**DOCUMENTOS TIPO – Fundamento normativo – Ley 1882 de 2018**

[…] el artículo 4 de la Ley 1882 de 2018 se convierte en el antecedente más relevante respecto a los documentos tipo. A partir de esta norma, se definió un mandato de obligatoria observancia por parte de todas las entidades sometidas al EGCAP en la aplicación de los documentos tipo adoptados por el gobierno nacional para la contratación de obra pública y su respectiva interventoría, así como la interventoría para consultoría de estudios y diseños para obras públicas y consultoría en ingeniería para obras, los cuales debían ser utilizados en los procesos de selección que adelantaran

[…]

De la norma descrita se concluía lo siguiente: i) la adopción de los documentos tipo estaba en cabeza del gobierno nacional; ii) estos debían relacionarse con procesos de obras públicas, interventoría para las obras públicas, interventoría para consultoría de estudios y diseños y, finalmente, consultoría en ingeniería para obras; iii) eran de obligatorio cumplimiento por parte de todas las entidades sometidas al EGCAP; iv) en los documentos tipo se indicarían las condiciones generales de los requisitos habilitantes, así como los factores técnicos y económicos de escogencia, según correspondiera para cada modalidad de selección; v) el gobierno nacional tenía la facultad de adoptar documentos tipo en otros contratos o procesos de selección; y por último, vi) los documentos tipo serían adoptados por categorías de acuerdo con la cuantía de la contratación.

**DOCUMENTOS TIPO – Fundamento normativo – Ley 2022 de 2020**

Posteriormente, se expidió la Ley 2022 de 2020, norma que modificó el contenido del parágrafo 7 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, que había sido adicionado por la Ley 1882 de 2018. Con esta modificación, si bien se mantuvo el mandato de aplicación obligatoria de los documentos tipo por parte de las entidades sometidas al EGCAP, se atribuyó a la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente la competencia para su expedición.

[…]

De acuerdo con lo expuesto, los documentos tipo adoptados son obligatorios para las entidades estatales regidas por el EGCAP que adelanten procesos de contratación mediante las modalidades de selección y objetos contractuales cobijados por alguno de los documentos tipo vigentes en los diferentes sectores. La obligatoriedad del contenido de los documentos tipo implica que las entidades estatales tengan que adelantar los procesos de contratación ciñéndose a las condiciones establecidas en los documentos tipo, sin que puedan variarse los requisitos fijados en ellos.

**LEY 2195 DE 2022 – Artículo 56 – Ámbito de aplicación**

Las implicaciones del texto conforme al cual fue expedida esta norma son variadas y se presentan en múltiples ámbitos de la actividad contractual de las entidades estatales y sujetos de derecho privado mencionados en la norma, que, como consecuencia de la entrada en vigor de la disposición en cita, se ven afectados de diferentes maneras. Es por esto por lo que se hace necesario realizar una interpretación adecuada de esta disposición, orientada a precisar sus efectos respecto de diferentes sujetos mencionados en su texto, lo cual exige detenerse a analizar ciertos aspectos que, a juicio de esta Agencia, resultan indispensables para determinar el verdadero alcance de la norma bajo estudio, a lo cual se procede a continuación

[…]

De acuerdo con lo anterior, el artículo 56 de la Ley 2195 de 2022, en principio, se presenta como una norma que complementa al parágrafo 7 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, modificado por la Ley 2022 de 2020, que establece el mandato de aplicación obligatoria de los documentos tipo para las entidades sometidas al EGCAP cuando celebren contratos o convenios interadministrativos o de cualquier otra índole […]

**LEY 2195 DE 2022 – Artículo 56 – Finalidad**

[…] la adición del articulado en mención tiene como fin “Extender la *obligatoriedad de la aplicación del régimen de contratación estatal y pliegos tipo, cuando se celebran convenios interadministrativos* con una entidad que tiene régimen de contratación privada *con el fin de evitar la contratación directa con recursos del estado y proveer de mayores garantías al proceso*” (énfasis fuera de texto).En ese orden de ideas, es claro que la incorporación de este articulado por parte del legislador tiene como fin principal que las entidades sometidas al EGCAP, obligadas a aplicar pliego tipo, lo realicen también cuando celebran convenios interadministrativos con entidades o personas cuyo régimen de contratación es el privado y así proveer de mayor garantías al Proceso de Contratación, sin que por ello se piense que su fin es evitar o eliminar este tipo de contratación, pues lo que se busca es evitar la contratación directa con recursos del Estado en el marco de dichos convenios.

Sin embargo, para segunda ponencia del Senado se propuso eliminar el artículo en mención con motivo a la inconveniencia que podría generar en su aplicación, aceptándose su eliminación. No obstante, para Plenaria de Senado se propuso un nuevo artículo para su trámite ante la Cámara de Representantes […] La mencionada disposición pasó el debate en Cámara de Representantes con algunos ajustes en la redacción del artículo, pero manteniendo su fin principal, y esto es, que los documentos tipo deban ser aplicados en general por todas las entidades sometidas al EGCAP, independientemente de la celebración de contratos o convenios interadministrativos o de cualquier otra índole, con entidades estatales exceptuadas o con régimen especial de contratación, patrimonios autónomos o particulares. Consecuentemente, fue aprobada su redacción en conciliación del texto en ambas cámaras prescribiendo la redacción de la norma hoy día vigente

**LEY 2195 DE 2022 – Artículo 56 – Incisos 1 y 2 – Interpretación conjunta**

Como se desprende de la frase inicial de la norma citada, es claro que el primer y principal mandato de la norma únicamente se encuentra dirigido a las entidades estatales sometidas al EGCAP, para que, en la adquisición de bienes, obras o servicios, apliquen los documentos tipo expedidos por esta Agencia, cuando celebren contratos o convenios interadministrativos o de cualquier otra índole con otra Entidad Estatal, o con patrimonios autónomos o con personas naturales o jurídicas, cuyo régimen de contratación sea especial o de derecho privado. En ese sentido, el primer inciso de la norma reafirma el deber de las entidades sometidas al EGCAP de aplicar los documentos tipo.

De acuerdo con lo anterior, el artículo 56 de la Ley 2195 de 2022, en principio, se presenta como una norma que complementa al parágrafo 7 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, modificado por la Ley 2022 de 2020, que establece el mandato de aplicación obligatoria de los documentos tipo para las entidades sometidas al EGCAP cuando celebren contratos o convenios interadministrativos o de cualquier otra índole, y en el marco de la regla de interpretación de la Ley por contexto, conforme al criterio interpretativo del artículo 30 del Código Civil, “Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto” y de una interpretación sobre la extensión de una Ley, consagrada en el artículo 31 del Código Civil, “Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación. La extensión que deba darse a toda ley se determinará por su genuino sentido, y según las reglas de interpretación precedentes”, desde esta perspectiva, no pudiera pensarse entonces que se extiende la aplicación a particulares y a entidades con régimen de contratación especial la obligatoriedad de adelantar procesos de selección y suscribir contratos sometidos al EGCAP, puesto que el texto de la Ley 2022 de 2020 establece con claridad la regla de aplicación obligatoria de los documentos tipo en los procesos de contratación adelantados por las entidades estatales regidas por el EGCAP, es decir, la obligatoriedad de utilizar documentos pliego tipo se extiende en los convenios o contratos interadministrativos o de cualquier otra índole, y a las diferentes modalidades de selección de los Procesos de Contratación adelantados por entidades sometidas al EGCAP.

[…]

El segundo inciso de la norma bajo estudio usa la expresión “los procedimientos de selección y *contratos que realicen en desarrollo de los anteriores negocios jurídicos*” se pudiera entender que alude a los negocios jurídicos descritos en el primer inciso, es decir, aquellos a través de los cuales una Entidad Estatal sometida al EGCAP contrata o coopera con un sujeto de derecho privado –entidad exceptuada, patrimonio autónomo o persona natural o jurídica de derecho privado – en un objeto del que se desprende el suministro de un bien, obra o servicio cobijada por un documento tipo. En ese sentido, la norma parte de la base de que para *desarrollar* tales negocios jurídicos la Entidad Estatal sometida necesariamente debe adelantar un procedimiento de selección y suscribir un contrato elevado a escrito, lo que, en atención al artículo 56 deberá hacerlo aplicando documentos tipo y con sujeción al EGCAP.

Sobre esto es necesario considerar que, las entidades sometidas al EGCAP, por lo general, se encuentran obligadas a agotar un procedimiento de selección conforme las normas aplicables para celebrar contratos estatales, a diferencia de los negocios jurídicos regidos por el derecho privado, los cuales, generalmente, se perfeccionan con el acuerdo de voluntades, salvo que la ley exija alguna solemnidad adicional

**LEY 2195 DE 2022 – Artículo 56 – Aplicación del estatuto general de contratación de la administración pública**

Por tanto, el hecho de que la norma esté dirigida a las entidades sometidas al EGCAP, , no tiene otro fin más que el de indicar que la obligación de emplear los documentos pliego tipo en el marco de un contrato o convenio interadministrativo, o de cualquier otra índole, recae sobre la misma, pues sólo así puede garantizarse que el mandato imperativo dispuesto en el literal segundo del artículo en cita, tenga un efecto jurídico, pues estas entidades deben realizar procesos de selección y celebrar contratos con sujeción al EGCAP, requerido para la aplicación de documentos pliego tipo en virtud de lo regulado en al parágrafo 7 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, modificado por la Ley 2022 de 2020.

**LEY 2195 DE 2022 – Artículo 56 – Parágrafo – Excepciones – Giro ordinario**

De otra parte, es necesario precisar el alcance del parágrafo del artículo 56 de la Ley 2195 de 2022 y lo dispuesto en los dos primeros incisos del mencionado artículo, del cual se excluye, a cierto tipo de entidades, en lo relacionado con la contratación de su *giro ordinario*. Conforme se desprende del texto del referido parágrafo, se exceptúa de lo señalado en los dos primeros incisos a: i) las instituciones de educación superior públicas, ii) las empresas sociales del Estado, iii) las sociedades de economía mixta y iv) las empresas industriales y comerciales del Estado, únicamente, en la contratación relacionada con el *giro ordinario.* Esto significa que, en la contratación asociada a su *giro ordinario,* estos tipos de entidades no tendrían que aplicar, de manera obligatoria, los documentos tipo, ni tampoco el EGCAP. es decir, si entidades estatales exceptuadas pretenden ser adjudicatarias de estos contratos, no deben someterse a un proceso de selección en el que se apliquen documentos tipo expedidos por esta Agencia. En este caso la norma se limita a fomentar la implementación de documentos tipo a modo de buena práctica contractual, en los casos en los que se estime conveniente.

