**ENTIDADES CON RÉGIMEN ESPECIAL – Definición**

El ordenamiento jurídico colombiano contempla como categoría única la noción de contratos estatales, pero acepta la posibilidad de que dichos contratos tengan regímenes jurídicos diferenciados. En virtud de ello se afirma que hay contratos estatales sometidos al EGCAP (Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y disposiciones complementarias) y contratos estatales sometidos a reglas especiales, usualmente al derecho privado.

**ENTIDADES CON RÉGIMEN ESPECIAL – Reglas aplicables**

El régimen de derecho privado que, por regla general, caracteriza a los regímenes especiales no significa que no existan dosis de derecho público administrativo que tienen como fin último garantizar que los regímenes especiales de contratación también se ordenen hacia la consecución de los fines del Estado.

Estas dosis de derecho administrativo encuentran su manifestación tanto en forma de reglas como de principios. En relación con este segundo tipo, esto es, principios de derecho público aplicables a regímenes especiales de contratación, la norma por antonomasia es el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 […]

**EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO – Régimen jurídico – Reglas aplicables**

[…] dentro de la estructura de la Administración pública se encuentran las entidades descentralizadas por servicios, y dentro de dicha categoría se ubican las empresas sociales del Estado, las cuales, sin perjuicio del control de tutela, tienen personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio. Estas entidades, de acuerdo a lo que establece el artículo 83 de la Ley 489 de 1998, son creadas por la Nación o por las entidades territoriales para la prestación en forma directa de servicios de salud. Su régimen jurídico lo conforman las Leyes 100 de 1993 y 344 de 1996, así como también la Ley 489 de 1998, pero esta última únicamente en relación con los asuntos no regulados en las dos leyes mencionadas o en las normas que las reglamentan y complementan o en las que pudieran llegar a hacerlo.

Considerando la actividad desarrollada, se itera, la prestación de los servicios de salud, el régimen jurídico aplicable a estas empresas difiere del que corresponde a otras entidades descentralizadas funcionalmente o por servicios, como las superintendencias con personería jurídica, los establecimientos públicos o las unidades administrativas especiales, pues la regla general es el derecho privado, salvo lo relacionado con cláusulas exorbitantes, materia en relación con la cual están habilitadas para aplicar las disposiciones del EGCAP.

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

La elaboración de esos manuales debe contemplar procedimientos de selección públicos, en los cuales se garantice la imparcialidad de la entidad contratante, la igualdad entre los oferentes, y en los cuales se respeten los principios constitucionales relevantes, como la eficacia, economía, celeridad, moralidad, entre otros, es decir los principios de la función administrativa y, también, los de la gestión fiscal. La forma precisa en que se concretan estos principios, así como la manera como se armonizan con su régimen de derecho privado, es un asunto que debe decidir la entidad en el ejercicio de la discrecionalidad concedida por el ordenamiento jurídico. No obstante, se considera que, como mínimo, en las reglas diseñadas por la entidad se deben indicar cuáles son sus procedimientos de selección y una descripción de cada uno de ellos, al igual que las etapas que los componen, los cuales deben estar alineados con la garantía de los principios de la función administrativa.

**LEY DE EMPRENDIMIENTO – Ley 2069 de 2020**

El 31 de diciembre de 2020 se promulgó la Ley 2069, “Por medio de la cual se impulsa el emprendimiento en Colombia”. De acuerdo con el artículo 84, “La presente Ley rige a partir del momento de su promulgación […]”, lo que significa que es obligatoria para sus destinatarios desde esa fecha.

En cuanto a su contenido, es importante señalar que, como lo dispone su artículo 1, aquella “tiene por objeto establecer un marco regulatorio que propicie el emprendimiento y el crecimiento, consolidación y sostenibilidad de las empresas, con el fin de aumentar el bienestar social y generar equidad”. Esto, a partir de “[…] un enfoque regionalizado de acuerdo con las realidades socioeconómicas de cada región”. En desarrollo de esta finalidad, se establecen medidas de apoyo para las micro, pequeñas y medianas empresas –mipymes–, mediante la racionalización y simplificación de los trámites y tarifas, así como incentivos a favor de aquellas dentro del sistema de compras y contratación pública. También se consagran mecanismos de acceso al financiamiento, se unifican las fuentes de emprendimiento y de desarrollo empresarial, para fortalecer y promover los distintos sectores de la economía y se prevén medidas de educación para el emprendimiento y la innovación

Bogotá D.C., [Día] de [Mes.NombreCapitalizado] del [Año]



Señor

**William Eduardo Meneses**

Bogotá D. C.

 **Concepto C-343 de 2023**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:** | ENTIDADES CON RÉGIMEN ESPECIAL – Definición / ENTIDADES CON RÉGIMEN ESPECIAL – Reglas aplicables / EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO – Régimen jurídico – Reglas aplicables / ENTIDADES CON RÉGIMEN ESPECIAL – Manual de Contratación – Contenido / LEY DE EMPRENDIMIENTO – Ley 2069 de 2020  |
| **Radicación:** | Respuesta a consulta P20230914015121 |

Estimado señor Meneses;

En ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8° del artículo 11 y el numeral 5° del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública ― Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 14 de septiembre de 2023.

