**FIDUCIA MERCANTIL ― Concepto ― Características**

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 1.226, 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.

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

Dadas estas características particulares, el contrato de fiducia mercantil es diferente del contrato de fiducia pública, regulado en el numeral 5º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, pues este último «nunca implicará transferencia de dominio sobre bienes o recursos estatales, ni constituirá patrimonio autónomo del propio de la respectiva entidad oficial». Así lo consideró la Corte Constitucional, en la sentencia C-086 de 1995 –expedida con ponencia del Magistrado Vladimiro Naranjo Mesa–, al señalar que la Ley 80 de 1993 creó un contrato nuevo y autónomo al del Código de Comercio.

**CONTRATO INTERADMINISTRATIVO ― Concepto ― Régimen ― Criterio orgánico**

Sobre la tipología de convenio interadministrativo, conviene señalar que fue creado en la Ley 80 de 1993, y aunque no lo definió ni desarrolló, el Decreto 1082 de 2015, «Por medio del cual se expide el Decreto único reglamentario del sector administrativo de planeación nacional», califica a los convenios o contratos interadministrativos como aquella contratación entre entidades estatales.

De acuerdo con lo anterior, el contrato o el convenio interadministrativo es el acuerdo donde concurre la voluntad de dos o más personas jurídicas de derecho público con la finalidad de cumplir, en el marco de sus objetivos misionales y sus competencias, con los fines del Estado. Es decir, los contratos o convenios interadministrativos nominados en la Ley 80 de 1993 están determinados por un criterio orgánico, pues es necesario que los extremos de la relación contractual sean entidades estatales.

**REGÍMENES ESPECIALES ― Contratación estatal ― Derecho privado ― Principios de derecho administrativo**

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

[…]

No obstante, las entidades de régimen especial deben satisfacer una finalidad pública y utilizan recursos públicos para lograrlo, por lo que no son ajenas a los principios de la función administrativa y el control fiscal, entre otras reglas dispuestas en la normativa de contratación pública, que son trasversales a todas las entidades, sin importar su régimen legal.

**MANUALES DE CONTRATACIÓN ― Reglamentos ― Límites ― Reserva de ley**

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

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

Bogotá D.C., **21/09/2020**

**N° Radicado: 2202013000009068**

Señor

**Camilo Enrique Álvarez Hernández**

Ciudad

**Concepto C ‒ 581 de 2020**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | FIDUCIA MERCANTIL ― Concepto ― Características / FIDUCIA MERCANTIL ― Fiducia pública ― Patrimonio autónomo ― Diferencias / CONTRATO INTERADMINISTRATIVO ― Concepto ― Régimen ― Criterio orgánico / REGÍMENES ESPECIALES ― Contratación estatal ― Derecho privado ― Principios de derecho administrativo / MANUALES DE CONTRATACIÓN ― Reglamentos ― Límites ― Reserva de ley. |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta # 4202013000007320  |

Estimado señor Álvarez:

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 25 de agosto del 2020.

1. **Problema planteado**

Usted realiza las siguientes preguntas:

«1. ¿Es jurídicamente viable suscribir un convenio interadministrativo entre una entidad pública del orden nacional y una entidad fiduciaria, cuya naturaleza jurídica es la de una entidad estatal en los términos del artículo 2° de la Ley 80 de 1993, cuando ésta actúa en calidad de vocera y administradora de un patrimonio autónomo cuyo régimen de contratación se rige por el derecho privado?

»Lo anterior, teniendo en cuenta que la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto radicado No. 11001-03-06-000-2014-00172-00(2222) del 13 de mayo de 2015, concluye que el régimen legal de los contratos que celebren las fiduciarias estatales con terceros, en su condición de administradoras, voceras y/o representantes de los patrimonios autónomos que han sido confiados a su gestión, es el derecho privado, puesto que corresponde al desarrollo de su actividad comercial.

»2. ¿Es viable jurídicamente interpretar que un fondo especial sin personería jurídica creado mediante ley con las características indicadas líneas arriba, y que no reparte utilidades, es asimilable al tipo de entidades mencionadas en el artículo 38 de la Ley 9 de 1989, para efectos de celebrar un contrato de comodato con una entidad pública del orden nacional?

»Dicha norma establece que: *“[l]as entidades públicas no podrán dar en comodato sus inmuebles sino únicamente a otras entidades públicas, sindicatos, cooperativas, asociaciones y fundaciones que no repartan utilidades entre sus asociados o fundadores ni adjudiquen sus activos en el momento de su liquidación a los mismos, juntas de acción comunal, fondos de empleados y las demás que puedan asimilarse a las anteriores, y por un término máximo de cinco (5) años, renovables. (…)”*.

»3. En caso de que la respuesta a la consulta anterior sea afirmativa, ¿es jurídicamente viable que un fondo especial con las características indicadas, celebre un contrato de comodato con una entidad estatal? En particular, ¿bajo qué modalidad de contratación podría celebrarse dicho contrato de comodato?

»4. ¿Es jurídicamente viable aplicar el literal (i) del numeral 4o del artículo 2o de la Ley 1150 de 2007, cuando la entidad pública va a suscribir un contrato de arrendamiento en calidad de arrendataria con un patrimonio autónomo con las características indicadas líneas arriba?

»5. ¿Es viable jurídicamente, en el marco de un contrato de arrendamiento donde la entidad estatal actúa como arrendataria, pactar la forma de pago en especie a través de la realización de mejoras locativas, atendiendo lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993?

»Lo anterior, bajo el entendido que dicha norma dispone que las entidades pueden celebrar todo tipo de contratos permitidos en la ley y la autonomía de la voluntad que se requieran para el cumplimiento de los fines estatales, siempre que no sean contrarios a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de la administración pública. Al respecto, podría considerarse procedente que una estipulación de pago en especie de un contrato de arrendamiento encaminado a cumplir los funciones de un fondo creado por la ley, no resulta contrario a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de la administración pública.

»6. En caso de ser viable lo consultado en la pregunta anterior ¿Sería aplicable la causal de contratación establecida en el literal (i) del numeral 4o del artículo 2o de la Ley 1150 de 2007?

»7. En caso de que los reglamentos establecidos por los fondos especiales con las características indicadas, e.g. manuales de contratación, establezcan expresamente la posibilidad de contratar de forma directa con entidades públicas, ¿dichos manuales pueden ser aplicables, o deben prevalecer las normas de la Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007, así como las demás que resulten aplicables en materia de contratación pública?».