**LEY 2195 DE 2022 – Artículo 56 – Subcontratación – Contratación derivada**

Teniendo en cuenta lo expuesto, la subcontratación supone la celebración de un contrato eventual y accesorio, entre un contratista del Estado y un tercero, sin que aquel tenga el deber, por regla general, de agotar un procedimiento previo de selección, y por medio del cual el segundo sustituye parcial y materialmente al primero, quien conserva la dirección general del proyecto y es responsable ante la Entidad Estatal contratante por el cumplimiento íntegro de las obligaciones derivadas del contrato adjudicado. Así mismo, la subcontratación es un mecanismo de ejecución de un proyecto que obedece a la autonomía técnica y administrativa con la cual el contratista desarrolla su modelo de negocio.

Con base en estos elementos, debe tenerse en cuenta que la situación de los subcontratistas no hace parte de aquella circunstancia que quiso regular el artículo objeto de estudio. El propósito del legislador con la expedición de la norma objeto de consulta, tal como se ha explicado, es que las entidades estatales que tienen como régimen contractual el EGCAP no puedan eludir su aplicación, ni la de los documentos tipo que resulten obligatorios, celebrando convenios o contratos con entidades exceptuadas o particulares sometidos al derecho privado. No obstante, la norma solo se refiere a los negocios jurídicos suscritos entre la entidad sometida al régimen general de contratación pública con el respectivo sujeto de derecho privado, sin mencionar en ningún momento a los subcontratos o la contratación derivada de aquellos.

**FIDUCIA MERCANTIL ― Concepto ― Características**

[…] el Código de Comercio define el contrato de fiducia mercantil en su artículo 1226, estableciendo como elementos característicos del negocio jurídico: i) la existencia de al menos dos sujetos: fiduciante y fiduciario y ii) la transferencia de los bienes fideicomitidos, con el siguiente tenor: “La fiducia mercantil es un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario.

**FIDUCIA MERCANTIL ― Fiducia pública ― Patrimonio autónomo ― Diferencias**

[…]la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto del 4 de marzo de 1998, consideró que la Ley 80 de 1993 tiene como objetivo restringir los negocios fiduciarios que pueden celebrar los entes públicos, y por ello, a pesar de que el contrato de fiducia pública es diferente al de fiducia mercantil, la constitución de patrimonios autónomos por parte de entidades estatales solamente debe darse en virtud de una autorización legal, como es el caso de los procesos de titularización de activos e inversiones, tal como lo autoriza expresamente el parágrafo 2 del artículo 41 de la Ley 80 de 1993.

[…]

Por ello, debe destacarse que en caso de que no exista norma que autorice la fiducia mercantil, se está ante un negocio fiduciario que –en el ámbito de aplicación del EGCAP– debe respetar lo establecido por el numeral 5 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que entre sus reglas dispone: “La fiducia que se autoriza para el sector público en esta ley, nunca implicará transferencia de dominio sobre bienes o recursos estatales, ni constituirá patrimonio autónomo del propio de la respectiva entidad oficial, sin perjuicio de las responsabilidades propias del ordenador del gasto” y “Los actos y contratos que se realicen en desarrollo de un contrato de fiducia pública o encargo fiduciario cumplirán estrictamente con las normas previstas en este estatuto, así como con las disposiciones fiscales, presupuestales, de interventoría y de control a las cuales esté sujeta la Entidad Estatal fideicomitente”.

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

Ahora bien, respecto de la aplicación del EGCAP por parte de entidades exceptuadas y particulares, es necesario recalcar que, conforme al criterio expuesto en este concepto, la disposición materia de estudio no contempla que las entidades exceptuadas y los particulares en sus negocios jurídicos apliquen documento tipo y, en consecuencia, tampoco el EGCAP, dado que el mandato está dado para las entidades sometidas. Esto significa que la aplicación del EGCAP será forzosa para las entidades sometidas a aquel cuando existe un documento tipo que contempla bienes, obras y servicios dentro de las que se subsume la actividad a contratar con la entidad de régimen especial, patrimonio autónomo o particular conforme a las reglas expuestas en este concepto.

Bogotá D.C, 29 de marzo de 2023.

Señor

**Juan Pablo Rojas Acuña**

Gerente

Unidad de Gestión Patrimonio Autónomo - AEROCAFE

Bogotá D.C.

**Concepto C–042 de 2023**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | DOCUMENTOS TIPO – Fundamento normativo – Ley 1882 de 2018 / DOCUMENTOS TIPO – Fundamento normativo – Ley 2022 de 2020 / LEY 2195 DE 2022 – Artículo 56 – Ámbito de aplicación / LEY 2195 DE 2022 – Artículo 56 – Finalidad / LEY 2195 DE 2022 – Artículo 56 – Incisos 1 y 2 – Interpretación conjunta / LEY 2195 DE 2022 – Artículo 56 – Aplicación del estatuto general de contratación de la administración pública / LEY 2195 DE 2022 – Artículo 56 – Parágrafo – Excepciones – Giro ordinario / LEY 2195 DE 2022 – Artículo 56 – Subcontratación – Contratación derivada / FIDUCIA MERCANTIL ― Concepto ― Características / FIDUCIA MERCANTIL ― Fiducia pública ― Patrimonio autónomo ― Diferencias / LEY 2195 DE 2022 – Artículo 56 – Personas jurídicas de derecho privado – Documentos tipo – Estatuto General de Contratación de la Administración Pública |
| **Radicación:**  | Respuesta a la consulta No. P20230126000647 |

Respetado señor Rojas:

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 a su consulta del 25 de enero de 2023:

1. **Problema planteado**

En relación con el ámbito de aplicación del artículo 56 de la Ley 2195 de 2022, usted plantea las siguientes consultas:

“a. En la gestión contractual desarrollada por los patrimonios autónomos constituidos por entidades estatales y que gestionan recursos públicos, ¿les es aplicable los pliegos tipo adoptados por la Agencia Nacional de Contratación Pública para los objetos contractuales cobijados por dichos pliegos?

b. En caso de ser afirmativa la respuesta anterior:

- ¿Debería darse aplicación del EGCAP en el desarrollo de dichos contratos en sus diferentes etapas?

- La Fiduciaria que administra el patrimonio autónomo, ¿estaría facultada para ejercer las funciones administrativas propias del EGCP?

- ¿Cuál es el alcance de la expresión *“Los procedimientos de selección y los contratos que realicen en desarrollo de los anteriores negocios jurídicos, donde apliquen los documentos tipo se regirán por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”,* indicado en el inciso segundo del artículo 56 de la ley en comento, respecto de la gestión contractual de los patrimonios autónomos cuyo régimen corresponde al derecho privado y que administran recursos públicos?” (SIC)

1. **Consideraciones**

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente resuelve las consultas sobre los asuntos de su competencia, esto es, sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. En ese sentido, la competencia de esta entidad se fija con límites claros, con el objeto de evitar que 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. Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, ni a brindar asesorías sobre casos puntuales.

Por lo anterior, es importante advertir que los conceptos que emite la Subdirección de Gestión Contractual explican las posturas hermenéuticas de la Agencia en relación con aspectos del ordenamiento jurídico sometidos a consulta. Sin embargo, estos conceptos no son vinculantes o de obligatorio cumplimiento para el destinatario, sino que expresan la posición interpretativa del ente que elabora el concepto.

En ese contexto, para resolver la inquietud planteada se analizarán los siguientes temas: i) fundamento normativo y ámbito de aplicación de los documentos tipo; ii) alcance del artículo 56 de la Ley 2195 de 2022 frente a la implementación obligatoria del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y de los documentos tipo en la celebración de convenios o contratos interadministrativos o de cualquier otra índole con entidades estatales exceptuadas y particulares; iii) aplicación prevalente del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública en los contratos o convenios celebrados con entidades exceptuadas. Aparente tensión con el literal c) del artículo 2, numeral 4, de la Ley 1150 de 2007; iv) excepciones a la aplicación del artículo 56 de la Ley 2195 de 2022: alcance de la expresión “giro ordinario” contenida en el parágrafo de la norma, v)efectos respecto de la subcontratación realizada por entidades estatales exceptuadas, patrimonios autónomos, personas naturales o jurídicas que sean contratistas del Estado; y, vi) análisis de la aplicación del artículo 56 de la Ley 2195 de 2022 a los patrimonios autónomos constituidos en virtud de contratos de fiducia mercantil.

La Agencia Nacional de Contratación Pública ― Colombia Compra Eficiente se pronunció sobre el contrato de fiducia mercantil y la capacidad contractual del patrimonio autónomo derivado de dicho contrato en los conceptos con radicado No. 2201913000005645[[1]](#footnote-2) del 8 de agosto de 2019, 2201913000008612[[2]](#footnote-3) del 19 de noviembre de 2019, en los conceptos C-483 del 5 de agosto de 2022 y C- 498 del 18 de agosto de 2022.

Por su parte, la Agencia se ha pronunciado sobre el alcance del artículo 56 de la Ley 2195 de 2022, específicamente, a partir del concepto C-066 del 28 de enero de 2022, cuya tesis se desarrolló y complementó en varios conceptos, como el C-320 del 20 de mayo de 2022, C-333 del 24 de mayo de 2022, C-404 del 26 de mayo de 2023, C-341 del 27 de mayo de 2022, C-382 del 27 de mayo de 2022, C-388 del 15 de junio de 2022, C-423 del 5 de julio de 2022, C-435 del 6 de julio de 2023, C-453 del 15 de julio de 2022, C-449 del 25 de julio de 2022, C-494 del 26 de julio de 2022, C-488 del 29 de julio de 2022, C-483 del 5 de agosto de 2022, C-496 del 3 de agosto de 2022, C-501 del 29 de julio de 2022, C-556 del 3 de agosto de 2022 y C-532 del 22 de agosto de 2022, entre otros. El mismo tema ha sido estudiado por esta Subdirección en los conceptos C-486 del 2 de septiembre de 2022, C-671 del 19 de octubre de 2022 y C-576 del 25 de octubre de 2023, en esta oportunidad, al tratarse de la última postura asumida por la entidad, se procederá a reiterarla a continuación y se complementa en lo pertinente[[3]](#footnote-4),sin perjuicio de que con posterioridad se realice un estudio comparativo, en atención al quehacer jurídico, el cual, por ser dinámico puede ofrecer nuevos elementos que permitan ampliar o diferenciar el proceso de interpretación

**2.1.** **Fundamento normativo y ámbito de aplicación de los documentos tipo**

La adopción de los documentos tipo obligatorios en el ordenamiento jurídico colombiano se incluyó por primera vez en el parágrafo 3 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007[[4]](#footnote-5), que facultó al gobierno nacional para expedirlos, pero solo cuando se tratara de la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización. Sin embargo, esta facultad no ha sido ejercida hasta la actualidad.