1. **Problema planteado**

Usted formula las siguientes preguntas en torno a la Ley 2069 de 2020 y el Decreto 1860 de 2021: *“1. Los criterios diferenciales y criterios de desempate se deben aplicar en los procesos de selección que se adelantan por parte de las empresas social del estado (ESE). 2. Si la respuesta es afirmativa, de debe ajustar el manual de contratación de las empresas social del estado (ESE), para aplicar los criterios diferenciales y criterios de desempate.”* (sic)

1. **Consideraciones**

En ejercicio de las competencias establecidas en los artículos 3, numeral 5° y 11, numeral 8° del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente resuelve las consultas sobre los asuntos de su competencia, esto es, sobre las temáticas de la contratación estatal y compras públicas relacionadas en los artículos citados. Es necesario tener en cuenta que esta entidad solo tiene competencia para responder solicitudes sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. En ese sentido, resolver casos particulares desborda las atribuciones asignadas por el legislador extraordinario, que no concibió a Colombia Compra Eficiente como una autoridad para solucionar problemas jurídicos particulares de todos los partícipes de la contratación estatal.

La competencia de esta entidad se fija con límites claros, con el objeto de evitar que la Agencia actúe como una instancia de validación de las actuaciones de las entidades sujetas a la Ley 80 de 1993 o de los demás participantes de la contratación pública[[1]](#footnote-2). Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, ni a brindar asesorías sobre casos puntuales. Esto en la medida en que, para resolver una consulta de carácter particular, además de conocer un sinnúmero de detalles de la actuación administrativa, es necesario acceder al expediente y a los documentos del procedimiento contractual donde surge la inquietud. Por lo anterior, previo concepto de sus órganos asesores, la solución de estos temas corresponde a la entidad que adelanta el procedimiento de selección y, en caso de conflicto, a las autoridades judiciales, fiscales y disciplinarias.

Sin perjuicio de lo anterior, la Subdirección –dentro de los límites de sus atribuciones, esto es, haciendo abstracción del caso particular expuesto por el peticionario– resolverá la consulta conforme a las normas generales en materia de contratación estatal. Con este objetivo se analizarán los siguientes temas: i) los regímenes especiales de contratación, incluido el de las empresas sociales del Estado, ii) la libertad de configuración de los manuales internos de contratación y, iii) los criterios diferenciales y factores de desempate introducidos por la Ley 2069 de 2020 y su aplicación a las entidades no sometidas al EGCAP.

* 1. **Los regímenes especiales de contratación, incluido el de las empresas sociales del Estado**

El ordenamiento jurídico colombiano contempla como categoría única la noción de contratos estatales, pero acepta la posibilidad de que dichos contratos tengan regímenes jurídicos diferenciados. En virtud de ello se afirma que hay contratos estatales sometidos al EGCAP (Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y disposiciones complementarias) y contratos estatales sometidos a reglas especiales, usualmente al derecho privado.

La decisión hito-fundadora[[2]](#footnote-3) en este sentido, de acuerdo con lo señalado por la doctrina[[3]](#footnote-4), es un auto del 20 de agosto de 1998 del Consejo de Estado, sonde se señaló[[4]](#footnote-5):

“A juicio de la Sala es preciso reconocer que en las diversas regulaciones normativas sobre contratación de la administración pública, es posible identificar dos grandes categorías de actos contractuales:

1ª Contratos estatales, propiamente dichos, que son aquellos que celebran las entidades públicas a que se refiere la ley 80 de 1993, y que por ende se regulan íntegramente por el régimen establecido en esta ley. Por regla general, adquieren este carácter en razón del ente público contratante, es decir, se definen desde el punto de vista orgánico. Las controversias que se deriven de este tipo de contratos y de los procesos de ejecución o cumplimiento serán de conocimiento de la jurisdicción contenciosa administrativa.

2ª Contratos especiales sujetos a un régimen legal propio. Por regla general, el juez a quien compete conocer de sus controversias es el juez administrativo, en razón de que su celebración y ejecución constituye una actividad reglada, es decir, es el ejercicio pleno de una función administrativa, de conformidad con el art. 82 del C.C.A. antes referido”.

El Consejo de Estado identificó la existencia de un único tipo de contrato: el contrato estatal; pero dos grandes categorías que responden a su régimen jurídico: contrato estatal con un régimen jurídico de derecho público-administrativo y contrato estatal con un régimen jurídico especial, por regla general de derecho privado.

En este punto vale la pena resaltar que en el ordenamiento jurídico colombiano cuando se piensa en los regímenes especiales de contratación, se suele hacer referencia al régimen de determinadas entidades estatales. Tal sería el caso de las empresas de servicios públicos domiciliarios, de conformidad con el artículo 31 de la Ley 142 de 1994, de las entidades indicadas en el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007, de las universidades estatales u oficiales, según el artículo 93 de la Ley 30 de 1993, etc. Esta afirmación, sin embargo, no pretende desconocer que dicho régimen especial se otorga justamente en consideración al especial tipo de actividades desplegadas por estas entidades.

