**CCE-DES-FM-17**

**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.

Bogotá D.C., **24/07/2020 Hora 11:2:38s**

**N° Radicado: 2202013000006587**

Señora

**Dina Pérez Coneo**

Ipiales, Nariño

**Concepto C – 462 de 2020**

|  |  |
| --- | --- |
| **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 |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta 4202012000005466  |
|  |  |

Estimada señora Pérez Coneo:

En ejercicio de la competencia otorgada por los artículos 11, numeral 8º, y 3º, numeral 5º, del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública − Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 30 de junio de 2020.

1. **Problemas planteados**

Se requiere «[…] ampliar la información sobre como (sic) es específicamente el proceso de compra electrónica a que hace referencia el artículo 76 de la [L]ey 1438 de 2011[…]». Particularmente, se realizan las siguientes preguntas: i) «¿se debe contar con una plataforma especifica por medio de la cual se realicen las convocatorias […] o es suficiente con la publicación de la oferta en la página de la institución del estado o el secop?»; y ii) «¿los pagos se deben realizar de forma electrónica también?».

1. **Consideraciones**

Para responder las preguntas planteadas, se analizarán los siguientes temas: i) los regímenes especiales de contratación, incluido el de las empresas sociales del Estado, y ii) la libertad de configuración que a estas les asiste en relación con sus manuales internos de contratación. En relación con este último aspecto, esta Subdirección expidió el Concepto del 24 de diciembre de 2019 –Radicado No. 4201913000007479–, así como los conceptos C-027 del 13 de febrero de 2020, C-179 del 16 de marzo de 2020 y C-362 del 03 de julio del año 2020, donde se explicó el alcance de la libertad de configuración de las entidades no sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública «EGCAP». La tesis propuesta en estos conceptos se expone en el presente concepto.

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[[1]](#footnote-1) en este sentido, de acuerdo con lo señalado por la doctrina[[2]](#footnote-2), es un auto del 20 de agosto de 1998 del Consejo de Estado, sonde se señaló[[3]](#footnote-3):

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[[4]](#footnote-4), 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, 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. 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[[5]](#footnote-5), 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»[[6]](#footnote-6).

Al referirse al régimen contractual de las empresas sociales del Estado, la Sección Tercera del Consejo de 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»[[7]](#footnote-7).

De esta forma, 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.

Por otro lado, en relación con los requisitos de existencia y formación de los contratos celebrados por las empresas sociales del Estado, se tiene que debido a que se trata de entidades excluidas de la aplicación del EGCAP, «para predicar el nacimiento a la vida jurídica de los negocios por ellas celebrados no se observarán las formalidades contempladas por los artículos 39 y 41 de esa compilación normativa y para esos efectos deberá acudirse a las disposiciones que la legislación comercial y civil contemple respecto de la tipología contractual que corresponda»[[8]](#footnote-8). Tratándose de tipologías contractuales innominadas habría que acudir al desarrollo jurisprudencial o dogmático que esté disponible.

No pude decirse lo mismo de las modalidades de selección de contratistas, por un lado, porque las mismas no están reguladas en el derecho privado y, por el otro, debido a que, aun estándolo, las mismas no serían de obligatorio acatamiento para los sujetos contractuales, quienes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, delimitan las formas del negocio jurídico que van a celebrar, así como las personas con las que quieren hacerlo. Eso no quiere decir, sin embargo, que las empresas sociales del Estado puedan actuar al margen de los principios que rigen la función pública y la gestión fiscal; o que tengan prohibido tomar como referente el EGCAP a la hora de tramitar sus procesos contractuales. En este último caso, de todos modos, las normas del EGCAP constituyen solo un referente normativo, pero nunca disposiciones de obligatorio cumplimiento para las entidades públicas excluidas de su ámbito de aplicación.

Como se señaló, las entidades con régimen especial están facultadas legalmente para desarrollar su actividad contractual con base en normas diferentes al EGCAP. Las normas precisas en materia contractual que deben aplicar estas entidades están determinadas por el instrumento normativo que se crea para el régimen especial, pero por regla general se trata del derecho privado, con los matices provenientes del derecho público mencionadas en los numerales precedentes de este concepto.