1. **Consideraciones**

Para resolver su consulta, se analizarán los siguientes temas: i) contrato de fiducia mercantil y capacidad contractual de los patrimonios autónomos, ii) concepto de contrato interadministrativo y régimen jurídico aplicable, iii) consideraciones sobre los regímenes especiales en la contratación estatal y iv) naturaleza y límites de los manuales internos de contratación de las entidades exceptuadas de la aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

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 y 2201913000008612[[2]](#footnote-3) del 19 de noviembre de 2019. Igualmente, abordó la definición, las características y la regulación de los contratos interadministrativos en los conceptos con radicado: C-023 del 13 de febrero de 2020, C-086 del 16 de marzo de 2020, C-101 del 16 de marzo de 2020, C-157 del 17 de marzo de 2020, C-158 del 3 de abril de 2020 y C-227 del 7 de abril de 2020. Del mismo modo, estudió el alcance de los manuales internos de contratación de las entidades exceptuadas de la aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública en los conceptos con radicado: C-147 del 17 de marzo de 2020, C-157 del 17 de marzo de 2020, C-191 del 16 de marzo de 2020 y C-168 del 31 de marzo de 2020, C-158 del 3 de abril de 2020. Las tesis expuestas en aquellas oportunidades se reiteran a continuación y se complementan con algunas ideas relacionadas con la consulta objeto de análisis.

**2.1. Contrato de fiducia mercantil y la capacidad contractual del patrimonio autónomo**

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 1.226, 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.

Dadas estas características particulares, el contrato de fiducia mercantil es diferente del contrato de fiducia pública, regulado en el numeral 5º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993[[3]](#footnote-4), pues este último «nunca implicará transferencia de dominio sobre bienes o recursos estatales, ni constituirá patrimonio autónomo del propio de la respectiva entidad oficial». Así lo consideró la Corte Constitucional, en la sentencia C-086 de 1995 –expedida con ponencia del Magistrado Vladimiro Naranjo Mesa–, al señalar que la Ley 80 de 1993 creó un contrato nuevo y autónomo al del Código de Comercio[[4]](#footnote-5).

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, con radicado número 1.074 –Consejero Ponente: Cesar Hoyos Salazar–, 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[[5]](#footnote-6).

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».

El artículo 67 de la Ley 1955 de 2019[[6]](#footnote-7) es otro ejemplo de una norma que expresamente autoriza celebrar un contrato de fiducia mercantil, pues dispone que los recursos del proyecto Aeropuerto del Café – AEROCAFÉ se ejecutarán a través de un patrimonio autónomo, constituido por la Aeronáutica Civil. Sobre ese caso, Colombia Compra Eficiente, en el mismo concepto citado, afirmó que la constitución y administración del patrimonio autónomo no puede darse en abstracto, sino atendiendo rigurosamente la ley que lo autoriza: «Dado que la ley ha determinado que la Aeronáutica Civil es la encargada de constituir un patrimonio autónomo para administrar los recursos de AEROCAFE, en caso de suscribir un contrato de fiducia mercantil debe circunscribirse estrictamente a lo definido en la Ley».

También en este caso la misma Ley 1955 de 2019 define el régimen de contratación derivado del patrimonio autónomo para el proyecto AEROCAFE, pues el articulo 67 dispone: «El régimen de contratación y administración de sus recursos se regirá por el derecho privado, con plena observancia de los principios de transparencia, economía, igualdad y publicidad, definidos por la Constitución y la Ley». Así mismo, las normas en particular deben establecer reglas específicas para cada patrimonio autónomo.

En caso de que no exista norma que autorice la fiducia mercantil, se está ante un negocio fiduciario que 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[[7]](#footnote-8). Hay que agregar que la contratación derivada de negocios fiduciarios se rige por el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, como lo establece el artículo 32: «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»; en consecuencia, salvo que alguna ley especial permita que el patrimonio autónomo actúe de forma diferente, la contratación derivada del contrato fiduciario se regirá por la Ley 80 de 1993.

Se entiende que las entidades estatales pueden entregar el manejo de recursos con el fin de hacer pagos o desembolsos derivados de un contrato estatal, ya sea por fiducia pública o encargo fiduciario. Sin embargo, el inciso 7, del numeral 5, del articulo 32 de la Ley 80 de 1993, prohíbe que se constituya patrimonio autónomo en virtud de estos negocios fiduciarios. En estos casos la entidad estatal mantiene la propiedad de los recursos y por ello conserva el control sobre ellos. Solo en supuestos excepcionales, en los que exista autorización legal expresa, ciertas entidades estatales podrán transferir la propiedad de recursos públicos a un patrimonio autónomo. Incluso esta transferencia de propiedad debe tener una finalidad específica y la entidad mantiene la obligación de vigilar que se cumplan los fines estatales por los cuales se contrató. En consecuencia, la entidad estatal no debe perder el control de los recursos entregados al patrimonio autónomo.

El concepto de la Contraloría General de la República, con radicado 2006EE62754 del 6 de diciembre de 2006, reiterado en concepto OJ-CGR 084 de 2017[[8]](#footnote-9), considera que la transferencia de recursos no implica dominio pleno de ellos por parte del fiduciario[[9]](#footnote-10), sino que tiene un carácter instrumental. Por ello el administrador del patrimonio autónomo no tiene facultad de disponer libremente de los recursos públicos[[10]](#footnote-11).

Finalmente, en cualquier negocio fiduciario, por orden del artículo 1.234 del Código de Comercio[[11]](#footnote-12), es deber indelegable de la sociedad fiduciaria, «rendir cuentas comprobadas de su gestión al beneficiario cada seis meses» y simultáneamente el fiduciante tiene el derecho de «exigir rendición de cuentas», según lo consigna el artículo 1.236 del mismo Código[[12]](#footnote-13). Por ello la entidad no pierde la vigilancia sobre los recursos públicos.

En síntesis, las entidades estatales mantienen el control y vigilancia de la correcta ejecución de los recursos entregados a la fiducia. Sin embargo, la responsabilidad disciplinaria o fiscal por hechos relacionados dependerá de cada situación particular. Los organismos de control respectivos son los competentes para pronunciarse al respecto y no la Agencia Nacional de Contratación Pública.

Aun cuando existen casos donde es posible constituir patrimonios autónomos por parte de entidades estatales, a menos que la ley que lo autorice diga otra cosa, se debe respetar el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, según el cual: «en ningún caso las entidades públicas fideicomitentes podrán delegar en las sociedades fiduciarias la adjudicación de los contratos que se celebren en desarrollo del encargo o de la fiducia pública».