Ahora bien, los regímenes especiales de contratación en el ordenamiento colombiano no se dan exclusivamente en atención a cierto tipo de sujetos –empresas industriales y comerciales del Estado (EICE), sociedades de economía mixta (SEM), empresas de servicios públicos domiciliarios (ESP), empresas sociales del estado (ESE), etc.–, sino también para cierto tipo de objetos contractuales. Este es el caso del régimen jurídico establecido en el artículo 66 de la Ley 1523 de 2012[[5]](#footnote-6), que establece un régimen especial de derecho privado en razón de la consideración que merece el objeto a contratar. Otro ejemplo se encuentra en el Decreto 544 de 2020, que establece el régimen de contratación del derecho privado, para los contratos que “tengan por objeto la adquisición en el mercado internacional de los elementos que a continuación se indican […]”.

Con base en lo indicado, se podría hacer una clasificación general entre regímenes especiales que atienden principalmente al sujeto, y regímenes especiales que atienden principalmente al objeto. Esta clasificación conceptual tiene como efecto práctico resaltar que unos y otros son regímenes especiales. Así, por ejemplo, tanto el régimen jurídico de las empresas industriales y comerciales del Estado en competencia o mercados regulados, como el régimen del artículo 66 de la Ley 1562 de 2012, son regímenes especiales a la luz del derecho de la contratación estatal. Por lo mismo, tanto uno como otro régimen están sometidos, en principio, al derecho privado, pero con algunas particularidades propias del derecho público.

El régimen de derecho privado que, por regla general, caracteriza a los regímenes especiales no significa que no existan dosis de derecho público administrativo que tienen como fin último garantizar que los regímenes especiales de contratación también se ordenen hacia la consecución de los fines del Estado.

Estas dosis de derecho administrativo encuentran su manifestación tanto en forma de reglas como de principios. En relación con este segundo tipo, esto es, principios de derecho público aplicables a regímenes especiales de contratación, la norma por antonomasia es el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, que preceptúa lo siguiente:

“Artículo 13. Principios generales de la actividad contractual para entidades no sometidas al estatuto general de contratación de la administración pública.Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal”.

 De conformidad con lo establecido en este artículo, las entidades estatales que cuenten con un régimen contractual excepcional al del EGCAP, esto es, regímenes especiales, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual […] los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal […] y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal. La interpretación más adecuada de esta disposición implica admitir que su ámbito de aplicación ampara los supuestos de las entidades que tienen, como regla general, un régimen especial de contratación –como es el caso de las ESP o las ESE–, como cuando la entidad tenga un régimen especial solamente para cierto tipo de contratos, como es el supuesto del artículo 66 de la Ley 1523 de 2012.

Ahora bien, encaminando la respuesta a las preguntas allegadas a esta entidad valga decir al respecto de Empresas Sociales del Estado -en adelante ESE- que, dentro de la estructura de la Administración pública se encuentran las entidades descentralizadas por servicios, y dentro de dicha categoría se ubican las ESE-, las cuales, sin perjuicio del control de tutela, tienen personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio.Estas entidades, de acuerdo a lo que establece el artículo 83 de la Ley 489 de 1998, son “creadas por la Nación o por las entidades territoriales para la prestación en forma directa de servicios de salud”. Su régimen jurídico lo conforman las Leyes 100 de 1993 y 344 de 1996, así como también la Ley 489 de 1998, pero esta última únicamente en relación con los asuntos no regulados en las dos leyes mencionadas o en las normas que las reglamentan y complementan o en las que pudieran llegar a hacerlo.

 Considerando la actividad desarrollada, se reitera, la prestación de los servicios de salud, el régimen jurídico aplicable a estas empresas difiere del que corresponde a otras entidades descentralizadas funcionalmente o por servicios, como las superintendencias con personería jurídica, los establecimientos públicos o las unidades administrativas especiales, pues la regla general en las ESE es el derecho privado, salvo lo relacionado con cláusulas exorbitantes, materia en relación con la cual están habilitadas para aplicar las disposiciones del EGCAP. Al respecto, el artículo 195, numeral 6, de la Ley 100 de 1993, establece lo siguiente:

“ARTICULO. 195.-Régimen jurídico. Reglamentado por el Decreto Nacional 1876 de 1994. Las empresas sociales de salud se someterán al siguiente régimen jurídico: Ver art. 2, Decreto Nacional 1919 de 2002.

 […]

6. En materia contractual se regirá por el derecho privado, pero podrá discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el estatuto general de contratación de la administración pública”.

 En esta medida, las empresas sociales del Estado no están sometidas al EGCAP ni a las normas que lo reglamentan o complementan, pues, por disposición expresa de la norma transcrita, sus contratos se rigen por el derecho privado. Con todo, como se dijo anteriormente, tales entidades deben tener en cuenta y aplicar los “principios generales de la actividad contractual para entidades no sometidas al estatuto general de contratación de la administración pública”, consagrados en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, así como los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, contenidos, respectivamente, en los artículos 209 y 267 de la Constitución Política.