Lo anterior es reafirmado por el Consejo de Estado en el caso particular de los manuales de contratación, que contiene algunas reglas que deben seguir las entidades con régimen especial en su actividad contractual:

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

La Sala entiende que el régimen preponderante domina y aporta el gran volumen de normas contractuales y que el régimen inspirador influye y ayuda a interpretar pero también transforma parte de esas instituciones, porque se suma a ellas, lo que no siempre se logra conservando intacta la institución privada sino introduciéndole modificaciones[[9]](#footnote-9).

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[[10]](#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, algunos de los cuales fueron previamente expuestos.

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[[11]](#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[[12]](#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.

Inclusive, el Ministerio de la Protección Social, por medio de la Resolución No. 5185 de 2013, fijó los lineamientos para que las empresas sociales del Estado adopten el Estatuto de contratación que regirá su actividad contractual. Este acto administrativo, dictado en ejercicio de las facultades conferidas por el artículo 76 de la Ley 1438 de 2011, contiene varios criterios que se deberán cuenta a la hora de adoptar los manuales de contratación.

Quiere decir esto, entonces, que las empresas sociales del Estado no están obligadas a seguir las normas del EGCAP en lo que respecta a la subasta inversa, incluso tampoco lo están para implementar esta modalidad de selección de contratista, pues, como se ha dicho bastantes veces, estas entidades ostentan libertad de configuración al respecto.

Las reglas establecidas en los manuales o reglamentos internos de contratación son muy importantes, toda vez que las entidades se obligan a cumplir su contenido. Además, tratándose de un acto administrativo, concretamente de un reglamento, le aplican los atributos propios de estos tipos de actos, entre otras cosas, la presunción de legalidad y la regla de *inderogabilidad singular del reglamento*[[13]](#footnote-13). En tal sentido, su contenido vincula a la propia entidad que lo expidió y no puede desconocerlo a su capricho en casos específicos; sin perjuicio de la posibilidad de expedir un nuevo manual o de modificar el existente.

Sin perjuicio de las precisiones anteriores, respecto al contenido de los manuales de contratación, en términos generales, no existen lineamientos precisos en el ordenamiento, tales como la obligación de prever procedimientos de menor y mínima cuantía. Este es un aspecto que debe evaluar la entidad en el momento de diseñar su respectivo reglamento o manual interno de contratación, de cara a los principios de eficiencia, eficacia, publicidad, transparencia, entre otros.

De otra parte, es preciso advertir, adicionalmente, que si el reglamento interno de contratación contempla procedimientos de menor y mínima cuantía, no existen parámetros legales para determinar el monto de estas cuantías y, por lo tanto, la entidad tiene discrecionalidad para determinarlas, siempre con el debido respeto de los principios constitucionales. Lo anterior es así, pues las entidades de régimen especial no están sometidas a las cuantías señaladas para algunos efectos en la Ley 1150 de 2007.

Pese a lo dicho, se considera de relevancia llamar la atención sobre un último aspecto. Si la entidad en su manual de contratación ha contemplado procedimientos diferentes para contratos de menor y mínima cuantía, en el entender de esta Subdirección, existe un deber para la entidad de determinarlas pues, por decirlo de alguna manera, se ha autoimpuesto esta obligación.

El argumento que sustenta la anterior afirmación deriva de los principios de transparencia, publicidad y de selección objetiva. Estos principios demandan de las entidades que provean reglas claras y objetivas para seleccionar sus contratistas, luego, si la entidad opta por utilizar procedimientos de selección diversos para contratos denominados de menor y mínima cuantía, resulta necesario que aclare a los potenciales oferentes el monto de estas cuantías para que ellos conozcan de antemano el procedimiento que, de conformidad con el manual de contratación, se aplicará en el caso concreto.

En suma, 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, 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.

1. **Respuesta**

Se requiere «[…] ampliar la información sobre como (sic) es específicamente el proceso de compra electrónica a que hace referencia el artículo 76 de la [L]ey 1438 de 2011[…]». Particularmente, usted realiza las siguientes preguntas: i) «¿ se debe contar con una plataforma especifica por medio de la cual se realicen las convocatorias […] o es suficiente con la publicación de la oferta en la pagina de la institución del estado o el secop?»; y ii) «¿ los pagos se deben realizar de forma electrónica también?».