Debido a lo anterior, el artículo 4 de la Ley 1882 de 2018 se convierte en el antecedente más relevante respecto a los documentos tipo. A partir de esta norma, se definió un mandato de obligatoria observancia por parte de todas las entidades sometidas al EGCAP en la aplicación de los documentos tipo adoptados por el gobierno nacional para la contratación de obra pública y su respectiva interventoría, así como la interventoría para consultoría de estudios y diseños para obras públicas y consultoría en ingeniería para obras, los cuales debían ser utilizados en los procesos de selección que adelantaran[[5]](#footnote-6).

 Asimismo, señalaba que, dentro de los documentos tipo, el gobierno adoptaría de manera general y con alcance obligatorio para todas las entidades las condiciones habilitantes, así como los factores técnicos y económicos de escogencia, según correspondiera a cada modalidad de selección y la ponderación precisa y detallada de los mismos, teniendo en cuenta la naturaleza y cuantía de los contratos. Finalmente, para la adopción de esta reglamentación el gobierno tendría en cuenta las características propias de las regiones con el ánimo de promover el empleo local. Por último, se facultaba al gobierno para adoptar los documentos tipo cuando lo considerara necesario en relación con otros contratos o procesos de selección.

 De la norma descrita se concluía lo siguiente: i) la adopción de los documentos tipo estaba en cabeza del gobierno nacional; ii) estos debían relacionarse con procesos de obras públicas, interventoría para las obras públicas, interventoría para consultoría de estudios y diseños y, finalmente, consultoría en ingeniería para obras; iii) eran de obligatorio cumplimiento por parte de todas las entidades sometidas al EGCAP; iv) en los documentos tipo se indicarían las condiciones generales de los requisitos habilitantes, así como los factores técnicos y económicos de escogencia, según correspondiera para cada modalidad de selección; v) el gobierno nacional tenía la facultad de adoptar documentos tipo en otros contratos o procesos de selección; y por último, vi) los documentos tipo serían adoptados por categorías de acuerdo con la cuantía de la contratación.

 Esta norma fue estudiada por la Corte Constitucional en la sentencia C-119 de 2020. Al respecto, el Alto Tribunal indicó que la adopción de los documentos tipo no afectaba la autonomía de las entidades territoriales, en cuanto la estandarización se predicaba únicamente de los requisitos habilitantes y los criterios de escogencia, elementos propios del procedimiento de selección del contratista, materia en la que existe reserva de ley y que no se encuentra atribuida a la regulación de las entidades territoriales. De igual manera, se establece que esta autonomía se garantiza con la identificación autónoma de sus necesidades y la configuración de los elementos del contrato[[6]](#footnote-7).

 De este modo, los documentos tipo no afectan la autonomía de las entidades territoriales. Lo anterior, debido a que la definición de los requisitos habilitantes y de aspectos técnicos de la selección del contratista en los procesos de selección, son cuestiones en los que el legislador tiene amplia libertad de configuración legislativa y, por tanto, puede atribuir dicha regulación al gobierno nacional. Ahora bien, la referida autonomía se materializa cuando las entidades territoriales deciden iniciar un proceso de convocatoria para satisfacer sus necesidades para la adquisición de un bien, obra o servicio y, además, se incluyen en la minuta del contrato las condiciones particulares del negocio jurídico a celebrar.

Posteriormente, se expidió la Ley 2022 de 2020, norma que modificó el contenido del parágrafo 7 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, que había sido adicionado por la Ley 1882 de 2018[[7]](#footnote-8). Con esta modificación, si bien se mantuvo el mandato de aplicación obligatoria de los documentos tipo por parte de las entidades sometidas al EGCAP, se atribuyó a la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente la competencia para su expedición. En este marco, con la finalidad de realizar un desarrollo armónico y ajustado de la ley que le otorga la mencionada competencia, esta Agencia expidió la Resolución 160 del 15 de septiembre de 2020 *“Por la cual se adopta el procedimiento para implementar los documentos tipo y se define el sistema para su revisión”.*

De acuerdo con lo expuesto, los documentos tipo adoptados son obligatorios para las entidades estatales regidas por el EGCAP que adelanten procesos de contratación mediante las modalidades de selección y objetos contractuales cobijados por alguno de los documentos tipo vigentes en los diferentes sectores. La obligatoriedad del contenido de los documentos tipo implica que las entidades estatales tengan que adelantar los procesos de contratación ciñéndose a las condiciones establecidas en los documentos tipo, sin que puedan variarse los requisitos fijados en ellos.

**2.2.** **Alcance del artículo 56 de la Ley 2195 de 2022 frente a la implementación obligatoria del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y de los documentos tipo en la celebración de convenios o contratos interadministrativos o de cualquier otra índole con entidades estatales exceptuadas y particulares**

Conforme se explicó en el acápite anterior, en virtud de la Ley 2022 de 2020, los documentos tipo expedidos por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente– son de aplicación obligatoria para las entidades estatales sometidas al EGCAP. En ese sentido, el contenido normativo de la Ley 2022 de 2020, y en su momento también de la Ley 1882 de 2018, excluyen del ámbito de aplicación de los documentos tipo la contratación de entidades estatales de régimen exceptuado, por lo general, sujetas al derecho privado.

En este contexto, se expidió la Ley 2195 de 2022, *“Por medio de la cual se adoptan medidas en materia de transparencia, prevención y lucha contra la corrupción y se dictan otras disposiciones”*. Según su artículo 1°, este cuerpo normativo “[…] tiene por objeto adoptar disposiciones tendientes a prevenir los actos de corrupción, a reforzar la articulación y coordinación de las entidades del Estado y a recuperar los daños ocasionados por dichos actos, con el fin de asegurar y promover la cultura de la legalidad e integridad y recuperar la confianza ciudadana y el respeto por lo público”. Dentro del capítulo VIII de la Ley en mención, que lleva por título “*Disposiciones en materia contractual para la moralización y la transparencia*”, se destaca el artículo 56, norma sobre la que versa la presente consulta.

 Para comenzar el análisis del contenido de la referida disposición, es pertinente iniciar estudiando su trámite legislativo. Al respecto, el Proyecto de Ley No. 341 de 2020[[8]](#footnote-9) radicado el 20 de octubre de 2020 por el gobierno nacional ante el Congreso de la República no previó en su articulado norma que sea igual o similar al contenido que actualmente observamos en el artículo 56 de la Ley 2195 de 2022, pues este fue agregado con posterioridad en plenaria del Senado y después fue complementada y ajustada en el debate legislativo que cursó en Cámara de Representantes mediante Proyecto de Ley No.369 de 2021[[9]](#footnote-10) y a continuación conciliado por ambas cámaras el 16 y 15 de diciembre de 2021, respectivamente.

 Sobre el tema, es importante indicar que, en el informe de ponencia para primer debate legislativo en Senado, previo a la intervención realizada por la Subdirección de Gestión Contractual de la Agencia, en audiencia pública realizada por la Comisión Primera del Senado el día 14 de diciembre de 2020, se incluyeron disposiciones en el proyecto de Ley relacionadas por ejemplo con: “impedir que las entidades sometidas al estatuto de contratación celebren contratos jurídicos de derecho privado, con lo que se prevé evitar escapar del ámbito del estatuto de contratación pública, asimismo fortalecer que en los convenios deben emplearse documentos tipos; extender la aplicación del estatuto de contratación a algunos objetos que tienen un régimen especial y a los patrimonios autónomos, así como a las empresas de servicios públicos; y finalmente, hacer obligatorio que las entidades exceptuadas de la contratación estén obligadas a publicar los documentos en el SECOP”[[10]](#footnote-11).

 En ese orden de ideas, se incorporó en el informe para primer debate legislativo el artículo 85, denominado *“Aplicación del Régimen de Contratación Pública en Entidades del Régimen Privado o Especial”,* que disponía:

“En los casos en que las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública celebren contratos o convenios interadministrativos o de cualquier otra índole, con personas naturales o jurídicas de derecho público o privado, patrimonios autónomos, o cualquier otra clase de Entidad Estatal con capacidad para contratar, cuyo régimen de contratación sea especial o de derecho privado, para la adquisición de bienes, obras o servicios a través de estas entidades, el régimen aplicable a los procedimientos de selección y los contratos que realicen en desarrollo de los anteriores negocios jurídicos también será el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Parágrafo: Para los casos descritos en el inciso anterior, también serán obligatorios los documentos tipo adoptados por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente- o quien haga sus veces, conforme al parágrafo 7 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 o las normas que lo modifiquen o sustituyan.”[[11]](#footnote-12)

 Conforme a lo expuesto en el pliego de modificaciones al proyecto de Ley, la adición del articulado en mención tiene como fin “Extender la *obligatoriedad de la aplicación del régimen de contratación estatal y pliegos tipo, cuando se celebran convenios interadministrativos* con una entidad que tiene régimen de contratación privada *con el fin de evitar la contratación directa con recursos del estado y proveer de mayores garantías al proceso*”[[12]](#footnote-13) (énfasis fuera de texto).En ese orden de ideas, es claro que la incorporación de este articulado por parte del legislador tiene como fin principal que las entidades sometidas al EGCAP, obligadas a aplicar pliego tipo, lo realicen también cuando celebran convenios interadministrativos con entidades o personas cuyo régimen de contratación es el privado y así proveer de mayor garantías al Proceso de Contratación, sin que por ello se piense que su fin es evitar o eliminar este tipo de contratación, pues lo que se busca es evitar la contratación directa con recursos del Estado en el marco de dichos convenios.

 Sin embargo, para segunda ponencia del Senado[[13]](#footnote-14) se propuso eliminar el artículo en mención con motivo a la inconveniencia que podría generar en su aplicación, aceptándose su eliminación. No obstante, para Plenaria de Senado se propuso un nuevo artículo para su trámite ante la Cámara de Representantes, que dispone lo siguiente:

“ARTÍCULO 62 (NUEVO). APLICACIÓN DE LOS DOCUMENTOS TIPO A ENTIDADES DE RÉGIMEN ESPECIAL. Para la adquisición de bienes, obras o servicios, las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública que celebren contratos o convenios interadministrativos o de cualquier otra índole, con otra Entidad Estatal o con patrimonios autónomos o con personas naturales o jurídicas de derecho privado, cuyo régimen de contratación sea especial o de derecho privado, deberán aplicar los documentos tipo adoptados por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente o quien haga sus veces, conforme al parágrafo 7 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 o las normas que lo modifiquen o sustituyan. Los procedimientos de selección y los contratos que realicen en desarrollo de los anteriores negocios jurídicos, donde apliquen los documentos tipo se regirán por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.”

