o la ley.

En todo caso, se reitera que las reglas establecidas en los manuales o reglamentos internos de contratación son muy importantes, toda vez que las entidades se obligan a cumplir su contenido. Además, tratándose de un acto administrativo, concretamente de un reglamento, le aplican los atributos propios de estos tipos de actos, entre otras cosas, la presunción de legalidad y la regla de *inderogabilidad singular del reglamento[[10]](#footnote-10)*. En tal sentido, su contenido vincula a la propia entidad que lo expidió y no puede desconocerlo a su capricho en casos específicos. Ello sin perjuicio de la posibilidad de expedir un nuevo manual o de modificar el existente.

Ahora bien, ¿a qué normas deben acudir las entidades estatales y los interesados, cuando se presenten lagunas jurídicas –es decir, vacíos o ausencia de regulación de ciertos temas–[[11]](#footnote-11), en los manuales de contratación de las entidades de régimen especial? Como lo establece la «Guía para las Entidades Estatales con régimen especial de Contratación»[[12]](#footnote-12), expedida por esta Agencia, en principio, la actividad contractual de las entidades excluidas de la aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública «se somete a las reglas del derecho privado». En consecuencia, si bien deben cumplir algunas obligaciones transversales propias del sistema de compra pública, señaladas en dicha guía y que se mencionaron en el numeral anterior, el régimen jurídico de base es el derecho privado, o sea el integrado por las normas civiles y comerciales.

Sin embargo, para determinar el método hermenéutico que ha de seguirse al momento de llenar el vacío de regulación presente en los manuales de contratación de las entidades con régimen especial, el operador jurídico debe indagar sobre en qué materia existiría una laguna. Ello por cuanto existen *tres* –eventualmente *cuatro*– remisiones legales, que deben interpretarse sistemáticamente: i) la que efectúa hacia el derecho privado la norma legal que constituye el régimen especial de la entidad correspondiente –por ejemplo, el artículo 31 de la Ley 142 de 1994, el artículo 195, numeral 6, de la Ley 100 de 1993, el artículo 93 de la Ley 30 de 1992 o el artículo 19 de la Ley 805 de 2003, por mencionar algunos casos–; ii) la que prevén los artículos 2, 34 y 47 de la Ley 1437 de 2011, los cuales disponen que las normas de la primera parte del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –CPACA– deben aplicarse en ausencia de lo establecido en leyes especiales; y iii) la que establece el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 respecto de la aplicación de los principios de la función administrativa –artículo 209 C.P.– y de la gestión fiscal –artículo 267 C.P.–, así como del régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto para la contratación estatal. iv) Ahora bien, excepcionalmente a algunas entidades de régimen especial de contratación se les faculta para hacer uso de ciertos contenidos propios de los contratos regidos por el EGCAP, caso en el cual, salvo que la norma que atribuya la facultad permita variar dichos contenidos, estos aspectos se regulan por las disposiciones del Estatuto General, sin que la entidad de régimen especial pueda modificar el alcance de dichas facultades.

En consecuencia, si el manual de contratación de la entidad de régimen especial no prevé normas –es decir, si tiene vacíos–[[13]](#footnote-13) sobre: i) los elementos de existencia y validez del contrato, ii) los vicios que pueden generar su anulación, iii) la tipología de los negocios jurídicos, iv) los criterios de interpretación de las estipulaciones contractuales, v) el concepto y los requisitos de la oferta, vi) las formas de extinción de las obligaciones, vii) la responsabilidad contractual, y otras materias similares relacionadas con el régimen sustantivo del contrato, la ausencia de tales disposiciones en el reglamento interno de contratación de la entidad exceptuada debe suplirse con las normas del Código Civil y del Código de Comercio[[14]](#footnote-14), con la costumbre mercantil[[15]](#footnote-15) y con los principios generales que rigen las relaciones contractuales de los particulares, que ingresan dentro de la categoría de la *lex mercatoria*[[16]](#footnote-16).