 Esta también ha sido la interpretación del Ministerio de la Protección Social, que en Concepto No. 201942301304712 de 2019, en reiteración de lo expuesto por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado[[6]](#footnote-7), expresó que “[…] el régimen de contratación de las Empresas Sociales del Estado, está sometido al derecho privado por disposición legal y la facultad discrecional de pactar las cláusulas excepcionales dota a las mentadas entidades de herramientas especiales para garantizar ciertos fines”[[7]](#footnote-8).

Por su parte la Sección Tercera del Consejo de Estado al referirse al régimen contractual de las empresas sociales del Estado, manifestó que “la entidad estatal debe observar en su actuación, precontractual y contractual, los principios que la Constitución Política le impone, en desarrollo de lo cual le asiste la obligación de obrar con igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, en todas las etapas de la realización del contrato estatal”[[8]](#footnote-9).

De todo lo anteriormente enunciado se puede colegir que, aunque los contratos suscritos por las empresas sociales del Estado están excluidos del EGCAP, lo cierto es que no se rigen exclusivamente por el derecho civil y comercial, pues, conforme al artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, a estos les aplican tanto los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, así como el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, temáticas tratadas y reguladas en el referido estatuto.

* 1. **Libertad de configuración de los manuales internos de contratación**

Si se combina lo reseñado en este concepto, puede decirse que una de las reglas para las ESE, que se deriva de las normas de derecho público estudiadas, consiste en el deber de expedir un manual de contratación en el cual, se itera, deben concretarse los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, determinarse la manera concreta como dichos principios moldearán el derecho privado en el ejercicio de la actividad contractual. De esta manera, los potenciales oferentes podrán identificar las reglas que aplica la entidad en sus procesos contractuales.

Sobre este punto particular es preciso destacar que las entidades estatales sometidas a regímenes especiales de derecho privado tienen una amplia libertad de configuración del contenido del manual de contratación. Esta libertad se deriva del principio de autonomía de la voluntad reconocida a estas entidades, que les permite establecer la manera en que adelantarán sus procesos de contratación[[9]](#footnote-10). Ahora bien, dicha libertad es similar a la reconocida a los particulares por el derecho privado, pero no es idéntica a aquella, en la medida en que encuentra importantes limitantes.

La elaboración de esos manuales debe contemplar procedimientos de selección públicos, en los cuales se garantice la imparcialidad de la entidad contratante, la igualdad entre los oferentes, y en los cuales se respeten los principios constitucionales relevantes, como la eficacia, economía, celeridad, moralidad, entre otros, es decir los principios de la función administrativa y, también, los de la gestión fiscal. La forma precisa en que se concretan estos principios, así como la manera como se armonizan con su régimen de derecho privado, es un asunto que debe decidir la entidad en el ejercicio de la discrecionalidad concedida por el ordenamiento jurídico. No obstante, se considera que, como mínimo, en las reglas diseñadas por la entidad se deben indicar cuáles son sus procedimientos de selección y una descripción de cada uno de ellos, al igual que las etapas que los componen, los cuales deben estar alineados con la garantía de los principios de la función administrativa[[10]](#footnote-11).

Además, los procedimientos de selección que creen las entidades de régimen especial en sus manuales de contratación deben estar acordes, en cuanto a sus etapas, publicidad, duración, requisitos y demás aspectos con los acuerdos comerciales suscritos por Colombia, en caso de que la entidad se encuentre dentro del ámbito de cobertura de algún acuerdo comercial.

De otro lado, existen ciertos contenidos determinados por el ordenamiento que no pueden ser modificados por los manuales internos, por tratarse de asuntos con reserva de ley. En este sentido, estos reglamentos internos de las entidades con régimen especial no pueden crear causales de inhabilidad o incompatibilidad, crear nuevos supuestos de conflictos de interés, prescribir requisitos de perfeccionamiento, tipologías contractuales, limitar la capacidad contractual establecida en la ley. En efecto, estos contenidos no pueden ser regulados o modificados por los manuales de contratación, ya que se trata de aspectos con reserva de ley o con congelación en el rango de nivel legal, por lo que un acto administrativo no podría alterarlos[[11]](#footnote-12).

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

Una materia que podría ser regulada en los manuales internos de contratación de las empresas sociales del Estado, es la que establece el artículo 76, inciso 3, de la Ley 1438 de 2011, norma que habilita a las empresas sociales del Estado a desarrollar y a “utilizar mecanismos de subasta inversa para lograr mayor eficiencia en sus adquisiciones”.