Parágrafo: Se exceptúan del presente artículo las Universidades, las empresas sociales del estado, las sociedades de economía mixta y las empresas industriales y comerciales del Estado en cuanto a las actividades propias del servicio que prestan o de su objeto social. En estas entidades se fomentará como buena práctica la aplicación de los pliegos tipo.” [[14]](#footnote-15)

 La mencionada disposición pasó el debate en Cámara de Representantes con algunos ajustes en la redacción del artículo[[15]](#footnote-16), pero manteniendo su fin principal, y esto es, que los documentos tipo deban ser aplicados en general por todas las entidades sometidas al EGCAP, independientemente de la celebración de contratos o convenios interadministrativos o de cualquier otra índole, con entidades estatales exceptuadas o con régimen especial de contratación, patrimonios autónomos o particulares. Consecuentemente, fue aprobada su redacción en conciliación del texto en ambas cámaras[[16]](#footnote-17) prescribiendo la redacción de la norma hoy día vigente, en los siguientes términos:

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

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

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

 Las implicaciones del texto conforme al cual fue expedida esta norma son variadas y se presentan en múltiples ámbitos de la actividad contractual de las entidades estatales y sujetos de derecho privado mencionados en la norma, que, como consecuencia de la entrada en vigor de la disposición en cita, se ven afectados de diferentes maneras. Es por esto por lo que se hace necesario realizar una interpretación adecuada de esta disposición, orientada a precisar sus efectos respecto de diferentes sujetos mencionados en su texto, lo cual exige detenerse a analizar ciertos aspectos que, a juicio de esta Agencia, resultan indispensables para determinar el verdadero alcance de la norma bajo estudio, a lo cual se procede a continuación.

 Como se desprende de la frase inicial de la norma citada, es claro que el primer y principal mandato de la norma únicamente se encuentra dirigido a las entidades estatales sometidas al EGCAP, para que, en la adquisición de bienes, obras o servicios, apliquen los documentos tipo expedidos por esta Agencia, cuando celebren contratos o convenios interadministrativos o de cualquier otra índole con otra Entidad Estatal, o con patrimonios autónomos o con personas naturales o jurídicas, cuyo régimen de contratación sea especial o de derecho privado. En ese sentido, el primer inciso de la norma reafirma el deber de las entidades sometidas al EGCAP de aplicar los documentos tipo.

 De acuerdo con lo anterior, el artículo 56 de la Ley 2195 de 2022, en principio, se presenta como una norma que complementa al parágrafo 7 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, modificado por la Ley 2022 de 2020, que establece el mandato de aplicación obligatoria de los documentos tipo para las entidades sometidas al EGCAP cuando celebren contratos o convenios interadministrativos o de cualquier otra índole, y en el marco de la regla de interpretación de la Ley por contexto, conforme al criterio interpretativo del artículo 30 del Código Civil, “Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto” y de una interpretación sobre la extensión de una Ley, consagrada en el artículo 31 del Código Civil, “Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación. La extensión que deba darse a toda ley se determinará por su genuino sentido, y según las reglas de interpretación precedentes”, desde esta perspectiva, no pudiera pensarse entonces que se extiende la aplicación a particulares y a entidades con régimen de contratación especial la obligatoriedad de adelantar procesos de selección y suscribir contratos sometidos al EGCAP, puesto que el texto de la Ley 2022 de 2020 establece con claridad la regla de aplicación obligatoria de los documentos tipo en los procesos de contratación adelantados por las entidades estatales regidas por el EGCAP, es decir, la obligatoriedad de utilizar documentos pliego tipo se extiende en los convenios o contratos interadministrativos o de cualquier otra índole, ya las diferentes modalidades de selección de los Procesos de Contratación adelantados por entidades sometidas al EGCAP.

 Antes de la expedición del artículo 56 *ibídem*, la Ley 2022 de 2020 ya había establecido el mandato de aplicación obligatoria de los documentos tipo para las entidades estatales sometidas al EGCAP, atribuyendo a esta Agencia la competencia para expedirlos. Esta norma imperativa debía observarse siempre y cuando el objeto contratar este cobijado por algún documento tipo vigente, no obstante, si la Entidad Estatal optaba bajo la modalidad de selección de contratación directa, celebrar convenios o contratos interadministrativos, o de cualquier otra índole, con entidades con regímenes especiales o de derecho privado era un asunto que escapaba del ámbito de aplicación de lo establecido por la Ley 2022 de 2020, incluso tratándose de obras o servicios para cuya contratación le fuese aplicable los documentos tipo vigentes.

 Ahora, con la entrada en vigencia del artículo 56 de la Ley 2195 de 2022, la aplicación de documentos pliego tipo resulta ser obligatoria cuando la Entidad Estatal opta por celebrar convenios o contratos interadministrativos, o de cualquier otra índole, sin que por ello implique que las entidades de regímenes especiales de contratación, patrimonios autónomos o personas naturales o jurídicas de derecho privado se las haya habilitado legalmente para que apliquen documentos pliego tipo en su contratación privada, por cuanto, la norma parte de la premisa fundamental de que la aplicación de estos solo es procedente para entidades cuyo régimen contractual corresponde al EGCAP. Esto en la medida en que, el parágrafo 7 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, modificado por la Ley 2022 de 2020, solo se refiere a la obligación de aplicar los documentos tipo en los procesos de contratación que adelanten las entidades sometidas al EGCAP.

Esta Agencia ha considerado, como se mencionó en precedencia que el artículo 56 de la Ley 2195 de 2022 surge como una disposición complementaria de la Ley 2022 de 2020, en la medida en que la norma busca extender la aplicación obligatoria de los documentos tipo para las entidades regidas por EGCAP cuando celebren contratos o convenios interadministrativos o de otra índole, por lo tanto, ante la presencia de estos negocios jurídicos que, antes de la expedición de la norma en comento, estaban relevados de aplicar los documentos tipo, debido a la existencia de disposiciones como la contenida en el inciso 2 del literal c) del artículo 2-4 de la Ley 1150 de 2007[[17]](#footnote-18), ahora deberán tenerse en cuenta las siguientes reglas: i) *en el caso de los convenios interadministrativos o de cualquier otra índole:* la obligación de llevar a cabo la selección de los Procesos de Contratación y celebrar los respectivos contratos para adquirir aquellas obras o servicios para cuya contratación le fuese aplicable los documentos tipo vigentes y que deban contratarse en el marco del convenio, deberán ser adelantados por la entidad sometida al EGCAP; y, ii) *en el caso de los contratos interadministrativos* *o de cualquier otra índole*: iimplica que si las entidades estatales exceptuadas, los patrimonios autónomos y las personas naturales o jurídicas de derecho privado pretenden ser adjudicatarias de estos contratos, deben someterse a un proceso de selección en el que se apliquen documentos tipo expedidos por esta Agencia a cargo de la entidad sometida al EGCAP.

 El segundo inciso de la norma bajo estudio usa la expresión “los procedimientos de selección y *contratos que realicen en desarrollo de los anteriores negocios jurídicos*” se pudiera entender que alude a los negocios jurídicos descritos en el primer inciso, es decir, aquellos a través de los cuales una Entidad Estatal sometida al EGCAP contrata o coopera con un sujeto de derecho privado –entidad exceptuada, patrimonio autónomo o persona natural o jurídica de derecho privado – en un objeto del que se desprende el suministro de un bien, obra o servicio cobijada por un documento tipo. En ese sentido, la norma parte de la base de que para *desarrollar* tales negocios jurídicos la Entidad Estatal sometida necesariamente debe adelantar un procedimiento de selección y suscribir un contrato elevado a escrito, lo que, en atención al artículo 56 deberá hacerlo aplicando documentos tipo y con sujeción al EGCAP.

 Sobre esto es necesario considerar que, las entidades sometidas al EGCAP, por lo general, se encuentran obligadas a agotar un procedimiento de selección conforme las normas aplicables para celebrar contratos estatales, a diferencia de los negocios jurídicos regidos por el derecho privado, los cuales, generalmente, se perfeccionan con el acuerdo de voluntades, salvo que la ley exija alguna solemnidad adicional

 . De esto se desprende que el propósito del legislador con la expedición de la norma objeto de consulta, es que las entidades estatales que tienen como régimen contractual el EGCAP no puedan eludir su aplicación, ni la de los documentos tipo que resulten obligatorios, celebrando convenios o contratos con entidades exceptuadas o particulares sometidos al derecho privado, haciendo prevalecer el régimen de las entidades no sometidas, con el fin inaplicar los documentos tipo y el EGCAP.

 Por tanto, el hecho de que la norma esté dirigida a las entidades sometidas al EGCAP, , no tiene otro fin más que el de indicar que la obligación de emplear los documentos pliego tipo en el marco de un contrato o convenio interadministrativo, o de cualquier otra índole, recae sobre la misma, pues sólo así puede garantizarse que el mandato imperativo dispuesto en el literal segundo del artículo en cita, tenga un efecto jurídico, pues estas entidades deben realizar procesos de selección y celebrar contratos con sujeción al EGCAP, requerido para la aplicación de documentos pliego tipo en virtud de lo regulado en al parágrafo 7 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, modificado por la Ley 2022 de 2020.

**2.3.Aplicación prevalente del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública en los contratos celebrados con entidades exceptuadas. Aparente tensión con el literal c) del artículo 2, numeral 4, de la Ley 1150 de 2007 Reiteración**

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

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

 En efecto, tratándose de disposiciones de igual jerarquía normativa[[18]](#footnote-19) –ambas son leyes ordinarias–, que coinciden en su ámbito de aplicación, debe colegirse que, en lo que respecta al régimen aplicable a los contratos con entidades exceptuadas ejecutoras de contratos o convenios interadministrativos, que desarrollen su actividad en competencia con el sector privado, el artículo 56 de la Ley 2195 de 2022 supuso una modificación tácita del artículo 2, numeral 4, literal c), de la Ley 1150 de 2007.