Como se señaló, las entidades con régimen especial están facultadas legalmente para desarrollar su actividad contractual con base en normas diferentes al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública «EGCAP». Esto implica que las normas precisas en materia contractual que deben aplicar estas entidades están determinadas por el instrumento normativo que se crea para el régimen especial, esto es, el manual interno de contratación, pero por regla general se trata del derecho privado, con los matices provenientes del derecho público mencionadas en los numerales precedentes de este concepto.

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[[14]](#footnote-14). 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, algunos de los cuales fueron expuestos.

Así las cosas, en relación con sus preguntas, le informamos que, en ejercicio de la libertad de configuración que les asiste a las empresas sociales del Estado, cada una de ellas debe determinar estas cuestiones en su manual interno de contratación[[15]](#footnote-15), lo que supone que lo relacionado con la plataforma que se debe usar en caso de optar por el mecanismo de subasta inversa electrónica, así como las publicaciones y la forma de pago al contratista, deberá hacerse de acuerdo a lo que establece dicho manual interno, no en relación con el EGCAP, pues las disposiciones de este no les aplican a las empresas sociales del Estado, sin perjuicio, claro está, del carácter vinculante que tienen los principios de contratación estatal, los de la función administrativa y los de la gestión fiscal.

Es del caso precisar que la norma objeto de su consulta no contiene una obligación de implementar un mecanismo de selección de contratistas, pues, como se dijo, 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, 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.

Quiere decir esto, entonces, que las empresas sociales del Estado no están obligadas a seguir las normas del EGCAP en lo que respecta a la subasta inversa, incluso tampoco lo están para implementar esta modalidad de selección de contratista, pues, como se dijo aquí reiteradamente, estas entidades ostentan libertad de configuración para tales fines.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | David Castellanos CarreñoContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Cristian Andrés Díaz DíezContratista, Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Fabián Gonzalo Marín CortésSubdirector de Gestión Contractual |

1. 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-1)
2. 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-2)
3. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Auto del 20 de agosto de 1998. Exp. 14.202. C.P. Juan de Dios Montes Bermúdez. [↑](#footnote-ref-3)
4. «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-4)
5. 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-5)
6. Ministerio de Salud y la Protección Social. Concepto del 16 de agosto de 2019. Expediente No. 201942301304712. [↑](#footnote-ref-6)
7. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección “C”. Providencia del 8 de abril de 2014. Expediente No. 25801. M.P. Enrique Gil Botero. [↑](#footnote-ref-7)
8. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección “A”. Providencia del 14 de julio del 2016. Expediente No. 41001-23-31-000-2002-10569-01(49305). M.P. Marta Nubia Velásquez Rico. [↑](#footnote-ref-8)
9. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 24 de octubre de 2016. Exp. 45.607. C.P. Marta Nubia Velásquez Rico. [↑](#footnote-ref-9)
10. 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)
11. Cfr. Colombia Compra Eficiente. Subdirección de Gestión Contractual. Concepto C-362 del 3 de julio de 2020. Pág. 9. [↑](#footnote-ref-11)
12. Ibíd. [↑](#footnote-ref-12)
13. «La fuerza vinculante de los reglamentos –tanto para los administrados como para la propia administración– surge del hecho de ser una norma jurídica, y de compartir la naturaleza del acto administrativo, luego, de allí también se desprende que se presuman legales y sean ejecutorios.

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

» Esta tesis –de absoluta razonabilidad–, protege tanto al ciudadano como al ordenamiento jurídico en general, de la arbitrariedad de la administración, pues si se admitiera que pese a estar en vigencia un reglamento la propia administración que lo dictó lo pudiera inaplicar, aduciendo que si ella lo produjo entonces cuenta con la autoridad para desconocerlo, los abusos y la violación a sus propias reglas propiciaría el atropello y la corrupción». (MARÍN CORTÉS, Fabián G. El reglamento como fuente del derecho administrativo. En: Las fuentes del derecho administrativo. Texto inédito. 2010. pp. 200-201). [↑](#footnote-ref-13)
14. 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-14)
15. Ley 1438 de 2011. Artículo 17. Manuales del Contratación. Las Empresas Sociales del Estado expedirán el manual de contratación mediante el cual se determinan los temas administrativos del manejo de la contratación, los procesos y procedimientos, así como las áreas o personas que intervienen en las distintas fases de la contratación y en la vigilancia y ejecución del negocio jurídico, así como los responsables de atender las dudas sobre la aplicación del estatuto y el manual de contratación de la entidad. [↑](#footnote-ref-15)