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

De otro lado, si lo que falta en el manual –precisamente porque está reservado a la ley– son normas que regulen las inhabilidades e incompatibilidades, en este caso sí se debe acudir a las disposiciones que las consagran y que establecen sus consecuencias, tanto en el EGCAP, como en leyes complementarias. Por último, si excepcionalmente a la entidad de régimen especial se la habilita o faculta para hacer uso de disposiciones o prerrogativas establecidas en el EGCAP, los vacíos respecto a su ejercicio se llenan con las disposiciones de ese mismo estatuto, por regir de manera especial y con normas de orden público, la actividad contractual del Estado.

En síntesis, los vacíos de los manuales de contratación de las entidades con régimen especial no siempre se llenan de la misma manera, pues ello depende de las materias sobre las cuales exista ausencia de regulación en dicho reglamento y la ley que crea el régimen especial. En tal sentido, sin perjuicio del deber de cumplir ciertas obligaciones transversales a la contratación pública, los vacíos en los aspectos sustantivos y en la regulación del contrato se deben llenar con las normas civiles y comerciales, según el caso; los que tengan que ver con asuntos relacionados con el procedimiento administrativo se deben integrar con las normas de la primera parte del CPACA; los relacionados con las normas sobre inhabilidades e incompatibilidades, con las disposiciones que las regulen, contenidas bien sea en el EGCAP o en leyes complementarias.

De otro lado, pero no por ello menos importante, los vacíos en la definición o alcance de los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal –a los que aluden los artículos 209 y 267 de la Constitución– deben llenarse con una interpretación integral de la carta política, así como con la jurisprudencia constitucional que exista sobre la materia, emanada de la Corte Constitucional o del Consejo de Estado –cuando actúe como tribunal constitucional–. Por último, si excepcionalmente a la entidad de régimen especial se la habilita o faculta para hacer uso de disposiciones o prerrogativas establecidas en el EGCAP, los vacíos respecto a su ejercicio se llenan con las disposiciones de ese estatuto.

**2.3. Universidades públicas, naturaleza y régimen de contratación.**

La Constitución Política de Colombia consagra en el artículo 69, por una parte, una garantía de autonomía para que las universidades establezcan sus directivas y sus estatutos de acuerdo con la ley; y por otra, la posibilidad de que cuenten con un régimen especial que corresponde dictar al Congreso[[17]](#footnote-17). En desarrollo de lo anterior, se expidió la Ley 30 de 1992, mediante la cual se regularon aspectos como la naturaleza jurídica de las universidades estatales y oficiales, la forma de organizarse y el régimen de contratación aplicable. Así mismo, en el artículo 57 se consignó que el carácter especial del régimen de las universidades estatales u oficiales comprende, entre otros aspectos, el régimen de contratación[[18]](#footnote-18). En el mismo sentido, estableció en el artículo 93 que los contratos que celebren las universidades estatales u oficiales se regirán por las normas del derecho privado[[19]](#footnote-19).

De otro lado, la Ley 489 de 1998, al desarrollar la estructura y organización de la Administración Pública, establece que los entes universitarios hacen parte integral de esta[[20]](#footnote-20), catalogándolos como entidades públicas de carácter autónomo a las que aplica un régimen especial[[21]](#footnote-21). Al respecto, en la sentencia C-1019 de 2012, la Corte Constitucional señaló:

El régimen especial de las universidades públicas y oficiales se justifica en el hecho de que estas instituciones manejan recursos públicos y a que a través suyo se promueve directamente el servicio público de la educación, por lo cual es fundamental establecer canales de articulación con el Estado y la sociedad en aras de que esta misión se cumpla adecuadamente. Además, como entes públicos, a las universidades se les exige el cumplimiento de la obligación de colaboración armónica consagrado en el artículo 113 de la C.P. para el cumplimiento de las funciones del Estado.

Aunque se establezca la participación de representantes del Estado en sus órganos de gobierno, la normatividad y la jurisprudencia han reconocido que lo anterior no significa que dichas instituciones hagan parte de la administración central o descentralizada, o se conviertan por ello en órganos dependientes y bajo el control de tutela del Estado, “pues las universidades estatales por su carácter de entes autónomos no conforman ninguna de las ramas del poder ni pueden formar parte de la administración nacional”[[22]](#footnote-22). De esta manera se pretende preservar a las universidades públicas y oficiales, de las injerencias e interferencias arbitrarias e indebidas del poder político[[23]](#footnote-23).