**2.2. Contratos interadministrativos. Concepto y régimen jurídico aplicable**

Los procedimientos contractuales mediante los cuales las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública ejecutan recursos públicos y satisfacen el interés general se rigen por la normativa de contratación pública ―Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007 y Decreto 1082 de 2015―, que contiene los principios, reglas y procedimientos que rigen los contratos de las entidades estatales. Específicamente, el Estatuto General de Contratación de la Contratación Pública ―Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007 y normas complementarias― se aplica a las entidades estatales relacionadas en el artículo 2[[13]](#footnote-14), con lo cual se puede determinar quiénes deben cumplir los principios y obligaciones señalados en las normas citadas.

Los procedimientos de contratación se estructuran a partir de las modalidades de selección, y al revisar las normas citadas se observa que contienen los procedimientos para adelantarlas y las reglas de cada modalidad: licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos, contratación directa y mínima cuantía[[14]](#footnote-15).

La exposición de motivos de la Ley 1150 de 2007 explica las razones por las cuales se establecieron las modalidades de selección: «A ese respecto es claro que las experiencias exitosas a nivel internacional demuestran que el criterio de distinción que debe gobernar un esquema contractual eficiente, es el de modular las modalidades de selección en razón a las características del objeto».

Sobre la tipología de convenio interadministrativo, conviene señalar que fue creado en la Ley 80 de 1993, y aunque no lo definió ni desarrolló, el Decreto 1082 de 2015, «Por medio del cual se expide el Decreto único reglamentario del sector administrativo de planeación nacional», califica a los convenios o contratos interadministrativos como aquella contratación entre entidades estatales[[15]](#footnote-16).

 De acuerdo con lo anterior, el contrato o el convenio interadministrativo es el acuerdo donde concurre la voluntad de dos o más personas jurídicas de derecho público con la finalidad de cumplir, en el marco de sus objetivos misionales y sus competencias, con los fines del Estado. Es decir, los contratos o convenios interadministrativos nominados en la Ley 80 de 1993 están determinados por un criterio orgánico, pues es necesario que los extremos de la relación contractual sean entidades estatales.

Si bien los contratos o convenios interadministrativos están previstos en la Ley 80 de 1993, en la Ley 1150 de 2007 y en el Decreto en el 1082 de 2015, no quiere decir que solo puedan celebrarse entre entidades estatales que apliquen el régimen de contratación allí previsto, pues bien puede una entidad estatal de Ley 80 de 1993 celebrar esta clase de convenios con una entidad estatal de régimen especial y no por ello dejará de ser un contrato o convenio interadministrativo, caso en el cual su ejecución estará sometida a la Ley 80 de 1993.

Un contrato o convenio interadministrativo no está determinado por la modalidad de selección utilizada para celebrarlo. La Ley 1150 de 2007 establece que pueden celebrarse directamente, siempre que las obligaciones derivadas del mismo tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora, señalado en la ley o en sus reglamentos, a menos que, según las excepciones previstas en dicha Ley, deba adelantarse un procedimiento susceptible de pluralidad de oferentes[[16]](#footnote-17). Nótese que, en este caso, lo que cambia es la modalidad de selección y no la naturaleza de contrato interadministrativo.

Además, es necesario tener en cuenta que para que un contrato o convenio interadministrativo exista debe cumplir con los siguientes elementos: acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y que conste por escrito[[17]](#footnote-18). Entonces, si ambas partes son entidades estatales, pueden celebrar convenios interadministrativos porque las disposiciones que regulan esta tipología hacen referencia a la calidad de los sujetos que intervienen en la contratación, que deben ser entidades estatales o de derecho público.

La Corte Constitucional expresó, en la Sentencia C–671 de 2015, con ponencia del Magistrado Alberto Rojas Ríos ̶ en control automático de constitucionalidad del Decreto Legislativo 1773 de 2015, «Por el cual se autoriza la celebración de convenios administrativos para la ejecución de recursos públicos por parte de algunas entidades territoriales» ̶ sobre la naturaleza de los convenios interadministrativos, que «Lo que hace interadministrativo a un contrato o convenio no es el procedimiento de selección aplicable, sino la calidad de los sujetos contratantes, esto es que las dos partes de la relación jurídica contractual formen parte de la administración pública».

Así las cosas, y atendiendo a la literalidad de las normas enunciadas, no cabe una interpretación diferente[[18]](#footnote-19), pues, de acuerdo con lo anotado, esta clase de acuerdos de voluntades se definen por un criterio orgánico, por lo que uno de sus elementos esenciales es que en los extremos de la relación jurídico negocial concurran personas de derecho público. Adicionalmente, el Consejo de Estado ha indicado, frente al convenio interadministrativo y sus características, que:

[…]se puede señalar que los convenios o contratos interadministrativos tienen como características principales las siguientes:

(i) constituyen verdaderos contratos en los términos del Código de Comercio cuando su objeto lo constituyen obligaciones patrimoniales; (ii) tienen como fuente la autonomía contractual; (iii) son contratos nominados puesto que están mencionados en la ley; (iv) son contratos atípicos desde la perspectiva legal dado que se advierte la ausencia de unas normas que de manera detallada los disciplinen, los expliquen y los desarrollen, como sí las tienen los contratos típicos, por ejemplo compra venta, arrendamiento, mandato, etc. (v) la normatividad a la cual se encuentran sujetos en principio es la del Estatuto General de Contratación, en atención a que las partes que los celebran son entidades estatales y, por consiguiente, también se obligan a las disposiciones que resulten pertinentes del Código Civil y del Código de Comercio; (vi) dan lugar a la creación de obligaciones jurídicamente exigibles; (vii) persiguen una finalidad común a través de la realización de intereses compartidos entre las entidades vinculadas; (viii) la acción mediante la cual se deben ventilar las diferencias que sobre el particular surjan es la de controversias contractuales[[19]](#footnote-20).

En ese sentido, los convenios interadministrativos se caracterizan por los sujetos que intervienen y por la modalidad de selección que la ley permite aplicar para su celebración, ya que comporta un grado de excepcionalidad frente a las demás tipologías contractuales, donde los sujetos no están restringidos a una cualificación particular y aplican otras modalidades de selección.

El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública establece la contratación directa como la modalidad de selección aplicable para celebrar los contratos interadministrativos.

La contratación directa es una modalidad de aplicación restrictiva, esto es, solo procede por las causales señaladas taxativamente en el numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, ya que es una excepción a los principios de libre concurrencia y libre competencia, que aplican a los procedimientos de contratación, para que cualquier persona interesada en satisfacer la necesidad de una entidad estatal pueda presentar una oferta. En la contratación directa no es necesario que la entidad estatal reciba más de una oferta, la cual proviene de la persona que la entidad señala directamente y la invita a ofertar el servicio que requiere.