 En tales términos, de lo analizado hasta aquí es posible concluir que el efecto principal de la norma bajo estudio es la ampliación de los documentos tipo, al hacerlos obligatorios frente unos sujetos que, en principio, de acuerdo con la Ley 2022 de 2020 y el literal c) del numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, no estarían sometidos a esos documentos. Para complementar esta medida, la disposición además hace extensiva la aplicación del EGCAP a estos sujetos que, en virtud de su naturaleza jurídica, tienen, como regla general, un régimen de contratación diferente, tales como las entidades exceptuadas, los patrimonios autónomos y las personas naturales y jurídicas de derecho privado, a los que expresamente hace alusión el artículo 56. De esta forma, independientemente de que el inciso tercero del literal c) del artículo 2, numeral 4, de la Ley 1150 de 2007 parezca indicar que se debe aplicar el derecho privado, por ser este el régimen que por regla general aplica la entidad ejecutora, tratándose de objetos cobijados por documentos tipo, los mismos deberán ser contratados aplicando tales pliegos tipo y las disposiciones del EGCAP, por efecto del artículo 56 de la Ley 2195 de 2022.

 Conforme a lo explicado en el acápite anterior, de la lectura conjunta de los incisos primero y segundo se desprende que estos introducen un mandato dirigido a que las entidades sometidas al EGCAP apliquen los documentos tipo en los contratos o convenios que suscriban con los mencionados sujetos de régimen de derecho privado para la adquisición de bienes, obras y servicios, en los casos en los que el objeto contractual que se pretende contratar esté sometido a algún documento tipo, esto implica que si las entidades estatales exceptuadas pretenden ser adjudicatarias de estos contratos, deben someterse a un proceso de selección en el que se apliquen documentos tipo expedidos por esta Agencia a cargo de la entidad sometida al EGCAP

**2.4. Excepciones a la aplicación del artículo 56 de la Ley 2195 de 2022. Alcance de la expresión *“giro ordinario”* contenida en el parágrafo de la norma. Reiteración.**

De otra parte, es necesario precisar el alcance del parágrafo del artículo 56 de la Ley 2195 de 2022 y lo dispuesto en los dos primeros incisos del mencionado artículo, del cual se excluye, a cierto tipo de entidades, en lo relacionado con la contratación de su *giro ordinario*. Conforme se desprende del texto del referido parágrafo, se exceptúa de lo señalado en los dos primeros incisos a: i) las instituciones de educación superior públicas, ii) las empresas sociales del Estado, iii) las sociedades de economía mixta y iv) las empresas industriales y comerciales del Estado, únicamente, en la contratación relacionada con el *giro ordinario.* Esto significa que, en la contratación asociada a su *giro ordinario,* estos tipos de entidades no tendrían que aplicar, de manera obligatoria, los documentos tipo, ni tampoco el EGCAP. es decir, si entidades estatales exceptuadas pretenden ser adjudicatarias de estos contratos, no deben someterse a un proceso de selección en el que se apliquen documentos tipo expedidos por esta Agencia. En este caso la norma se limita a fomentar la implementación de documentos tipo a modo de buena práctica contractual, en los casos en los que se estime conveniente.

 Ahora, es importante tener en cuenta que cuando la norma se refiere a la contratación del *giro ordinario*, emplea un concepto jurídico indeterminado[[19]](#footnote-20). Un concepto adquiere esta denominación en el Derecho cuando se trata de un enunciado que goza de vaguedad y que debe materializarse en cada caso, atendiendo a las técnicas de la interpretación jurídica. De igual forma, se trata de un concepto para cuya concreción las entidades estatales gozan de cierto margen de apreciación en su aplicación, pero deben respetar los límites previstos en las normas de orden público. Por ejemplo, no podrán considerar que cualquier contrato que celebren hace parte del giro ordinario de sus negocios.

La Corte Constitucional[[20]](#footnote-21) también ha reconocido que el Congreso de la República, dentro de su libertad de configuración legislativa, puede emplear este tipo de conceptos, que se caracterizan por tener un cierto halo de incertidumbre en su interpretación, quedando referida su determinación concreta a la actividad de los operadores jurídicos. Aunque, como se indicó, la expresión giro ordinario de los negocios es un concepto jurídico indeterminado, el Consejo de Estado ha tenido la oportunidad de pronunciarse en distintas ocasiones sobre su alcance, estableciendo algunos criterios de interpretación. En su momento, en relación con el alcance de la expresión *giro ordinario* incluida en la redacción original del parágrafo 1° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993[[21]](#footnote-22), la Sección Tercera manifestó lo siguiente:

“[E]l giro ordinario de las actividades de una sociedad comercial no sólo comprende aquello que define en forma concreta su objeto social, sino todos los actos directamente relacionados con el mismo, lo que denota que entre éstos y aquéllas debe existir una relación de necesidad que los hace parte en el objeto de la sociedad. Siendo así las cosas, resulta que el concepto “giro ordinario de las actividades” […], hace relación tanto a las actividades o negocios realizados en cumplimiento del objeto social o de las funciones principales, expresamente definidas por la Ley, como también a todo aquello que es conexo con ellas y que se realiza para desarrollar la función principal, estableciéndose entre estos una relación de medio a fin, estrecha y complementaria”[[22]](#footnote-23).

 En el mismo sentido se pronunció recientemente el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo, reiterando las anteriores consideraciones, al expresar que el concepto de *“giro ordinario de los negocios”* se refiere a aquellas actividades compatibles con el objeto social, funciones previstas en la ley, o en las normas de creación y en sus estatutos internos de las personas[[23]](#footnote-24) y la doctrina societaria[[24]](#footnote-25).

 Conforme con lo expresado, el *giro ordinario* involucra los asuntos que integran el desarrollo del objeto social de una sociedad comercial, una empresa o entidad pública, lo cual comprende tanto unas actividades directamente relacionadas con dicho objeto social, así como otros actos conexos al mismo. Esta interpretación, en principio, es coherente con la regulación de la capacidad de las sociedades comerciales establecida en el Código de Comercio, cuyo artículo 99 dispone que “[S]e entenderán incluidos en el objeto social los actos directamente relacionados con el mismo y los que tengan como finalidad ejercer los derechos o cumplir las obligaciones, legal o convencionalmente derivados de la existencia y actividad de la sociedad.”[[25]](#footnote-26)

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

Esto impide que la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, en sede consultiva, pueda determinar, con un criterio universal y absoluto, qué actividades específicas hacen parte del giro ordinario de los negocios de dichas entidades y cuáles escapan de este, pues, como se indicó, al explicar la naturaleza de los conceptos jurídicos indeterminados, la concreción del alcance de la expresión *giro ordinario* debe hacerse en el caso concreto, empleando un criterio de interpretación restrictiva. Ello en la medida en que el parágrafo del artículo 56 consagra una excepción a una regla general.

 Esta interpretación, a juicio de la Agencia, se desprende de la literalidad del texto de la norma en comento, además, está en armonía con la voluntad del órgano legislativo. Al respecto se estima que, si bien es cierto que entre los propósitos del artículo es la aplicación de pliegos tipo en convenios o contratos interadministrativos o de cualquier otra índole–a través de las cuales se podría estar eludiendo la aplicación de documentos tipo[[26]](#footnote-27)–, no es menos cierto que el Legislador, en materia de contratación estatal, goza de un amplio margen de configuración normativa, de conformidad con lo dispuesto en el inciso final del artículo 150 de la Constitución Política[[27]](#footnote-28). En ese sentido, en virtud de esta potestad de configuración normativa, resulta perfectamente válido que se establezca una regla general y unas excepciones, como se hace, por ejemplo, en el artículo 56 de la Ley 2195 de 2022, en el que se consagra un mandato general en los primeros dos incisos, y una excepción en el parágrafo, A esto se suma el hecho de que el parágrafo bajo estudio es una norma restrictiva, por lo que, en virtud de dicho carácter, amerita una interpretación apegada a lo que literalmente se desprende del texto. Lo anterior en virtud del criterio de interpretación sobre la extensión de una Ley contemplada en el artículo 31 del Código civil, según la cual: “Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación (…)”. En ese mismo sentido, el Consejo de Estado, indicó “[…] de conformidad con la jurisprudencia uniforme y reiterada de esta Corporación, la aplicación de las normas que contemplan […] prohibiciones o limitaciones, deben responder a una interpretación restrictiva que no permite su extensión, por vía de la figura de la analogía, a supuestos no contemplados por el ordenamiento”[[28]](#footnote-29).

A criterio de esta Agencia, lo dispuesto en el parágrafo del artículo 56 de la Ley 2195 de 2022 es una manifestación de la voluntad del Legislador de relevar de la aplicación obligatoria de pliegos tipo en convenios o contratos interadministrativos, o de cualquier otra índole, con instituciones de educación superior públicas, las empresas sociales del Estado, las sociedades de economía mixta y las empresas industriales y comerciales del Estado, únicamente en lo que tiene que ver con su *giro ordinario*. Esto significa que, cuando Entidad Estatal sometida al EGCAP pretenda celebrar un contrato o convenio para la adquisición de bienes, obras o servicios con alguno de los tipos entidades mencionadas en el parágrafo de la norma, que se enmarque dentro del giro ordinario de la entidad exceptuada, eventualmente, el respectivo contrato podrá sujetarse a normas de derecho privado –de cumplirse los presupuestos del inciso tercero del literal c) del artículo 2-4 de la Ley 1150 de 2007–, sin importar si el objeto se encuentra cobijado por documentos tipo, los cuales tampoco resultaran de aplicación forzosa en ese caso.

En conclusión, no deberá entonces, en estos casos, la entidad sometida al EGCAP reservarse la obligación de llevar a cabo la selección de los Procesos de Contratación y celebrar los respectivos contratos para adquirir aquellas de obras o servicios para cuya contratación le fuese aplicable los documentos tipo vigentes, que deban contratarse en el marco de un convenio interadministrativo, y tampoco es necesario que las instituciones de educación superior públicas, las empresas sociales del Estado, las sociedades de economía mixta y las empresas industriales y comerciales del Estado, que pretenden ser adjudicatarias de contratos que versen únicamente, en la contratación relacionada con su *giro ordinario*, no deberán someterse a un proceso de selección en el que se apliquen documentos tipo expedidos por esta Agencia a cargo de la entidad sometida al EGCAP. Por el contrario, si el objeto contractual se encuentra por fuera del giro ordinario de la entidad ejecutora, y el objeto se encuentra dentro del ámbito de aplicación de algún documento tipo, la aplicación del mismo en conjunto con el EGCAP resultan de obligatoria observancia, al no quedar dicho supuesto cobijado por el parágrafo.