En armonía con lo anterior, se ha considerado que los entes universitarios no son entidades que hagan parte de la rama ejecutiva, ni pueden, por tanto, considerarse entidades descentralizadas, sino que gozan de un régimen especial. Lo anterior fue señalado por el Consejo de Estado de la siguiente manera[[24]](#footnote-24):

Ahora bien, en la disposición legal [art. 57 de la Ley 30/92] se menciona que las universidades estatales u oficiales están vinculadas al Ministerio de Educación Nacional en lo que se refiere a las políticas y planeación del sector educativo, en donde la jurisprudencia constitucional ha dejado en claro que es únicamente para efectos de coordinar y planear el desarrollo de directrices educativas, y no como organismos supeditados al poder ejecutivo, de manera que deben actuar con independencia del mismo, sin estar sujetas a un control de tutela como el concebido para los establecimientos públicos, concepto que por sí mismo niega la autonomía.

[…]

La situación se modificó con el actual marco constitucional en donde se estableció [art. 69] la garantía a la autonomía universitaria, para que pudieran darse sus directivas y regirse por sus propios estatutos, de acuerdo con el régimen especial que previera la Ley para las universidades del Estado, por lo cual se despojaban del control de tutela que ejercía el ejecutivo sobre ellas, con el fin de garantizar la independencia académica en la educación superior, sin ningún tipo de injerencia del poder público.

Lo anterior hizo que dejaran de pertenecer a la rama ejecutiva y por supuesto no hicieran parte de las demás [legislativa y judicial], al convertirse en organismos autónomos que cumplen funciones estatales de trascendental importancia para la nación, sin perder la calidad de entidades públicas […][[25]](#footnote-25).

De este modo, la diferenciación entre universidades públicas y entidades descentralizadas radica, entre otras cosas, en la autonomía de la que aquellas gozan. Esto, en la medida en que a las universidades públicas no les aplica un elemento característico de la descentralización denominado control de tutela, sobre el cual, en sentencia C–727 del 21 de junio de 2000, la Corte Constitucional señaló:

La descentralización es una forma de organización administrativa propia de los Estados de forma unitaria, que atenúa la centralización permitiendo la transferencia de competencias a organismos distintos del poder central, que adquieren autonomía en la gestión de las respectivas funciones. No obstante, esta transferencia no implica la ruptura total del vínculo entre el poder central y la entidad descentralizada, sino que, en aras de garantizar el principio de coordinación que gobierna la función administrativa, dicho vínculo permanece vigente a través del llamado control de tutela, existente en nuestra organización administrativa respecto de los entes funcionalmente descentralizados, con definidos perfiles jurídicos, desde la reforma constitucional y administrativa operada en 1968.

En suma, la descentralización involucra el ejercicio de un control de tutela que no puede aplicarse a los entes universitarios autónomos, motivo por el cual, si bien son entes del Estado, no son ni pueden ser asimiladas a entidades descentralizadas y tampoco encuadran en el concepto de entidad territorial. De esta manera, respecto al régimen contractual de las universidades estatales, el artículo 93 de la Ley 30 de 1992 establece que será el derecho privado, rigiéndose, por ende, por las normas civiles y comerciales. En tal sentido, estas universidades son entidades de *régimen especial* en materia contractual, por estar exceptuadas de la aplicación del EGCAP. En efecto, el artículo 93 prescribe:

Artículo 93. Salvo las excepciones consagradas en la presente ley, los contratos que para el cumplimiento de sus funciones celebren las universidades estatales u oficiales, se regirán por las normas del derecho privado y sus efectos estarán sujetos a las normas civiles y comerciales, según la naturaleza de los contratos.

PARÁGRAFO. Se exceptúan de lo anterior los contratos de empréstito, los cuales se someterán a las reglas previstas para ellos por el Decreto 222 de 1983 y demás disposiciones que lo modifiquen, complementen o sustituyan.