Lo anterior puede obedecer a que el proponente es único, o a que el legislador privilegió algunos objetos contractuales u oferentes para contratarlos de manera directa, lo cual implica que el procedimiento es simplificado, corto, ágil y expedito, por no exigir una convocatoria pública, sin que esto obvie garantizar los principios rectores de la contratación pública.

En todo caso, las entidades deben escoger a sus contratistas a través de procesos en los que participe una pluralidad de oferentes, prevaleciendo entre ellos, como regla general, la licitación pública, y dependiendo de las características o especialidad del bien o servicio o su cuantía, adelantarán un proceso en el que existan varias ofertas por las modalidades de selección de abreviada, concurso de méritos o mínima cuantía; y solo de manera excepcional escogerán al contratista a través de la modalidad de selección de contratación directa. Al respecto, el Consejo de Estado indicó frente a la modalidad de selección de contratación directa que:

[...] No obstante, si bien la administración tiene la posibilidad de celebrar este tipo de contratos, sin acudir a licitación o concurso público, tal libertad no es absoluta, toda vez que en la selección del contratista se «deberá garantizar el cumplimiento de los principios de economía, transparencia y en especial el deber de selección objetiva, establecidos en la Ley 80 de 1993». En efecto, en la contratación, ya sea de manera directa o a través de licitación o concurso públicos, la administración está obligada a respetar principios que rigen la contratación estatal y, especialmente, ciertos criterios de selección objetiva a la hora de escoger el contratista al que se le adjudicará el contrato. Respecto a la contratación directa, en interpretación de la norma precitada, la Sala observa que con anterioridad a la suscripción del contrato, es deber de la administración hacer un análisis previo a la suscripción del contrato, análisis en el cual se deberán examinar factores tales como experiencia, equipos, capacidad económica, precios, entre otros, con el fin de determinar si la propuesta presentada resulta ser la más ventajosa para la entidad que contrata [...][[20]](#footnote-21).

Existe una diferencia fundamental con otras modalidades de selección, y es que en la contratación directa no se otorga puntaje a las ofertas para ponderarlas y elegir el ofrecimiento más favorable, ya que la entidad recibe solo una. Lo anterior es complementado por el Consejo de Estado, al definir la contratación directa:

Se define la expresión contratación directa entendida como cualquier mecanismo de escogencia del contratista en el que se prescinde de la licitación o concurso, sin que se tenga en cuenta por el legislador estatutario el régimen de contratación aplicable, ya sea contenido en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública - ley 80 de 1993 -, o uno especial en razón del objeto del contrato o del órgano que contrata. Para los efectos de la ley de garantías, y dada su finalidad, el enunciado «contratación directa» es sinónimo de cualquier sistema diferente de la licitación pública, y no del procedimiento especial regulado por la ley 80 de 1993[[21]](#footnote-22).

Por su parte, el artículo 2, numeral 4, literal c) de la Ley 1150 de 2007, señala que, de manera excepcional, las entidades estatales pueden contratar directamente, entre otras, los «Contratos interadministrativos, siempre que las obligaciones derivadas del mismo tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora señalado en la ley o en sus reglamentos». No obstante, esta disposición exceptuó celebrar de manera directa contratos o convenios interadministrativos cuando se trate de un contrato de obra, suministro, prestación de servicios de evaluación de conformidad respecto de las normas o reglamentos técnicos, encargos fiduciarios y fiducia pública cuando las instituciones de educación superior públicas o las sociedades de economía mixta con participación mayoritaria del Estado, o las personas jurídicas sin ánimo de lucro conformadas por la asociación de entidades públicas, o las federaciones de entidades territoriales, sean las ejecutoras. Estas entidades pueden ejecutar aquellos contratos siempre que resulten adjudicatarias en un proceso abierto y con la participación de una pluralidad de oferentes, pues en dichos casos la entidad estatal que así lo requiera deberá adelantar una licitación pública, concurso de méritos o selección abreviada[[22]](#footnote-23).

Si bien la Ley 1150 de 2007 establece que las entidades estatales pueden celebrar contratos o convenios interadministrativos de manera directa, siempre que las obligaciones derivadas del mismo tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora, la misma establece excepciones a esta regla, la cual está condicionada a que ciertas tipologías contractuales sean ejecutadas por las entidades estatales allí previstas. Nótese que, pese a tratarse de entidades del Estado, la Ley no restringió su denominación de contrato interadministrativo, sino que exceptuó el procedimiento de selección del contratista. Asimismo, hay otras excepciones a la celebración de contratos interadministrativos, como la contemplada en el último párrafo del literal c), numeral 4, artículo 2 ibídem: «Estarán exceptuados de la figura del contrato interadministrativo, los contratos de seguro de las entidades estatales».

Así las cosas, la Ley no limitó la celebración de contratos interadministrativos a la modalidad de selección de contratación directa; solo estableció, excepcionalmente, su celebración de manera directa, cuando dos o más entidades del Estado, con el fin de materializar funciones administrativas de interés común para ambas partes, celebran un negocio jurídico. No obstante, es posible que se celebren contratos interadministrativos en el marco de un proceso en el que sea posible la participación de una pluralidad de interesados en ofertar, es decir, a través de las otras modalidades de selección previstas en la Ley 1150 de 2007 diferentes a la de contratación directa, pues, como se indicó, la existencia de un contrato interadministrativo no está determinada por la modalidad de selección sino, entre otras cosas, de la calidad de las partes que lo suscriben, es decir, debe tratarse de entidades estatales.

Por otra parte, el artículo 7 de la Ley 1150 de 2007 establece que en los contratos interadministrativos las garantías no serán obligatorias[[23]](#footnote-24). En el mismo sentido, el Decreto 1082 de 2015 prevé que en los convenios interadministrativos la exigencia de garantías no es obligatoria, y la justificación para exigirlas o no debe estar en los estudios previos[[24]](#footnote-25).

Como se explicó, la celebración de contratos interadministrativos es una causal de contratación directa que obedece, antes que nada, a la naturaleza de las partes; es decir para la cual, en principio, no interesa el objeto del contrato, pudiendo ser de obra pública, de consultoría, de suministro, de prestación de servicios, de arrendamiento, etc. Se dice que, en principio no es relevante el objeto del contrato, porque el artículo 2º, numeral 4º, literal c), en su segundo inciso –transcrito en el acápite anterior–, establece una excepción a dicha regla, al prohibir que determinados contratos interadministrativos se celebren con ciertas entidades, si no se ha adelantado antes el correspondiente proceso de licitación pública o selección abreviada. Estos objetos, se recuerda, son «los contratos de obra, suministro, prestación de servicios de evaluación de conformidad respecto de las normas o reglamentos técnicos, encargos fiduciarios y fiducia pública».