Esta normativa no contiene una obligación de implementar un mecanismo de selección de contratistas, pues, como se dijo en líneas anteriores, las entidades excluidas del EGCAP están habilitadas para configurar sus manuales de contratación sin más limitaciones que las que imponen los principios de la función administrativa y la gestión fiscal, así como la reserva de ley, habilitación que incluye, por supuesto, la decisión voluntaria de utilizar mecanismos de subasta inversa, bien sea electrónica o presencial, para sus “adquisiciones”. Tampoco se trata de una remisión normativa a las disposiciones del EGCAP que regulan la subasta inversa; es simplemente un referente que las entidades podrán tener en cuenta a la hora de configurar sus manuales internos de contratación. Prueba de ello es que aun si esta norma no existiera, las empresas sociales del Estado podrían introducir en sus manuales mecanismos de subasta inversa, bien acogiendo el modelo establecido en el EGCAP o bien adoptado un nuevo modelo, en todo caso, respetando los principios tantas veces referidos.

Ahora bien, contrario a lo que ocurre con este ejemplo de la subasta inversa por medio del cual se habilita a las ESE a utilizar mecanismo, tenemos normas que se han introducido al ordenamiento jurídico que regula la contratación pública que obliga, inclusive a las entidades no sometidas al Estatuto General de la Contratación Pública, a introducir en sus procesos de selección acciones y medidas que propendan por acercar el sistema de compras públicas a ciertos sectores económicos. Tal es el caso de la Ley 2069 de 2020 y su reglamentación por conducto del Decreto 1860 de 2021 que será abordado a continuación.

* 1. **Criterios diferenciales y factores de desempate introducidos por la Ley 2069 de 2020 y su aplicación a las entidades no sometidas al EGCAP**

El 31 de diciembre de 2020 se promulgó la Ley 2069, “Por medio de la cual se impulsa el emprendimiento en Colombia”. De acuerdo con el artículo 84, “La presente Ley rige a partir del momento de su promulgación […]”, lo que significa que es obligatoria para sus destinatarios desde esa fecha.

En cuanto a su contenido, es importante señalar que, como lo dispone su artículo 1, aquella “tiene por objeto establecer un marco regulatorio que propicie el emprendimiento y el crecimiento, consolidación y sostenibilidad de las empresas, con el fin de aumentar el bienestar social y generar equidad”[[12]](#footnote-13). Esto, a partir de “[…] un enfoque regionalizado de acuerdo a las realidades socioeconómicas de cada región”. En desarrollo de esta finalidad, se establecen medidas de apoyo para las micro, pequeñas y medianas empresas –mipymes–, mediante la racionalización y simplificación de los trámites y tarifas[[13]](#footnote-14), así como incentivos a favor de aquellas dentro del sistema de compras y contratación pública[[14]](#footnote-15). También se consagran mecanismos de acceso al financiamiento[[15]](#footnote-16), se unifican las fuentes de emprendimiento y de desarrollo empresarial, para fortalecer y promover los distintos sectores de la economía[[16]](#footnote-17) y se prevén medidas de educación para el emprendimiento y la innovación[[17]](#footnote-18).

Como se indicó, parte de la Ley 2069 contiene normas que modifican algunos aspectos de la contratación estatal para promover el emprendimiento. Concretamente, aquellas se encuentran en el Capítulo III –artículos 30 al 36–. En su orden, tales artículos consagran: i) reglas sobre la participación de las mipymes en el procedimiento de mínima cuantía, ii) criterios diferenciales para mipymes en el sistema de compras públicas, iii) criterios diferenciales para emprendimientos y empresas de mujeres en el sistema de compras públicas, iv) promoción del acceso de las mipymes al mercado de compras públicas, v) promoción del desarrollo en la contratación pública, vi) un nuevo régimen de factores de desempate y, vi) un llamado a las entidades estatales para que promuevan compras públicas en el marco de la tecnología y la innovación.

 Dentro del referido capítulo, y teniendo en cuenta el objeto de su consulta, es preciso señalar que los artículos 31, 32, 33 y 35 de la Ley 2069 de 2020, crean una serie de incentivos para las personas interesadas en celebrar contratos con el Estado. Por un lado, el artículo 31 introduce criterios diferenciales para el acceso de las mipymes al sistema de compras y contratación pública, estableciendo que “Las Entidades Estatales de acuerdo con el análisis de Sector podrán incluir, en los Documentos del Proceso, requisitos diferenciales y puntajes adicionales, en función del tamaño empresarial para la promoción del acceso de las MIPYMES al mercado de Compras Públicas”[[18]](#footnote-19).

 Además, el inciso segundo y el parágrafo del artículo 31 de la Ley 2069 de 2020 disponen, respectivamente, que “El Gobierno Nacional reglamentará la definición de los criterios diferenciales, sobre reglas objetivas [relacionadas con “requisitos diferenciales” y “puntajes adicionales”] que podrán implementar las Entidades Estatales” (Corchetes fuera de texto) y que “Dentro de los criterios diferenciales que reglamente el Gobierno Nacional se dará prioridad a la contratación de producción nacional sin perjuicio de los compromisos comerciales adquiridos con otros Estados”. Es decir, estas normas requieren el desarrollo reglamentario como una condición previa para su aplicación.