Teniendo en cuenta lo anterior, como se señaló en el numeral 2.1. de este concepto, se debe tener en cuenta que las cláusulas excepcionales no están contempladas en el derecho común. Por el contrario, estas se encuentran limitadas no solo al uso del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública sino a algunos tipos de contratos específicos. En ese sentido, la única forma en que una entidad sujeta a un régimen especial pueda usar estas cláusulas es si su norma de creación lo establece. Además, esto implica que las entidades de régimen especial no puedan, en principio –salvo que exista habilitación legal–, hacer uso de facultades establecidas en el EGCAP, que exceden las posibilidades derivadas del derecho ordinario –normas civiles y comerciales–. Lo anterior, se reitera, salvo que una norma especial extienda la aplicación de alguna o algunas de las facultades o disposiciones establecidas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –en adelante Estatuto General de Contratación o EGCAP– a entidades con un régimen especial de contratación.

**3. Respuesta**

«[…] 1. De conformidad con la normativa vigente en materia de contratación pública y el régimen especial de las universidades (Art. 40 Ley 489 de 1998, Ley 80 de 1993 y Ley 30 de 1992) Cuál es el marco jurídico de orden constitucional, legal y normativo que permite a las universidades estatales celebrar contratos interadministrativos, de cooperación y asociación con otros entes autónomos o con entidades públicas de orden nacional y territorial?

2. De conformidad con la normativa vigente en materia de contratación pública y el régimen especial de las universidades (Art. 40 Ley 489 de 1998, Ley 80 de 1993 y Ley 30 de 1992) ¿Qué tipo de contratación directa pueden realizar los entes autónomos universitarios con otros entes autónomos o con entidades públicas del orden nacional y territorial?

3. De conformidad con la normativa vigente en materia de contratación pública y el régimen especial de las universidades (Art. 40 Ley 489 de 1998, Ley 80 de 1993 y Ley 30 de 1992) ¿Los entes autónomos universitarios pueden realizar contratos y/o convenios interadministrativos de consultoría con otros entes autónomos o con entidades públicas del orden nacional, territorial?

4.De conformidad con la normativa vigente en materia de contratación pública ¿En Colombia cuál es el régimen de contratación en materia constitucional, legal y normativo de los entes autónomos universitarios con régimen especial?

5. De conformidad con la normativa vigente en materia de contratación pública y el régimen especial de las universidades (Art. 40 Ley 489 de 1998, Ley 80 de 1993 y Ley 30 de 1992) ¿Qué actividades contractuales pueden desarrollar todos los entes autónomos universitarios de Colombia con otros entes autónomos o con entidades públicas del orden nacional, territorial?

6. De conformidad con la normativa vigente en materia de contratación y la Ley 30 de 1992 ¿Las universidades públicas están sujetas al ámbito de aplicación de la Ley 80 de 1993, decretos reglamentarios y demás normas que la complementan adicionan o sustituyen?».

Conforme a la interpretación de las normas generales en materia de compras y contratación pública, la Constitución Política de Colombia consagra en el artículo 69, por una parte, una garantía de autonomía para que las universidades establezcan sus directivas y sus estatutos de acuerdo con la ley; y por otra, la posibilidad de que cuenten con un régimen especial que corresponde dictar al Congreso. En desarrollo de lo anterior, se expidió la Ley 30 de 1992, mediante la cual se regularon aspectos como la naturaleza jurídica de las universidades estatales y oficiales, la forma de organizarse y el régimen de contratación aplicable. Así mismo, en el artículo 57 se consignó que el carácter especial del régimen de las universidades estatales u oficiales comprende, entre otros aspectos, el régimen de contratación. En el mismo sentido, estableció en el artículo 93 que los contratos que celebren las universidades estatales u oficiales se regirán por las normas del derecho privado.

 En consecuencia, estas universidades son entidades de *régimen especial* en materia contractual, pues –por expresa disposición legal y por su naturaleza– 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 - EGCAP, por lo que sus procedimientos contractuales tienen su normativa propia para su desarrollo, esto es, el derecho privado. Este aspecto se determina en las normas de creación y en sus manuales de contratación.