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

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

 Teniendo en cuenta que las entidades de régimen especial están facultadas legalmente para aplicar reglas distintas a la Ley 80 de 1993 y sus normas complementarias, ello estará definido en la noma que crea el régimen especial y será desarrollado en el manual de contratación, con el fin de que se puedan identificar las reglas que aplican en la contratación. La Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente expidió la Guía para las Entidades Estatales con régimen especial de contratación, que las define como aquellas que contratan con un régimen distinto a las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007[[25]](#footnote-26).

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

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

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

La función que cumplen los principios públicos también se representa en la necesidad práctica —normalmente no por orden de una norma— de expedir un reglamento interno de contratación que concrete la mayor parte de aportes de esos principios a la transformación de las reglas del derecho privado. Es por esta influencia que surge la necesidad de contar con procesos de selección de contratistas que garanticen la libre concurrencia, la igualdad de oportunidades de acceso a los negocios del Estado, la trasparencia y en general los demás valores propios de la gestión de lo público[[26]](#footnote-27).

Toda vez que las entidades de régimen especial administran recursos públicos, sus manuales de contratación deben ceñirse a unas reglas mínimas que garanticen el cumplimiento de los principios de la función pública, el control fiscal y los principios rectores de la contratación estatal.

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

Además, se debe tener en cuenta que las cláusulas excepcionales no están contempladas en el derecho común. Estas se encuentran limitadas no solo al uso del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, sino a algunos tipos de contratos específicos. En ese sentido, la única forma en que una entidad sujeta a un régimen especial pueda usar estas cláusulas es si una ley la faculta para ello. De modo que si una entidad sujeta al régimen especial requiere sancionar o dar por terminado el contrato, debe acudir al juez competente[[27]](#footnote-28).

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

Según se indicó anteriormente, las entidades estatales que, por disposición legal, cuentan con un régimen especial[[28]](#footnote-29), exceptuado del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y normas complementarias[[29]](#footnote-30)– pueden expedir un reglamento interno de contratación – comúnmente denominado *manual de contratación*–, que regule aspectos asociados a la actividad contractual, como los procedimientos de selección, los requisitos de participación, las condiciones de ejecución del contrato, etc. En otras palabras, el manual de contratación de las entidades exceptuadas es un acto administrativo y, de manera más concreta, un reglamento, pues, además de consistir en una manifestación unilateral de voluntad efectuada por la entidad estatal, en ejercicio de función administrativa, dirigida a producir efectos jurídicos, tiene vocación de permanencia en el tiempo. Esto significa que el manual de contratación despliega sus efectos de manera indefinida en el futuro, no agotándose con una sola aplicación.

Sin embargo, la libertad de configuración reglamentaria de las entidades estatales, expresada en el manual de contratación, no es absoluta, ya que, a pesar de que están facultadas para regular ciertos temas relacionados con la actividad contractual, deben hacerlo respetando la reserva legal de la que gozan ciertas materias. En tal sentido, asuntos como: i) los requisitos de existencia y validez del contrato, ii) sanciones y procedimientos para su imposición, iii) causales de inhabilidad e incompatibilidad, iv) el principio de anualidad del gasto, y v) restricciones al acceso a la administración de justicia para discutir las controversias contractuales, son, entre otros, temas cuya regulación está reservada al legislador y que, por tanto, las entidades exceptuadas no pueden reglamentar en su manual de contratación[[30]](#footnote-31).

Ahora bien, ¿a qué normas deben acudir las entidades estatales y los interesados, cuando se presenten lagunas jurídicas –es decir, vacíos o ausencia de regulación de ciertos temas–[[31]](#footnote-32), en los manuales de contratación de las entidades de régimen especial? Como lo establece la «Guía para las Entidades Estatales con régimen especial de Contratación»[[32]](#footnote-33), proferida por esta Agencia, en principio, la actividad contractual de las entidades excluidas de la aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública «se somete a las reglas del derecho privado». En consecuencia, si bien deben cumplir algunas obligaciones transversales propias del sistema de compra pública, señaladas en dicha guía y que se mencionaron en el numeral anterior, el régimen jurídico de base es el derecho privado, o sea el integrado por los preceptos civiles y comerciales.

Sin embargo, para determinar el método hermenéutico que ha de seguirse al momento de llenar el vacío de regulación presente en los manuales de contratación de las entidades con régimen especial, el operador jurídico debe indagar sobre qué materia hay laguna. Ello por cuanto existen *tres* remisiones legales, que deben interpretarse sistemáticamente: i) la que efectúa hacia el derecho privado la norma legal que constituye el régimen especial de la entidad correspondiente –por ejemplo, el artículo 31 de la Ley 142 de 1994 o el artículo 195, numeral 6, de la Ley 100 de 1993, por mencionar solo estos dos casos–; ii) la que prevén los artículos 2[[33]](#footnote-34), 34[[34]](#footnote-35) y 47[[35]](#footnote-36) de la Ley 1437 de 2011, los cuales disponen que las normas de la primera parte del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –CPACA– deben aplicarse en ausencia de lo establecido en leyes especiales; y iii) la que establece el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 respecto de la aplicación de los principios de la función administrativa –artículo 209 C.P.– y de la gestión fiscal –artículo 267 C.P.–, así como del régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto para la contratación estatal.

En consecuencia, si el manual de contratación de la entidad de régimen especial no prevé normas –es decir, si tiene vacíos–[[36]](#footnote-37) sobre: i) los elementos de existencia y validez del contrato, ii) los vicios que pueden generar su anulación, iii) la tipología de los negocios jurídicos, iv) los criterios de interpretación de las estipulaciones contractuales, v) el concepto y los requisitos de la oferta, vi) las formas de extinción de las obligaciones, vii) la responsabilidad contractual, y otras materias similares relacionadas con el régimen sustantivo del contrato, la ausencia de tales disposiciones en el reglamento interno de contratación de la entidad exceptuada debe suplirse con las normas del Código Civil y del Código de Comercio[[37]](#footnote-38), con la costumbre mercantil[[38]](#footnote-39) y con los principios generales que rigen las relaciones contractuales de los particulares, que ingresan dentro de la categoría de la *lex mercatoria*[[39]](#footnote-40).

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

De otro lado, si lo que en el manual falta –precisamente porque está reservado a la ley– son normas que regulen las inhabilidades e incompatibilidades, en este caso sí se debe acudir a las disposiciones que las consagran y que establecen sus consecuencias, tanto en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, como en leyes complementarias.