El artículo 32 de la Ley 2069 de 2020[[19]](#footnote-20) regula lo relativo criterios diferenciales para los “emprendimientos y empresas de mujeres” en el sistema de compras y contratación pública. Así mismo el artículo 35 de la Ley en cita modifica la regulación de los factores de desempate en la contratación estatal. Al respecto, pese a que el parágrafo 3 dispone que el Gobierno Nacional podrá regular los supuestos en que concurran dos o más factores de desempate, se considera que el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 goza de aplicación directa desde la fecha de su promulgación, es decir, no requería de una reglamentación previa como presupuesto para su eficacia. Esta precisión reviste de importancia, porque algunos enunciados normativos de la Ley bajo análisis establecen un mandato de reglamentación, dirigido al Gobierno Nacional, como condición para aplicar lo dispuesto en ella.

En línea con lo anterior, el Gobierno nacional expidió el Decreto 1860 de 2021, “Por el cual se modifica y adiciona el Decreto 1082 de 2015, Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional, con el fin reglamentar los artículos 30, 31, 32, 34 y 35 de la Ley 2069 de 2020, en lo relativo al sistema de compras públicas y se dictan otras disposiciones”. Esta norma se expidió con el propósito de adecuar el marco reglamentario de la contratación pública a las modificaciones normativas que se desprenden del Capítulo III de la Ley 2069 de 2020 –con excepción de los artículos 33 y 36–, realizando las adecuaciones requeridas para aplicar estas disposiciones, tal como indica el artículo 1 del Decreto 1860 de 2021.

Ahora bien, haciendo alusión a la pregunta en cuestión, más allá de la reglamentación particular de los criterios diferenciales para las MIPYMES, para emprendimiento y empresas de mujeres, así como, los respectivos factores de desempate, las normas fundantes de cada una de estas acciones afirmativas guardan similitud entre ellas, esto es, que estas son aplicables en la contratación pública independientemente de si una entidad está o no, sometida a las normas del Estatuto General de la Contratación Pública.

Lo anterior se colige de la redacción literal de las normas aludidas. Concretamente el artículo 31 y 33 sobre los criterios diferenciales criterios diferenciales para mipymes en el sistema de compra pública y la promoción del acceso de las mipymes al mercado de compras públicas señala lo siguiente:

“ARTÍCULO 31. CRITERIOS DIFERENCIALES PARA MIPYMES EN EL SISTEMA DE COMPRA PÚBLICA. Las Entidades Estatales de acuerdo con el análisis de Sector podrán incluir, en los Documentos del Proceso, requisitos diferenciales y puntajes adicionales, en función del tamaño empresarial para la promoción del acceso de las MiPymes al mercado de Compras Públicas.

ARTÍCULO 33. PROMOCIÓN DEL ACCESO DE LAS MIPYMES AL MERCADO DE COMPRAS PÚBLICAS. **Modifíquese el artículo 12 de la Ley 590 de 2000, el cual quedará así: "ARTÍCULO 12.**  Promoción del acceso de las MIPYMES al mercado de Compras Públicas. Con el fin de promover el acceso de las MIPYMES al mercado de Compras Públicas, las Entidades Estatales indistintamente de su régimen de contratación, los patrimonios autónomos constituidos por Entidades Estatales y los particulares que ejecuten recursos públicos […]” (Subrayado fuera del texto)

A su turno el artículo 32 relativo a los criterios diferenciales para los emprendimiento y empresas de mujeres, prescribe lo siguiente:

“ARTÍCULO 32. De acuerdo con el resultado del análisis del sector, las entidades estatales incluirán requisitos diferenciales y puntajes adicionales en los procesos de licitación pública, selección abreviada de menor cuantía y concurso de méritos, así como en los procesos competitivos que adelanten las entidades estatales que no apliquen en su gestión contractual el Estatuto General de Contratación Administrativa, como medidas de acción afirmativa, para incentivar emprendimientos y empresas de mujeres en el sistema de compras públicas, sin perjuicio de los compromisos adquiridos por Colombia en los acuerdos comerciales en vigor”. (Subrayado fuera del texto)

Así mismo, el artículo 35 sobre factores de desempate expresa lo siguiente:

**“ARTICULO 35. FACTORES DE DESEMPATE.** En caso de empate en el puntaje total de dos o más ofertas en los Procesos de Contratación realizados con cargo a recursos públicos, los Procesos de Contratación realizados por las Entidades Estatales indistintamente de su régimen de contratación, así como los celebrados por los Procesos de Contratación de los patrimonios autónomos constituidos por Entidades Estatales, el contratante deberá utilizar las siguientes reglas de forma sucesiva y excluyente para seleccionar al oferente favorecido, respetando en todo caso los compromisos internacionales vigentes”. (Subrayado fuera del texto)

Es por todo lo anterior, que con un mero ejercicio de interpretación exegética de los artículos 31, 32, 33 y 35 de la Ley 2069 de 2020 es dable afirmar, que las medidas afirmativas que prescribió el legislador en aras de impulsar el emprendimiento en Colombia a través de la contratación pública, no son de exclusiva aplicación a las entidades estatales sometidas al Estatuto General de la Contratación Pública, pues el legislador también extendió estas medidas a aquellos contratantes que tengan su respectivo régimen especial de contratación.