**2.5****. Efectos del artículo 56 de la Ley 2195 respecto de la subcontratación realizada por entidades estatales exceptuadas, patrimonios autónomos, personas naturales o jurídicas que sean contratistas del Estado. Reiteración.**

Conforme a la postura hermenéutica explicada en el presente concepto, el mandato de aplicación de los documentos tipo contenido en el artículo 56 de la Ley 2195 de 2022 está dirigido, en primera medida, a las entidades sometidas al EGCAP, particularmente, a los negocios jurídicos que para la adquisición de bienes, obras o servicios celebren con otras entidades estatales exceptuadas, patrimonios autónomos, personas naturales o jurídicas de derecho privado. Por lo tanto, es posible afirmar que los efectos de la norma se proyectan a los negocios jurídicos descritos en el primer inciso, comoquiera que la norma no alude a procesos de selección o contratos diferentes de los requeridos para perfeccionar el negocio jurídico entre la Entidad Estatal sometida al EGCAP y el respectivo sujeto derecho privado.

 Ahora bien, respecto de la subcontratación debe indicarse que, aunque en materia de contratación estatal hay algunas referencias a esta institución en las Leyes 80 de 1993[[29]](#footnote-30) y 1150 de 2007[[30]](#footnote-31) y en el Decreto 1082 de 2015[[31]](#footnote-32), el ordenamiento jurídico adolece de una disposición legal que brinde una definición de subcontratación. Sin embargo, la jurisprudencia y la doctrina se han encargado de estudiar y analizar la naturaleza de esta figura y han construido los elementos y características propias de la subcontratación. Por un lado, la doctrina ha señalado que “La subcontratación supone la celebración de un contrato eventual y accesorio, entre un contratista del Estado y un tercero, sin que aquel tenga el deber, por regla general, de agotar un previo procedimiento de selección, por medio del cual el segundo sustituye parcial y materialmente al primero, quien conserva la dirección general del proyecto y es responsable ante la Entidad Estatal contratante por el cumplimiento íntegro de las obligaciones derivadas del contrato adjudicado”[[32]](#footnote-33). En el ámbito internacional se ha entendido a la subcontratación como “La práctica mercantil de organización productiva en virtud de la cual el contratista o subcontratista encarga a otro subcontratista o trabajador autónomo parte de lo que a él se le ha encomendado”[[33]](#footnote-34). En el marco de esta figura, se define el nivel de subcontratación como “Cada uno de los escalones en que se estructura el proceso de subcontratación que se desarrolla para la ejecución de la totalidad o parte de la obra asumida contractualmente por el contratista con el promotor”[[34]](#footnote-35).

De lo expuesto se resaltan como características esenciales de la subcontratación las siguientes: i) es un contrato eventual, en la medida en que depende de una regulación previa a su celebración en el pliego de condiciones o en el contrato estatal, ii) es un contrato accesorio, pues asegura el cumplimiento de la obligación principal, iii) la relación jurídica que surge entre el contratista del estado y el tercero es independiente y autónoma de la entidad contratante, iv) la sustitución es parcial, lo que significa que no podrán subcontratar la ejecución total del contrato principal y vi) la sustitución es material y no jurídica, por lo tanto, no relevará al contratista del estado de las responsabilidades emanadas del contrato principal.

Teniendo en cuenta lo expuesto, la subcontratación supone la celebración de un contrato eventual y accesorio, entre un contratista del Estado y un tercero, sin que aquel tenga el deber, por regla general, de agotar un procedimiento previo de selección, y por medio del cual el segundo sustituye parcial y materialmente al primero, quien conserva la dirección general del proyecto y es responsable ante la Entidad Estatal contratante por el cumplimiento íntegro de las obligaciones derivadas del contrato adjudicado. Así mismo, la subcontratación es un mecanismo de ejecución de un proyecto que obedece a la autonomía técnica y administrativa con la cual el contratista desarrolla su modelo de negocio.

Con base en estos elementos, debe tenerse en cuenta que la situación de los subcontratistas no hace parte de aquella circunstancia que quiso regular el artículo objeto de estudio. El propósito del legislador con la expedición de la norma objeto de consulta, tal como se ha explicado, es que las entidades estatales que tienen como régimen contractual el EGCAP no puedan eludir su aplicación, ni la de los documentos tipo que resulten obligatorios, celebrando convenios o contratos con entidades exceptuadas o particulares sometidos al derecho privado. No obstante, la norma solo se refiere a los negocios jurídicos suscritos entre la entidad sometida al régimen general de contratación pública con el respectivo sujeto de derecho privado, sin mencionar en ningún momento a los subcontratos o la contratación derivada de aquellos. Tampoco se observa que la norma aprobada faculte a los mencionados sujetos de derecho privado a fungir como entidades estatales en estos subcontratos, ejerciendo potestades unilaterales o exorbitantes.

 Conforme a lo expuesto, estando planteados los efectos de la norma en tales términos, no es posible afirmar que la consecuencia jurídica de la misma respecto de los sujetos de derecho privado que menciona corresponda a un mandato de aplicar documentos tipo y/o el EGCAP en la contratación derivada o en la subcontratación, por cuanto tales efectos no se desprenden del texto de la norma. Lo anterior por cuanto la norma se refiere exclusivamente a un negocio jurídico en particular, al igual que al proceso de selección y el contrato estatal que hacen falta para concretarlo, sin que resulte posible extender los efectos de la norma más allá de lo que la misma norma consagra, en atención a la regla interpretativa sobre la extensión de una Ley previamente explicada[[35]](#footnote-36).

**2.6. Análisis de la aplicación del artículo 56 de la Ley 2195 de 2022 a los patrimonios autónomos constituidos en virtud de contratos de fiducia mercantil**

Esta Subdirección, en Concepto con radicado No. 2201913000008612 del 19 de noviembre de 2019, indicó que el Código de Comercio define el contrato de fiducia mercantil en su artículo 1226, estableciendo como elementos característicos del negocio jurídico: i) la existencia de al menos dos sujetos: fiduciante y fiduciario y ii) la transferencia de los bienes fideicomitidos, con el siguiente tenor:

“La fiducia mercantil es un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario.

Una persona puede ser al mismo tiempo fiduciante y beneficiario.

Solo los establecimientos de crédito y las sociedades fiduciarias, especialmente autorizados por la Superintendencia Bancaria, podrán tener la calidad de fiduciarios.”

De la jurisprudencia constitucional se entiende que las entidades estatales pueden suscribir contratos de fiducia mercantil. Sin embargo, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto del 4 de marzo de 1998, consideró que la Ley 80 de 1993 tiene como objetivo restringir los negocios fiduciarios que pueden celebrar los entes públicos, y por ello, a pesar de que el contrato de fiducia pública es diferente al de fiducia mercantil, la constitución de patrimonios autónomos por parte de entidades estatales solamente debe darse en virtud de una autorización legal, como es el caso de los procesos de titularización de activos e inversiones, tal como lo autoriza expresamente el parágrafo 2 del artículo 41 de la Ley 80 de 1993[[36]](#footnote-37).

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente comparte esta posición, y por tanto considera que la constitución de patrimonios autónomos, por parte de entidades estatales solo puede darse en virtud de una disposición legal expresa. En efecto, en respuesta a la consulta con radicado No. 4201912000004359 y con radicado de salida No. 2201913000005645 del 8 de agosto de 2019, esta Agencia manifestó que: “Es posible que una Entidad Estatal celebre un contrato de fiducia mercantil y con él se constituya un patrimonio autónomo, siempre que una norma especial lo autorice. Esta fiducia mercantil es diferente a la fiducia pública definida en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y se rige por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en los aspectos particularmente regulados en la Ley 80 de 1993”.

Por ello, debe destacarse que en caso de que no exista norma que autorice la fiducia mercantil, se está ante un negocio fiduciario que –en el ámbito de aplicación del EGCAP– debe respetar lo establecido por el numeral 5 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que entre sus reglas dispone: “La fiducia que se autoriza para el sector público en esta ley, nunca implicará transferencia de dominio sobre bienes o recursos estatales, ni constituirá patrimonio autónomo del propio de la respectiva entidad oficial, sin perjuicio de las responsabilidades propias del ordenador del gasto” y “Los actos y contratos que se realicen en desarrollo de un contrato de fiducia pública o encargo fiduciario cumplirán estrictamente con las normas previstas en este estatuto, así como con las disposiciones fiscales, presupuestales, de interventoría y de control a las cuales esté sujeta la Entidad Estatal fideicomitente”.

La Ley 80 de 1993 permite realizar negocios fiduciarios, siempre que tengan por objeto la administración o el manejo de los recursos vinculados a los contratos estatales. Además, la Sala Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto del 4 de marzo de 1998, antes citado, también señaló otras características del negocio fiduciario que pueden celebrar autónomamente las entidades estatales, que no son otras que las del Estatuto General de Contratación y en forma supletiva el Código de Comercio[[37]](#footnote-38).

Ahora bien, en la medida que en la consulta realizada por Usted, trata de si los patrimonios autónomos constituidos por entidades estatales y que gestionan recursos públicos, les es aplicable o no los pliegos tipo adoptados por la Agencia Nacional de Contratación Pública para los objetos contractuales que sean cobijados por aquellos, en virtud de lo establecido en el artículo 56 de la Ley 2195 de 2022, es pertinente indicar que, conforme a lo expuesto, el cambio normativo que supone el artículo comprende únicamente la aplicación obligatoria de los documentos tipo en los convenios o contratos que celebren las entidades estatales regidas por el EGCAP con fiduciarias que administren patrimonios autónomos, al no estar estos últimos excluidos como entidades exceptuadas en el parágrafo de la mencionada norma, esto significa que, en virtud de lo dispuesto en los incisos primero y segundo del artículo 56 *ejusdem,* estarán obligadas a aplicar el EGCAP para la contratación derivada de obras, bienes, obras o servicios, siempre que exista documento tipo en el sector en el que se adelanta la contratación conforme a las siguientes reglas:

 i) *en el caso de los convenios interadministrativos:* que suscriba con una Entidad Estatal sometida al EGCAP, esta última tendrá la obligación de llevar a cabo la selección de los Procesos de Contratación y celebrar los respectivos contratos para adquirir aquellas obras o servicios para cuya contratación le fuese aplicable los documentos tipo vigentes y que deban contratarse en el marco del convenio, independientemente de las demás actividades que en el marco de este se le encarguen a la fiduciaria que administra el mencionado patrimonio autónomo en virtud de la colaboración que realizan para aunar esfuerzos y conseguir los fines pretendidos con el convenio, bajo su propio régimen, esto es el derecho privado; y,

 ii) *en el caso de los contratos interadministrativos* *o de cualquier otra índole*: implica que si la fiduciaria que administra el patrimonio autónomo pretende celebrar un contrato con una Entidad Estatal sometida al EGCAP, y pretende ser adjudicatario de un contrato cuyo único objeto este cubierto por un documento de pliego tipo vigente expedidos por esta Agencia, deberá someterse a un proceso de selección en el que se apliquen estos documentos tipo a cargo de la entidad sometida al EGCAP, caso contrario, si el objeto contractual pretendido a ejecutarse con la fiducia que administra el patrimonio autónomo pretende la ejecución de otro objeto contractual, procede la aplicación de la modalidad de selección pertinente previstas en el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007. En todo caso, debe advertirse que en ambos supuestos la fiducia que administra el patrimonio autónomo mantendrá su régimen contractual durante la ejecución del convenio o contrato, conforme lo expuesto en este concepto.