En síntesis, los vacíos de los manuales de contratación de las entidades con régimen especial no siempre se llenan de la misma manera, pues ello depende de las materias sobre las cuales exista ausencia de regulación en dicho reglamento interno. Los vacíos en los aspectos sustantivos y en la regulación del contrato se deben llenar con las normas civiles y comerciales, según el caso; los que tengan que ver con asuntos relacionados con el procedimiento administrativo se deben integrar con las normas de la primera parte del CPACA; los relacionados con las normas sobre inhabilidades e incompatibilidades, con las disposiciones que las regulen, contenidas bien sea en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública o en leyes complementarias. Finalmente, pero no por ello menos importante, los vacíos en la definición o alcance de los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal –a los que aluden los artículos 209 y 267 de la Constitución– deben llenarse con una interpretación integral de la carta política, así como con la jurisprudencia constitucional que exista sobre la materia, emanada de la Corte Constitucional o del Consejo de Estado –cuando actúe como tribunal constitucional–.

**3. Respuestas**

«1. ¿Es jurídicamente viable suscribir un convenio interadministrativo entre una entidad pública del orden nacional y una entidad fiduciaria, cuya naturaleza jurídica es la de una entidad estatal en los términos del artículo 2° de la Ley 80 de 1993, cuando ésta actúa en calidad de vocera y administradora de un patrimonio autónomo cuyo régimen de contratación se rige por el derecho privado?

»Lo anterior, teniendo en cuenta que la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto radicado No. 11001-03-06-000-2014-00172-00(2222) del 13 de mayo de 2015, concluye que el régimen legal de los contratos que celebren las fiduciarias estatales con terceros, en su condición de administradoras, voceras y/o representantes de los patrimonios autónomos que han sido confiados a su gestión, es el derecho privado, puesto que corresponde al desarrollo de su actividad comercial».

Según se explicó en las consideraciones de este concepto, el contrato interadministrativo en el régimen jurídico vigente de la contratación estatal se define a partir de un criterio eminentemente subjetivo u orgánico; es decir, que un contrato se califica como interadministrativo cuando se celebra por parte de dos o más entidades estatales –o sea, por parte de órganos que tienen una naturaleza jurídica pública–, con prescindencia de las normas que regulen la relación contractual. En consecuencia, es posible, en abstracto, celebrar el contrato interadministrativo mencionado en su pregunta, así el régimen jurídico del patrimonio autónomo sea el derecho privado. Ahora bien, la viabilidad jurídica, técnica y financiera de la suscripción del contrato en comento deberá analizarse en cada caso, en atención al marco de competencias de las entidades públicas participantes y a los estudios previos que determinen la oportunidad y conveniencia del negocio.

«2. ¿Es viable jurídicamente interpretar que un fondo especial sin personería jurídica creado mediante ley con las características indicadas líneas arriba, y que no reparte utilidades, es asimilable al tipo de entidades mencionadas en el artículo 38 de la Ley 9 de 1989, para efectos de celebrar un contrato de comodato con una entidad pública del orden nacional?

»Dicha norma establece que: *“[l]as entidades públicas no podrán dar en comodato sus inmuebles sino únicamente a otras entidades públicas, sindicatos, cooperativas, asociaciones y fundaciones que no repartan utilidades entre sus asociados o fundadores ni adjudiquen sus activos en el momento de su liquidación a los mismos, juntas de acción comunal, fondos de empleados y las demás que puedan asimilarse a las anteriores, y por un término máximo de cinco (5) años, renovables. (…)”*.

»3. En caso de que la respuesta a la consulta anterior sea afirmativa, ¿es jurídicamente viable que un fondo especial con las características indicadas, celebre un contrato de comodato con una entidad estatal? En particular, ¿bajo qué modalidad de contratación podría celebrarse dicho contrato de comodato?»

El artículo 38 de la Ley 9 de 1989 deja un ámbito de interpretación en la expresión «y las demás que puedan asimilarse a las anteriores». Para esta Subdirección, aquella debe interpretarse en el sentido de que las entidades públicas también pueden celebrar contratos de comodato con sujetos que sean *parecidos* o *asimilables*,en una relación de analogía, a los que se mencionan en el listado enunciativo previsto en dicho artículo. Obsérvese que tal precepto establece que los contratos de comodato solo son admisibles si se celebran con «otras entidades públicas, sindicatos, cooperativas, asociaciones y fundaciones que no repartan utilidades entre sus asociados o fundadores ni adjudiquen sus activos en el momento de su liquidación a los mismos, juntas de acción comunal, fondos de empleados *y las demás que puedan asimilarse a las anteriores*» (cursiva fuera de texto); de lo cual puede inferirse que aquellos sujetos no mencionados expresamente en la norma, pero que tengan características similares a los referidos, también pueden suscribir contratos de comodato con las entidades estatales. Aparte de las entidades públicas, una característica común de los demás entes mencionados en el artículo bajo análisis es que se trata de *personas jurídicas* *sin ánimo de lucro*. En efecto, los sindicatos[[40]](#footnote-41), cooperativas[[41]](#footnote-42), asociaciones y fundaciones que no repartan utilidades[[42]](#footnote-43), juntas de acción comunal[[43]](#footnote-44) y fondos de empleados[[44]](#footnote-45) constituyen *personas jurídicas sin ánimo de lucro*. Por lo tanto, cuando el artículo 38 de la Ley 9 de 1989 permite a las entidades públicas dar en comodato sus inmuebles a dichas formas asociativas y *«a las demás que puedan asimilarse a las anteriores»*, estas últimas deben ser *personas jurídicas* y además *sin ánimo de lucro*.

Los fondos especiales *sin personería jurídica*, como su denominación lo indica, no son personas jurídicas. Además, tampoco son *entidades públicas*. Así lo interpretó la Corte Constitucional en la Sentencia C-485 de 2020[[45]](#footnote-46), cuando indicó que los fondos especiales sin personería jurídica «[…] a diferencia de los que cuentan con personería jurídica, no generan una nueva entidad […] ya que son un mecanismo de manejo de cuentas para un fin determinado dentro de un organismo público». Bajo este entendido, esta Subdirección no observa que los fondos especiales sin personería jurídica sean entidades públicas, ni tampoco *personas jurídicas* sin ánimo de lucro, y por tanto no considera que se enmarquen dentro de la expresión *«a las demás que puedan asimilarse a las anteriores»*, contenida en el artículo 38 de la ley 9ª de 1989, para efectos de celebrar con aquellos contratos de comodato. Sin embargo, es la opinión jurídica de esta Agencia; concepto que, al tenor del artículo 28 de la Ley 1437 de 2011 no es vinculante y no es óbice para que otra autoridad pueda adoptar una interpretación distinta, cumpliendo con la respectiva carga argumentativa razonable.