 **Respuesta**

“1. Los criterios diferenciales y criterios de desempate se deben aplicar en los procesos de selección que se adelantan por parte de las empresas social del estado (ESE).

2. Si la respuesta es afirmativa, de debe ajustar el manual de contratación de las empresas social del estado (ESE), para aplicar los criterios diferenciales y criterios de desempate.” (sic)

Dentro de la estructura de la Administración pública se encuentran las entidades descentralizadas por servicios, y dentro de dicha categoría se ubican las Empresas Sociales del Estado, las cuales, sin perjuicio del control de tutela, tienen personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio.Estas entidades, de acuerdo a lo que establece el artículo 83 de la Ley 489 de 1998, son “creadas por la Nación o por las entidades territoriales para la prestación en forma directa de servicios de salud”. Su régimen jurídico lo conforman las Leyes 100 de 1993 y 344 de 1996, así como también la Ley 489 de 1998, pero esta última únicamente en relación con los asuntos no regulados en las dos leyes mencionadas o en las normas que las reglamentan y complementan o en las que pudieran llegar a hacerlo.

 Considerando la actividad desarrollada que es la prestación de los servicios de salud, el régimen jurídico aplicable a estas empresas difiere del que corresponde a otras entidades descentralizadas funcionalmente o por servicios, como las superintendencias con personería jurídica, los establecimientos públicos o las unidades administrativas especiales, pues la regla general en las ESE es el derecho privado. Esto encuentra fundamento en el artículo 195, numeral 6, de la Ley 100 de 1993, el cual prescribe que en lo concerniente a aspectos contractuales se regirán por el derecho privado, pero podrá discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el estatuto general de contratación de la administración pública.

Por otra parte, los criterios diferenciales para las MIPYMES, para emprendimiento y empresas de mujeres, así como, los respectivos factores de desempate, en sus normas fundantes como lo es la Ley 2069 de 2020, guardan similitud entre ellas, esto es, que estas son aplicables en la contratación pública independientemente de si una entidad está, o no, sometida a las normas del Estatuto General de la Contratación Pública, como lo es en el caso de las Empresas Sociales del Estado.

Lo anterior se colige de la redacción literal los artículos 31, 32, 33, y 35 en los cuales convergen expresiones que indican inequívocamente, que *indistintamente del régimen de contratación* de las entidades contratantes, se le dará aplicación de las medidas afirmativas como lo son los los criterios diferenciales para las MIPYMES, para emprendimiento y empresas de mujeres, así como los factores de desempate.

Ahora bien, en lo que respecta a la introducción o adecuación del manual de contratación a estas normas vale recordar que las entidades estatales sometidas a regímenes especiales de derecho privado tienen una amplia libertad de configuración del contenido del manual de contratación. Esta libertad se deriva del principio de autonomía de la voluntad reconocida a estas entidades, que les permite establecer la manera en que adelantarán sus procesos de contratación. Ahora bien, dicha libertad es similar a la reconocida a los particulares por el derecho privado, pero no es idéntica a aquella, en la medida en que encuentra importantes limitantes.

La elaboración de esos manuales debe contemplar procedimientos de selección públicos, en los cuales se garantice la imparcialidad de la entidad contratante, la igualdad entre los oferentes, y en los cuales se respeten los principios constitucionales relevantes, como la eficacia, economía, celeridad, moralidad, entre otros, es decir los principios de la función administrativa y, también, los de la gestión fiscal. La forma precisa en que se concretan estos principios, así como la manera como se armonizan con su régimen de derecho privado, es un asunto que debe decidir la entidad en el ejercicio de la discrecionalidad concedida por el ordenamiento jurídico. No obstante, se considera que, el manual de contratación de las entidades y sus reglas respecto de los procesos de selección deben respetar como mínimo las reglas introducidas por conducto de la Ley 2069 de 2020 y el Decreto 1860 de 2021.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Julio Cesar Martelo MarteloContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Alejandro Raúl Sarmiento Cantillo Gestor T1 – 15 de la Subdirección de Gestión Contractual Gabriel MendozaContratista de la Subdirección de Gestión Contractual  |
| Aprobó: | Nohelia del Carmen Zawady PalacioSubdirectora de Gestión Contractual |