 Dentro de este marco general, conforme a lo explicado en la parte considerativa de este concepto, corresponde a cada entidad definir la viabilidad técnica, jurídica y financiera de celebrar determinado contrato en específico. Lo anterior sin perder de vista las restricciones vigentes en aplicación de la Ley de Garantías Electorales. Por lo anterior, previo concepto de sus órganos asesores, la solución de estos temas corresponde a la entidad de adoptar la decisión correspondiente y, en caso de conflicto, a las autoridades judiciales, fiscales y disciplinarias.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Felipe Bastidas ParedesContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Juan David MontoyaGestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Andrés Ricardo Mancipe González Subdirector de Gestión Contractual (E) |

1. La Agencia Nacional de Contratación Pública ‒ Colombia Compra Eficiente fue creada por el Decreto Ley 4170 de 2011. Su objetivo es servir como ente rector de la política de compras y contratación del Estado. Para tales fines, como órgano técnico especializado, le corresponde formular políticas públicas y normas y unificar los procesos de contratación estatal, con el fin de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado. El artículo 3 *ibidem* señala, de manera precisa, las funciones de Colombia Compra Eficiente. Concretamente, el numeral 5º de este artículo establece que le corresponde a esta entidad: «[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general y expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública». Seguidamente, el numeral 8º del artículo 11 ibidem señala que es función de la Subdirección de Gestión Contractual: «[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general». [↑](#footnote-ref-1)
2. 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)
3. Consejo de Estado. Sección Tercera. Radicado No. 45.607 del 24 de octubre de 2016. Consejera Ponente: María Nubia Velásquez Rico. [↑](#footnote-ref-3)
4. Sobre las entidades de régimen especial, se puede consultar su definición y un listado aproximado de este tipo de entidades en: BARRETO MORENO, Antonio A. El derecho de la compra pública. Primera edición. Bogotá: Legis - Universidad de la Sabana, 2019. [↑](#footnote-ref-4)
5. Artículo 31. Régimen de la contratación. [Artículo modificado por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001] Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa.

*Las Comisiones de Regulación podrán hacer obligatoria la inclusión, en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos, de cláusulas exorbitantes y podrán facultar, previa consulta expresa por parte de las empresas de servicios públicos domiciliarios, que se incluyan en los demás. Cuando la inclusión sea forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, y los actos y contratos en los que se utilicen esas cláusulas y/o se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa*. Las Comisiones de Regulación contarán con quince (15) días para responder las solicitudes elevadas por las empresas de servicios públicos domiciliarios sobre la inclusión de las cláusulas excepcionales en los respectivos contratos, transcurrido este término operará el silencio administrativo positivo. (Cursiva fuera del original). [↑](#footnote-ref-5)
6. Este fenómeno también se ha presentado, en los últimos años, en España. Al respecto, ver: SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. El retorno del derecho administrativo. En: Revista de Administración Pública. Nº 216 (2018). Disponible en: https://recyt.fecyt.es/index.php/RAP/article/view/67033. [↑](#footnote-ref-6)
7. 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-7)
8. 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-8)
9. 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-9)
10. «La fuerza vinculante de los reglamentos –tanto para los administrados como para la propia administración– surge del hecho de ser una norma jurídica, y de compartir la naturaleza del acto administrativo, luego, de allí también se desprende que se presuman legales y sean ejecutorios.

»Por esta misma razón, la doctrina española –con especial fuerza– ha señalado que su observancia no queda al capricho del órgano que la expidió, pues si quisiera él lo puede desconocer. De algún modo, como acontece con todo acto administrativo, el acto cobra vida propia, y autonomía en relación con su propio creador. A este último evento se le denomina la inderogabilidad singular del reglamento, que no es otra cosa que la prohibición de insertarlo en un caso particular.