«4. ¿Es jurídicamente viable aplicar el literal (i) del numeral 4o del artículo 2o de la Ley 1150 de 2007, cuando la entidad pública va a suscribir un contrato de arrendamiento en calidad de arrendataria con un patrimonio autónomo con las características indicadas líneas arriba?»

La causal prevista en el literal i) del numeral 4º del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007[[46]](#footnote-47), que permite a las entidades estatales regidas por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública tomar en arrendamiento[[47]](#footnote-48) o adquirir inmuebles[[48]](#footnote-49), prescinde de la naturaleza jurídica del contratista –es decir, se aplica, independientemente de que este sea una persona jurídica o una forma asociativa sin personería jurídica, pública o privada–, pues lo relevante es que el sujeto que pretende fungir como contratista –arrendador o vendedor– goce de capacidad contractual, de conformidad con el artículo 6 de la Ley 80 de 1993[[49]](#footnote-50). Así que, para la Subdirección de Gestión Contractual, *prima facie* el patrimonio autónomo de un fondo especial sin personería jurídica, al que el ordenamiento le haya conferido capacidad contractual, podría celebrar este tipo de contratos con una entidad estatal. Ahora bien, se dice que lo anterior es en principio, porque en cada caso las entidades estatales y los administradores del patrimonio autónomo deberán establecer si el contrato ingresa dentro del objeto estatutario de los sujetos que intervienen y si es conveniente desde los puntos de vista técnico, financiero y jurídico. Teniendo en cuenta que la función consultiva de esta Agencia solo versa sobre la interpretación de normas de alcance general, aquel es un análisis que debe realizar la entidad estatal contratante.

«5. ¿Es viable jurídicamente, en el marco de un contrato de arrendamiento donde la entidad estatal actúa como arrendataria, pactar la forma de pago en especie a través de la realización de mejoras locativas, atendiendo lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993?

»Lo anterior, bajo el entendido que dicha norma dispone que las entidades pueden celebrar todo tipo de contratos permitidos en la ley y la autonomía de la voluntad que se requieran para el cumplimiento de los fines estatales, siempre que no sean contrarios a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de la administración pública. Al respecto, podría considerarse procedente que una estipulación de pago en especie de un contrato de arrendamiento encaminado a cumplir los funciones de un fondo creado por la ley, no resulta contrario a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de la administración pública».

En efecto, el artículo 40 de la Ley 80 de 1993 establece que «Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales» y agrega que «En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración». En tal sentido, ya que un elemento de la esencia del contrato de arrendamiento es el canon, nada se opone a que este se pueda pactar en especie. El artículo 1.975 del Código Civil establece, por ejemplo, que en el contrato de arrendamiento «El precio puede consistir ya en dinero; ya en frutos naturales de la cosa arrendada; y en este segundo caso puede fijarse una cantidad determinada o una cuota de los frutos de cada cosecha» y el 1.976 dispone que «El precio podrá determinarse de los mismos modos que en el contrato de venta». Además, el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 permite a las entidades estatales celebrar contratos típicos y atípicos, en ejercicio del principio de autonomía de la voluntad. También, el artículo 41 prescribe que los contratos se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la *contraprestación* y este se eleve a escrito, sin que defina la forma en que se debe pactar la contraprestación. Sin perjuicio de lo anterior, no corresponde a esta Subdirección dictaminar si en cada supuesto es posible celebrar o no un contrato o si el pago en especie puede ser la ejecución de mejoras locativas, ya que el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011 solo le brindan competencia para la elaboración de conceptos que contengan la interpretación de normas de alcance general. Por tanto, una vez determinado, en abstracto, que es consecuente con la autonomía de la voluntad la estipulación de un canon en especie, corresponde a las entidades estatales contratantes hacer los estudios previos con fundamento en los cuales puedan concluir si resulta económico, razonable y viable jurídicamente en cada caso la suscripción del contrato con tales condiciones, respetando los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal.

«6. En caso de ser viable lo consultado en la pregunta anterior ¿Sería aplicable la causal de contratación establecida en el literal (i) del numeral 4o del artículo 2o de la Ley 1150 de 2007?»

Se reitera la respuesta a la pregunta número 4, en el sentido de que si, como producto de los estudios previos, la entidad estatal contratante determina que es conveniente, técnica, financiera y jurídicamente, la celebración del contrato de arrendamiento –en calidad de arrendataria–, se puede utilizar la causal prevista en el artículo 2, numeral 4º, literal i), siempre y cuando la entidad estatal contratante esté sometida al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, ya que aquella es una causal de contratación directa dirigida a este tipo de entidades estatales. Sin embargo, se insiste en que, en últimas, la viabilidad de la celebración del contrato se debe determinar en cada supuesto fáctico por la entidad pública contratante, garantizando los principios de la contratación estatal.

«7. En caso de que los reglamentos establecidos por los fondos especiales con las características indicadas, e.g. manuales de contratación, establezcan expresamente la posibilidad de contratar de forma directa con entidades públicas, ¿dichos manuales pueden ser aplicables, o deben prevalecer las normas de la Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007, así como las demás que resulten aplicables en materia de contratación pública?».

De conformidad con los artículos 88 y 89 de la Ley 1437 de 2011, «Los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo […]» y «Salvo disposición legal en contrario, los actos en firme serán suficientes para que las autoridades, por sí mismas, puedan ejecutarlos de inmediato». Los manuales internos de contratación son reglamentos, es decir, actos administrativos de carácter general con vocación de permanencia en el tiempo. En tal sentido, están revestidos de los atributos de presunción de legalidad y de ejecutoriedad, previstos en los referidos artículos. Por tanto, al presumirse legales y tener fuerza ejecutoria, se deben aplicar, salvo que sobre ellos recaiga una medida de suspensión provisional[[50]](#footnote-51) o que resulte procedente la excepción de inconstitucionalidad[[51]](#footnote-52). Pero el control por vía de excepción de ilegalidad no es posible en sede administrativa, no solo porque así lo proscribió la Corte Constitucional en la Sentencia C-037 de 2000[[52]](#footnote-53), sino porque así lo establece también el artículo 148 de la Ley 1437 de 2011[[53]](#footnote-54), que solo admite dicha excepción en sede contencioso-administrativa. Esto permite concluir que si el manual interno de contratación del fondo especial establece que la modalidad contractual es la contratación directa –con arreglo al derecho privado–, debe aplicarse lo previsto en él, salvo en los eventos señalados en esta respuesta.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Cristian Andrés Díaz DíezContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Sebastián Ramírez GrisalesContratista de la Subdirección de Gestión Contractual  |
| Aprobó: | Andrés Ricardo Mancipe González Subdirector de Gestión Contractual (E) |

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. Dicho numeral establece: «Encargos Fiduciarios y Fiducia Pública.