1. La Agencia Nacional de Contratación Pública ‒ Colombia Compra Eficiente fue creada por el Decreto Ley 4170 de 2011. Su objetivo es servir como ente rector de la política de compras y contratación del Estado. Para tales fines, como órgano técnico especializado, le corresponde formular políticas públicas y normas y unificar los procesos de contratación estatal, con el fin de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado. El artículo 3 ibidem señala, de manera precisa, las funciones de Colombia Compra Eficiente. Concretamente, el numeral 5º de este artículo establece que le corresponde a esta entidad: “[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general y expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública”. Seguidamente, el numeral 8º del artículo 11 ibidem señala que es función de la Subdirección de Gestión Contractual: “[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general”. [↑](#footnote-ref-2)
2. MEDINA LÓPEZ, Diego Eduardo. El derecho de los jueces: obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial. Bogotá: Legis, 2006. [↑](#footnote-ref-3)
3. EXPÓSITO VÉLEZ, Juan Carlos. Definición de los Contratos Estatales. Contratos Estatales propiamente dichos y Contratos Estatales Especiales. Regulación del Contrato suscrito con entidades estatales. Jurisdicción Competente. En: Andrés Fernando Ospina Garzón. Los Grandes Fallos de la Jurisprudencia Administrativa Colombiana. Universidad Externado de Colombia, 2013. [↑](#footnote-ref-4)
4. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Auto del 20 de agosto de 1998. Exp. 14.202. C.P. Juan de Dios Montes Bermúdez. [↑](#footnote-ref-5)
5. Artículo 66. Medidas especiales de contratación. Salvo lo dispuesto para los contratos de empréstito interno y externo, los contratos que celebre la sociedad fiduciaria para la ejecución de los bienes, derechos e intereses del Fondo Nacional de Gestión del Riesgo o los celebrados por las entidades ejecutoras que reciban recursos provenientes de este fondo o los celebrados por las entidades territoriales y sus fondos de gestión del riesgo, relacionados directamente con las actividades de respuesta, de rehabilitación y reconstrucción de las zonas declaradas en situación de desastre o calamidad pública, se someterán a los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre particulares, con sujeción al régimen especial dispuesto en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, y podrán contemplar cláusulas excepcionales de conformidad con lo dispuesto en los artículos 14 a 18 de la Ley 80 de 1993.

PARÁGRAFO. Los contratos celebrados por las entidades territoriales en virtud del artículo anterior se someterán al control fiscal dispuesto para los celebrados en el marco de la declaratoria de urgencia manifiesta contemplada en los artículos 42 y 43 de la Ley 80 de 1993 y demás normas que la modifiquen. [↑](#footnote-ref-6)
6. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 27 de agosto de 1998, radicación No. 1.127, M.P. Javier Henao Hidrón; y concepto del 6 de abril de 2000. Radicación No. 1.263, M.P. Flavio Augusto Rodriguez Arce [↑](#footnote-ref-7)
7. Ministerio de Salud y la Protección Social. Concepto del 16 de agosto de 2019. Expediente No. 201942301304712. [↑](#footnote-ref-8)
8. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección “C”. Providencia del 8 de abril de 2014. Expediente No. 25801. M.P. Enrique Gil Botero. [↑](#footnote-ref-9)
9. HINESTROSA FORERO, Fernando. Tratado de las Obligaciones II. De las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico. Volumen I. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015. p. 116. [↑](#footnote-ref-10)
10. Cfr. Colombia Compra Eficiente. Subdirección de Gestión Contractual. Concepto C-362 del 3 de julio de 2020. Pág. 9. [↑](#footnote-ref-11)
11. Ibíd. [↑](#footnote-ref-12)
12. Texto del Proyecto de Ley 122 de 2020 Cámara. Exposición de motivos. Consultado el 29 de diciembre de 2021 en la página web: <http://leyes.senado.gov.co/proyectos/index.php/textos-radicados-senado/p-ley-2020-2021/1957-proyecto-de-ley-161-de-2020> [↑](#footnote-ref-13)
13. Artículos 2 al 29. [↑](#footnote-ref-14)
14. Artículos 30 al 36. [↑](#footnote-ref-15)
15. Artículos 37 al 45. [↑](#footnote-ref-16)
16. Artículos 46 al 73. [↑](#footnote-ref-17)
17. Artículos 74 al 83. [↑](#footnote-ref-18)
18. Dicha norma debe armonizarse con el artículo 33.1 de la Ley de Emprendimiento, el cual dispone que “Con el fin de promover el acceso de las MIPYMES al mercado de Compras Públicas, las Entidades Estatales indistintamente de su régimen de contratación, los patrimonios autónomos constituidos por Entidades Estatales y los particulares que ejecuten recursos públicos: 1. Deberán en el Análisis de Sector identificar las MIPYMES que podrían ser potenciales proveedoras directas o indirectas, con el fin de definir reglas que promuevan y faciliten su participación en el Proceso de Contratación […]”. [↑](#footnote-ref-19)
19. Ley 2069 de 2020 “Artículo 32. Criterios Diferenciales para Emprendimientos y Empresas de mujeres en el Sistema De Compras Públicas. De acuerdo con el resultado del análisis del sector, las entidades estatales incluirán requisitos diferenciales y puntajes adicionales en los procesos de licitación pública, selección abreviada de menor cuantía y concurso de méritos, así como en los procesos competitivos que adelanten las entidades estatales que no apliquen en su gestión contractual el Estatuto General de Contratación Administrativa, como medidas de acción afirmativa, para incentivar emprendimientos y empresas de mujeres en el sistema de compras públicas, sin perjuicio de los compromisos adquiridos por Colombia en los acuerdos comerciales en vigor.

“Parágrafo primero. La definición de emprendimientos y empresas de mujeres se reglamentará por el gobierno nacional”. [↑](#footnote-ref-20)