»Esta tesis –de absoluta razonabilidad–, protege tanto al ciudadano como al ordenamiento jurídico en general, de la arbitrariedad de la administración, pues si se admitiera que pese a estar en vigencia un reglamento la propia administración que lo dictó lo pudiera inaplicar, aduciendo que si ella lo produjo entonces cuenta con la autoridad para desconocerlo, los abusos y la violación a sus propias reglas propiciaría el atropello y la corrupción». (MARÍN CORTÉS, Fabián G. El reglamento como fuente del derecho administrativo. En: Las fuentes del derecho administrativo. Texto inédito. 2010. pp. 200-201). [↑](#footnote-ref-10)
11. Sobre el concepto de *lagunas* en el sistema normativo, es decir, de *vacíos* de regulación, puede verse: GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. Filosofía del Derecho. 17ª ed. México: Porrúa, 2011. pp. 222-245. [↑](#footnote-ref-11)
12. Identificada con la referencia G-EEREC-01 y publicada en el siguiente enlace: https://colombiacompra.gov.co/sites/cce\_public/files/cce\_documents/cce\_guia\_regimen\_especial.pdf [↑](#footnote-ref-12)
13. Bien por la reserva legal de las materias o porque no las reguló. [↑](#footnote-ref-13)
14. El artículo 1º del Código de Comercio establece que: «Los comerciantes y los asuntos mercantiles se regirán por las disposiciones de la ley comercial, y los casos no regulados expresamente en ella serán decididos por analogía de sus normas»; mientras que el artículo 2º señala que: «En las cuestiones comerciales que no pudieren regularse conforme a la regla anterior, se aplicarán las disposiciones de la legislación civil». Esto significa que en el derecho privado las normas comerciales prevalecen sobre las civiles en asuntos mercantiles. [↑](#footnote-ref-14)
15. «La costumbre mercantil tendrá la misma autoridad que la ley comercial, siempre que no la contraríe manifiesta o tácitamente y que los hechos constitutivos de la misma sean públicos, uniformes y reiterados en el lugar donde hayan de cumplirse las prestaciones o surgido las relaciones que deban regularse por ella.

»En defecto de costumbre local se tendrá en cuenta la general del país, siempre que reúna los requisitos exigidos en el inciso anterior» (art. 3 del Código de Comercio). [↑](#footnote-ref-15)
16. Dentro de tales principio se encuentran, por ejemplo, los principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales. Ver: https://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2010/blackletter2010-spanish.pdf [↑](#footnote-ref-16)
17. «Artículo 69. Se garantiza la autonomía universitaria. Las universidades podrán darse sus directivas y regirse por sus propios estatutos, de acuerdo con la ley. La ley establecerá un régimen especial para las universidades del Estado». [↑](#footnote-ref-17)
18. «Artículo 57. Las universidades estatales u oficiales deben organizarse como entes universitarios autónomos, con régimen especial y vinculados al Ministerio de Educación Nacional en lo que se refiere a las políticas y la planeación del sector educativo.

»Los entes universitarios autónomos tendrán las siguientes características: Personería jurídica, autonomía académica, administrativa y financiera, patrimonio independiente y podrán elaborar y manejar su presupuesto de acuerdo con las funciones que le corresponden.

 »El carácter especial del régimen de las universidades estatales u oficiales, comprenderá la organización y elección de directivas, del personal docente y administrativo, el sistema de las universidades estatales u oficiales, el régimen financiero, el régimen de contratación y control fiscal y su propia seguridad social en salud, de acuerdo con la presente ley». [↑](#footnote-ref-18)
19. «Artículo 93. Salvo las excepciones consagradas en la presente ley, los contratos que para el cumplimiento de sus funciones celebren las universidades estatales u oficiales, se regirán por las normas del derecho privado y sus efectos estarán sujetos a las normas civiles y comerciales, según la naturaleza de los contratos». [↑](#footnote-ref-19)
20. «Artículo 39. Integración de la Administración Pública. La Administración Pública se integra por los organismos que conforman la Rama Ejecutiva del Poder Público y por todos los demás organismos y entidades de naturaleza pública que de manera permanente tienen a su cargo el ejercicio de las actividades y funciones administrativas o la prestación de servicios públicos del Estado Colombiano». [↑](#footnote-ref-20)
21. «Artículo 40. Entidades y organismos estatales sujetos a régimen especial. El Banco de la República, los entes universitarios autónomos, las corporaciones autónomas regionales, la Comisión Nacional de Televisión y los demás organismos y entidades con régimen especial otorgado por la Constitución Política se sujetan a las disposiciones que para ellos establezcan las respectivas leyes». [↑](#footnote-ref-21)
22. Corte Constitucional. Sentencia C-121 de 2003. M.P. Clara Inés Vargas Hernández. [↑](#footnote-ref-22)
23. Corte Constitucional. Sentencia C-1019 del 28 de noviembre de 2012. M.P. Mauricio González. [↑](#footnote-ref-23)
24. CONSEJO DE ESTADO. Sección Cuarta. Sentencia del 16 de diciembre de 2008. Exp. 16.297. C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia [↑](#footnote-ref-24)
25. [↑](#footnote-ref-25)