**3. Respuesta**

“a. En la gestión contractual desarrollada por los patrimonios autónomos constituidos por entidades estatales y que gestionan recursos públicos, ¿les es aplicable los pliegos tipo adoptados por la Agencia Nacional de Contratación Pública para los objetos contractuales cobijados por dichos pliegos?

b. En caso de ser afirmativa la respuesta anterior:

- ¿Debería darse aplicación del EGCAP en el desarrollo de dichos contratos en sus diferentes etapas?

- La Fiduciaria que administra el patrimonio autónomo, ¿estaría facultada para ejercer las funciones administrativas propias del EGCP?

- ¿Cuál es el alcance de la expresión *“Los procedimientos de selección y los contratos que realicen en desarrollo de los anteriores negocios jurídicos, donde apliquen los documentos tipo se regirán por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”,* indicado en el inciso segundo del artículo 56 de la ley en comento, respecto de la gestión contractual de los patrimonios autónomos cuyo régimen corresponde al derecho privado y que administran recursos públicos?” (sic)

Conforme lo expuesto a lo largo del presente concepto, los documentos tipo expedidos por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente– son de aplicación obligatoria para las entidades estatales sometidas al EGCAP. En ese sentido, con la entrada en vigencia del artículo 56 de la Ley 2195 de 2022, la aplicación de documentos pliego tipo resulta ser obligatoria también cuando la Entidad Estatal opta por celebrar convenios o contratos interadministrativos, o de cualquier otra índole, comoquiera que sus efectos suponen que la celebración de tales negocios jurídicos no puedan ser un mecanismo para eludir la aplicación de los documentos tipo y las normas de contratación pública.

 Estima la Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente– que solo es posible comprender lo verdaderos efectos de la norma bajo estudio interpretando de manera conjunta en los diferentes apartes el artículo 56 de la Ley 2195 de 2020. Esto comoquiera que, lo ordenado por el segundo inciso de la norma, en referencia a los procedimientos de selección y contratos que deban celebrarse en desarrollo de los negocios jurídicos alude a los descritos en el primer inciso, es decir, aquellos a través de los cuales una Entidad Estatal sometida al EGCAP contrata a un sujeto de derecho privado –entidad exceptuada, patrimonio autónomo o persona natural o jurídica de derecho privado – con un objeto del que se deprende el suministro de un bien, obra o servicio cobijado por un documentos tipo. En ese sentido, la norma parte de la base de que para *desarrollar* tales negocios jurídicos la Entidad Estatal sometida, necesariamente debe adelantar un procedimiento de selección y suscribir un contrato elevado a escrito, lo que, en atención al artículo 56 deberá hacer aplicando documentos tipo y con sujeción al EGCAP.

Es por esto por lo que, el artículo 56 de la Ley 2195 de 2022 emerge como una disposición complementaria de la Ley 2022 de 2020, en la medida en que la norma busca extender la aplicación obligatoria de los documentos tipo a la celebración de contratos o convenios interadministrativos entre entidades regidas por EGCAP y otros sujetos cuyo régimen de contratación prevalente es el derecho privado, como lo son los patrimonios autónomos. De acuerdo con la norma en comento, cuando una Entidad Estatal regida por el EGCAP celebre contratos o convenios de cualquier índole, con fiducias que administran patrimonios autónomos, debe hacerlo aplicando los documentos tipo.

Ahora bien, respecto de la aplicación del EGCAP por parte de entidades exceptuadas y particulares, es necesario recalcar que, conforme al criterio expuesto en este concepto, la disposición materia de estudio no contempla que las entidades exceptuadas y los particulares en sus negocios jurídicos apliquen documento tipo y, en consecuencia, tampoco el EGCAP, dado que el mandato está dado para las entidades sometidas. Esto significa que la aplicación del EGCAP solo será forzosa para las entidades sometidas a aquel cuando existe un documento tipo que contempla bienes, obras y servicios dentro de las que se subsume la actividad a contratar con la entidad de régimen especial, patrimonio autónomo o particular conforme a las reglas expuestas en este concepto.

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y las expresiones aquí utilizadas con mayúscula inicial deben ser entendidas con el significado que les otorga el artículo 2.2.1.1.1.3.1. del Decreto 1082 de 2015.

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró:  | Any Alejandra Tovar CastilloContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó | Alejandro Sarmiento CantilloGestor T1 ‒ 15 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó:  | Nohelia del Carmen Zawady PalacioSubdirectora de Gestión Contractual ANCP - CCE |

1. Expedido en respuesta a la Consulta con radicado No. 4201912000004359. [↑](#footnote-ref-2)
2. Expedido en respuesta a la Consulta con radicado No. 4201912000007305. [↑](#footnote-ref-3)
3. Estos conceptos pueden ser consultados en la Relatoría de esta Agencia en el siguiente Link: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos> [↑](#footnote-ref-4)
4. “Parágrafo 3. El Gobierno Nacional tendrá la facultad de estandarizar las condiciones generales de los pliegos de condiciones y los contratos de las entidades estatales, cuando se trate de la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización por parte de las entidades”. [↑](#footnote-ref-5)
5. Ley 1882 de 2018: “Artículo 4. El Gobierno nacional adoptará documentos tipo para los pliegos de condiciones de los procesos de selección de obras públicas, interventoría para las obras públicas, interventoría para consultoría de estudios y diseños para obras públicas, consultoría en ingeniería para obras, los cuales deberán ser utilizados por todas las entidades sometidas al Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública en los procesos de selección que adelanten. Dentro de los documentos tipo el Gobierno adoptará de manera general y con alcance obligatorio para todas las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, las condiciones habilitantes, así como los factores técnicos y económicos de escogencia, según corresponda a cada modalidad de selección y la ponderación precisa y detallada de los mismos, que deberán incluirse en los pliegos de condiciones, teniendo en cuenta la naturaleza y cuantía de los contratos. Para la adopción de esta reglamentación el Gobierno tendrá en cuenta las características propias de las regiones con el ánimo de promover el empleo local.

La facultad de adoptar documentos tipo la tendrá el Gobierno nacional, cuando lo considere necesario, en relación con otros contratos o procesos de selección.

Los pliegos tipo se adoptarán por categorías de acuerdo con la cuantía de la contratación, según la reglamentación que expida el Gobierno nacional”. [↑](#footnote-ref-6)
6. CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-119 de 2020. M.P. Alejandro Linares Cantillo. En dicha oportunidad se indicó que: “Encontró la Corte en el control abstracto de constitucionalidad, que de la norma no surge vulneración alguna de la autonomía de los entes territoriales, en cuanto que la estandarización se predica únicamente de los requisitos habilitantes y los criterios de escogencia, elementos propios del procedimiento de selección de contratistas, materia en la que existe reserva de ley, el Legislador goza de un amplio margen de configuración normativa y que no se encuentra atribuida a la regulación de las entidades territoriales. Resaltó que la norma cuestionada no interfiere en la facultad de las entidades territoriales para gestionar sus propios intereses, la que, en materia contractual, se predica particularmente de la identificación autónoma de sus necesidades y la configuración de los elementos del contrato”. [↑](#footnote-ref-7)
7. Ley 2022 de 2020: “**Artículo 1º.** Modifíquese el artículo 4º de la Ley 1882 de 2018, el cual quedará así:

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

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

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

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

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

En todo caso, serán de uso obligatorio los documentos tipo para los pliegos de condiciones de los procesos de selección de obras públicas, interventoría para las obras públicas interventoría para consultoría de estudios y diseños para obras públicas, consultoría en ingeniería para obras, que lleven a cabo todas las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en los términos fijados mediante la reglamentación correspondiente”. [↑](#footnote-ref-8)
8. CONGRESO DE LA REPÚBLICA., Gaceta legislativa No. 1249 de 4 de noviembre de 2020 – Senado. [↑](#footnote-ref-9)
9. CONGRESO DE LA REPÚBLICA., Gaceta legislativa No.1677 de 23 de noviembre de 2021 – Cámara de Representantes. [↑](#footnote-ref-10)
10. Intervención realizada por el subdirector de Gestión Contractual de la Agencia, en ese entonces, el abogado Jorge Tirado, que reposa en la gaceta legislativa No. 274 del 13 de abril de 2021 - Senado del Congreso de la República. [↑](#footnote-ref-11)
11. Ver articulado propuesto en el informe de ponencia para primer debate del Proyecto de Ley No. 341 de 2020del gaceta legislativa No. 274 del 13 de abril de 2021 - Senado del Congreso de la República. [↑](#footnote-ref-12)
12. Ver aparte de pliego de modificaciones en el informe de ponencia para primer debate del Proyecto de Ley No. 341 de 2020del gaceta legislativa No. 274 del 13 de abril de 2021 - Senado del Congreso de la República. [↑](#footnote-ref-13)
13. CONGRESO DE LA REPÚBLICA., Gaceta legislativa No. 1160 del 9 de septiembre de 2021- Senado. [↑](#footnote-ref-14)
14. CONGRESO DE LA REPÚBLICA., Gaceta legislativa No. 1589 del 9 de noviembre de 2021 – Senado. [↑](#footnote-ref-15)
15. Ver gacetas legislativas No. 1677 de 23 de noviembre de 2021, No. 1752 de 1 de diciembre de 2021 y No. 1828 del 14 de diciembre – Cámara de Representantes del Congreso de la República [↑](#footnote-ref-16)
16. CONGRESO DE LA REPÚBLICA., Gacetas legislativas No. 1860 y 1861 de 2021, de Cámara de Representantes y Senado, respectivamente. [↑](#footnote-ref-17)
17. “Artículo 2o. De las modalidades de selección. La escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa, con base en las siguientes reglas:

[…]

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

[…]

“C. […]

“Inciso 2o. modificado por el artículo [95](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1474_2011_pr002.html#95) de la Ley 1474 de 2011– En aquellos eventos en que el régimen aplicable a la contratación de la entidad ejecutora no sea el de la Ley [80](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0080_1993.html#1) de 1993, la ejecución de dichos contratos estará en todo caso sometida a esta ley, salvo que la entidad ejecutora desarrolle su actividad en competencia con el sector privado o cuando la ejecución del contrato interadministrativo tenga relación directa con el desarrollo de su actividad […]”.. [↑](#footnote-ref-18)
18. [↑](#footnote-ref-19)
19. Según García de Enterría: “Estos concepto jurídicos indeterminados, o que se contienen en lo que también se llaman las normas flexibles, son consustanciales a toda la técnica jurídica y no constituyen una particularidad del Derecho público […], son conceptos jurídicos indeterminados, en el sentido de que la medida concreta para la aplicación de los mismos en un caso particular no nos la resuelve o determina con exactitud la propia Ley que los ha creado y de cuya aplicación se trata”. (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo. 3ª ed. Madrid: Civitas, 1983. pp. 33-34). [↑](#footnote-ref-20)
20. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-382 de 2019, M.P. Alejandro Linares Cantillo. [↑](#footnote-ref-21)
21. La redacción original del parágrafo primero del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, incluía la expresión giro ordinario, la cual servía de elemento calificante para la determinación del régimen aplicable a los contratos de los establecimientos de crédito público, las compañías de seguros y las demás entidades financieras públicas. Dicho parágrafo establecía “Sin perjuicio de lo dispuesto en esta ley sobre fiducia y encargo fiduciario, los contratos que celebren los establecimientos de crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal, que correspondan al giro ordinario de las actividades propias de su objeto social, no estarán sujetos a las disposiciones del presente estatuto y se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades” [Énfasis fuera de texto]. [↑](#footnote-ref-22)
22. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 12 de octubre de 2011. Exp. No. 20070. C.P. Danilo Rojas Betancourt. [↑](#footnote-ref-23)
23. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 3 de marzo de 2021. Exp. No. 51373. C.P. José Roberto Sáchica Méndez. “[E]l elemento central para la determinación de este concepto jurídico, remite al objeto social –cuando se trata de empresas públicas o privadas constituidas bajo alguno de los tipos societarios definidos en la ley– pero también se refiere, mutatis mutandis, al objeto y funciones expresamente definidas en los actos de creación de entidades públicas que, por su naturaleza, se orientan al desarrollo de actividades industriales y comerciales. De forma que, el giro ordinario de los negocios se explica a partir del objeto social o, también, de las funciones expresamente fijadas por ley, según se trate de una persona jurídica pública o privada, pues ambas categorías, para estos efectos, resultan equivalentes.” [↑](#footnote-ref-24)
24. la Superintendencia de Sociedades, citando doctrina autorizada en la materia, ha señalado: “Si bien el llamado giro ordinario de los negocios se encuentra determinado por las actividades que constituyen el objeto social, resultan oportunas algunas precisiones conceptuales en torno al empleo constante en la práctica mercantil de la referida expresión "giro ordinario de los negocios". Partiendo de las anteriores consideraciones en cuanto al tema del objeto social, se concluye que éste alude a las actividades que desarrolla o se propone realizar el ente social, al paso que solamente quedan cobijadas por "giro ordinario" aquellas actividades que, en forma habitual u ordinaria, ejecuta la sociedad. [↑](#footnote-ref-25)
25. El Consejo de Estado ha precisado que: “Según esta norma, el giro ordinario de las actividades de una sociedad comercial no sólo comprende aquello que define en forma concreta su objeto social, sino todos los actos directamente relacionados con el mismo, lo que denota que entre éstos y aquéllas debe existir una relación de necesidad que los hace parte del objeto de la sociedad. Tal es el caso de la contratación de la publicidad para promocionar la empresa o sus productos, o la contratación de profesionales para que realicen una consultoría o asesoría relacionada con las actividades de la empresa, etc.

“En estos casos, mal podría decirse que la sociedad no puede realizar este tipo de actos necesarios para el buen desempeño de sus actividades comerciales. Lo propio cabe decir de las entidades financieras. De manera que la norma comercial citada es perfectamente trasladable al campo financiero”. (Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 6 de julio de 2005. Exp. No. 11575. C.P. Alier E. Hernández Enríquez). [↑](#footnote-ref-26)
26. En efecto, en audiencia Pública del 18 de marzo de 2021, esta Agencia llamó la atención sobre la necesidad de incluir en el Proyecto de Ley “[…] algunas disposiciones [..] relacionadas por ejemplo con impedir que las entidades sometidas al estatuto de contratación celebren contratos jurídicos de derecho privado, con lo que se prevé evitar escapar del ámbito del estatuto de contratación pública, asimismo fortalecer que en los convenios deben emplearse documentos tipos; extender la aplicación del estatuto de contratación algunos objetos en los cuales tienen un régimen especial y a patrimonios autónomos, así como empresas de servicios públicos”. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Gaceta Nº 1677 del 23 de noviembre de 2021. Justificación jurídica del Proyecto de Ley No. 226 de 2021 Cámara. p. 15. [↑](#footnote-ref-27)
27. Al respecto ha señalado la Corte Constitucional: “En relación con el ámbito de configuración del legislador en materia contractual la jurisprudencia constitucional ha señalado los siguientes criterios:

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

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

(iii) En virtud de la potestad de configuración que se comenta el Congreso tiene libertad para regular los aspectos más significativos de la contratación pública como son los referentes a las cláusulas excepcionales, la clasificación de los contratos estatales, los deberes y derechos de las partes contratantes, la competencia y capacidad para contratar, principios fundamentales, nulidades, control de la gestión contractual, responsabilidad contractual, liquidación de los contratos y solución de las controversias contractuales, entre otros, todo dentro de los límites de razonabilidad y proporcionalidad y con arreglo a los parámetros constitucionales”. Sentencia C-713 del 7 de octubre de 2009. M.P. María Victoria Calle Correa. [↑](#footnote-ref-28)
28. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 24 de junio de 2015. Exp. 40.635. Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón (E). [↑](#footnote-ref-29)
29. El inciso final del numeral 5 “encargos fiduciarios y fiducia pública” del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 señala lo siguiente: “So pena de nulidad no podrá celebrarse contratos de fiducia o subcontratos en contravención del artículo 355 de la Constitución Política. Si tal evento se diese, la entidad fideicomitente deberá repetir contra la persona, natural o jurídica, adjudicataria del respectivo contrato”. [↑](#footnote-ref-30)
30. El literal c del numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 dispone que: “En aquellos casos en que la Entidad Estatal ejecutora deba subcontratar algunas de las actividades derivadas del contrato principal, no podrá ni ella ni el subcontratista, contratar o vincular a las personas naturales o jurídicas que hayan participado en la elaboración de los estudios, diseños y proyectos que tengan relación directa con el objeto del contrato principal”. [↑](#footnote-ref-31)
31. El artículo 2.2.1.2.3.1.5 del Decreto 1082 de 2015 hace mención a la subcontratación en lo relacionado con las garantías, particularmente en los riesgos a los que se encuentran expuestas las entidades estatales, derivados de la responsabilidad extracontractual que pueda surgir por las actuaciones, hechos u omisiones de sus contratistas y subcontratistas. [↑](#footnote-ref-32)
32. RAMÍREZ GRISALES, Richard Steve. La Subcontratación. Serie: Las cláusulas del contrato estatal. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. y Centro de Estudios de Derecho Administrativo –CEDA-, Medellín, 2012, p. 26. [↑](#footnote-ref-33)
33. TRABALÓN Cristóbal. Tratado Legal de Construcción. Editorial Tébar Flores. Madrid. 2015. [↑](#footnote-ref-34)
34. Ibidem [↑](#footnote-ref-35)
35. Código Civil. Artículo 31. [↑](#footnote-ref-36)
36. CONSEJO DE ESTADO, la Sala de Consulta y Servicio Civil en Concepto del 4 de marzo de 1998. Radicado número 1.074, Concejero. Ponente.: Cesar Hoyos Salazar.El concepto citado afirmó: “No obstante, lo expresado por la Corte Constitucional, para la Sala la primera parte del texto del inciso 1º del numeral 5º del artículo 32 de la ley 80 de 1993, aunque declarado inexequible, sí indica que el espíritu de la ley era limitar la contratación de las entidades estatales a sólo dos figuras fiduciarias: la fiducia pública y el encargo fiduciario. Esta apreciación la refuerza el inciso 8º de la misma norma, por cuanto al expresar “La fiducia que se autoriza para el sector público en esta ley …”, y un poco más adelante, en la parte final “A la fiducia pública le será aplicables las normas del Código de Comercio sobre fiducia mercantil, en cuanto sean compatibles con lo dispuesto en esta ley”, indica en forma nítida que el contrato de fiducia a que se refiere es a la pública y no a la mercantil. Por consiguiente, no autorizó dicha ley la fiducia mercantil con aplicación de las normas de la ley 80, sino al revés, la fiducia pública con aplicación de las compatibles del Código de Comercio.

“[...] “Sin embargo, para casos especiales la ley puede autorizar la celebración por entidades estatales de la fiducia mercantil. La propia ley 80 de 1993 en su artículo 41 parágrafo 2º inciso 2º consigna la posibilidad de constituir patrimonios autónomos para el desarrollo de procesos de titularización de activos e inversiones y para el pago de pasivos laborales”. [↑](#footnote-ref-37)
37. En dicho Concepto, el Consejo de Estado señaló: “Ahora bien, en cuanto al cuestionamiento sobre la interpretación de la parte final del inciso 8º del numeral 5º del artículo 32, transcrito en el párrafo anterior, habría que entender que a la fiducia pública se le deben aplicar las normas contenidas en los artículos 1226 a 1244 del Código de Comercio, con las siguientes cuatro salvedades:

“1) La fiducia pública no implica transferencia de la propiedad de los bienes o recursos fideicomitidos.

“2) Tampoco constituye un patrimonio autónomo afecto a la finalidad de la fiducia, en manos de la sociedad fiduciaria.

“3) La adjudicación de los subcontratos debe ser realizada por la Entidad Estatal fideicomitente.

“4) No se puede pactar que la comisión de la sociedad fiduciaria sea tomada de los rendimientos del fideicomiso, salvo que éstos se encuentren presupuestados”. [↑](#footnote-ref-38)