»Los encargos fiduciarios que celebren las entidades estatales con las sociedades fiduciarias autorizadas por la Superintendencia Bancaria, tendrán por objeto la administración o el manejo de los recursos vinculados a los contratos que tales entidades celebren. Lo anterior sin perjuicio de lo previsto en el numeral 20 del artículo 25 de esta ley.

»Los encargos fiduciarios y los contratos de fiducia pública sólo podrán celebrarse por las entidades estatales con estricta sujeción a lo dispuesto en el presente estatuto, únicamente para objetos y con plazos precisamente determinados. En ningún caso las entidades públicas fideicomitentes podrán delegar en las sociedades fiduciarias la adjudicación de los contratos que se celebren en desarrollo del encargo o de la fiducia pública, ni pactar su remuneración con cargo a los rendimientos del fideicomiso, salvo que éstos se encuentren presupuestados.

»Los encargos fiduciarios y los contratos de fiducia mercantil que a la fecha de promulgación de esta ley hayan sido suscritos por las entidades estatales, continuarán vigentes en los términos convenidos con las sociedades fiduciarias.

»[Inciso modificado por el artículo 25 de la Ley 1150 de 2007] La selección de las sociedades fiduciarias a contratar, sea pública o privada, se hará con rigurosa observancia del procedimiento de licitación o concurso previsto en esta ley. No obstante, los excedentes de tesorería de las entidades estatales, se podrán invertir directamente en fondos comunes ordinarios administrados por sociedades fiduciarias, sin necesidad de acudir a un proceso de licitación pública.

»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.

»Sin perjuicio de la inspección y vigilancia que sobre las sociedades fiduciarias corresponde ejercer a la Superintendencia Bancaria y del control posterior que deben realizar la Contraloría General de la República y las Contralorías Departamentales, Distritales y Municipales sobre la administración de los recursos públicos por tales sociedades, las entidades estatales ejercerán un control sobre la actuación de la sociedad fiduciaria en desarrollo de los encargos fiduciarios o contratos de fiducia, de acuerdo con la Constitución Política y las normas vigentes sobre la materia.

»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.

»A la fiducia pública le serán aplicables las normas del Código de Comercio sobre fiducia mercantil, en cuanto sean compatibles con lo dispuesto en esta ley.

»So pena de nulidad no podrán 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-4)
4. Así lo expresó el alto tribunal: «Para la Corte, las anteriores condiciones del referido contrato, y teniendo de presente la enunciación de los contratos estatales a que se refiere el artículo 32 de la citada ley -donde se incluyen los previstos en el derecho privado y los derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad-, obligan a concluir que el Estatuto General de Contratación Administrativa creó un nuevo tipo de contrato, sin definirlo, denominado "fiducia pública", el cual no se relaciona con el contrato de fiducia mercantil contenido en el Código de Comercio y en las disposiciones propias del sistema financiero. Se trata, pues, de un contrato autónomo e independiente, más parecido a un encargo fiduciario que a una fiducia (por el no traspaso de la propiedad, ni la constitución de un patrimonio autónomo), al que le serán aplicables las normas del Código de Comercio sobre fiducia mercantil, "en cuanto sean compatibles con lo dispuesto en esta ley". Así, por ejemplo, al establecer la Ley 80 que el contrato de fiducia pública no comporta la transferencia de dominio ni la constitución de un patrimonio autónomo, entonces no le serán aplicables las normas correspondientes contenidas en el Código de Comercio, sin que ello signifique que se altera la naturaleza del contrato de fiducia mercantil. En otras palabras, esta Corporación encuentra que, en la actualidad, las entidades estatales podrán celebrar el contrato de fiducia pública en los términos del numeral 5o. del artículo 32, o el contrato de fiducia mercantil de acuerdo con lo dispuesto en el Código de Comercio y en las normas generales de contratación administrativa previstas en la citada Ley 80 de 1993». [↑](#footnote-ref-5)
5. 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-6)
6. «Artículo 67. Aeropuerto del Café – AEROCAFÉ. Los recursos destinados al desarrollo del Proyecto del Aeropuerto del Café – AEROCAFÉ, serán ejecutados a través de un patrimonio autónomo que para tal efecto constituya la Aeronáutica Civil.

»El patrimonio autónomo podrá recibir aportes del Gobierno nacional, del departamento de Caldas y de sus municipios; y aceptar donaciones del sector público o privado, nacional e internacional. Así mismo, podrá celebrar operaciones de financiamiento interno o externo a nombre del patrimonio autónomo para lo cual la Nación o las entidades territoriales podrán otorgar los avales o garantías respectivas, hasta por el monto de los aportes que cada uno se haya comprometido.

»El régimen de contratación y administración de sus recursos se regirá por el derecho privado, con plena observancia de los principios de transparencia, economía, igualdad y publicidad, definidos por la Constitución y la Ley. El control fiscal de los recursos lo ejercerá la Contraloría General de la República». [↑](#footnote-ref-7)
7. 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-8)
8. En sitio web: [https://relatoria.blob.core.windows.net/$web/files/conceptos-juridicos/CGR-OJ-0084-2017.PDF](https://relatoria.blob.core.windows.net/%24web/files/conceptos-juridicos/CGR-OJ-0084-2017.PDF) [↑](#footnote-ref-9)
9. «[…] el artículo 669 del Código Civil instaura que el dominio o propiedad es un derecho real sobre una cosa corporal, para gozar y disponer de ella contra derecho ajeno. Transferir la propiedad de los recursos del Estado sin que medie la finalidad prescrita por la Constitución para los mismos, indudablemente atenta contra derechos colectivos. Por ello, entre otras cosas, en el contrato de fiducia sobre recursos del Estado no se puede transferir el dominio pleno sobre ese bien que son los recursos públicos. Tampoco será aceptable en el ordenamiento jurídico colombiano que se mantenga izado un acuerdo que pretenda burlar la vigilancia o control sobre recursos del Estado; la simple formalidad sede necesariamente ante la materialidad de los hechos, en este orden ha señalado la Honorable Corte Constitucional, que donde quiera que hayan recursos públicos debe estar siempre presente la vigilancia y el control fiscal». [↑](#footnote-ref-10)
10. «El Estado transfiere para su administración unos recursos públicos, pero es diáfano que la administración es diferente al dominio. El titular del derecho de dominio sobre los recursos sigue siendo el Estado, sin que por el hecho de realizar un contrato de fiducia, que es esencialmente instrumental, pierda tal calidad. El artículo 1244 del Código de Comercio es ilustrativo para esclarecer este punto: “Será ineficaz toda estipulación que disponga que el fiduciario adquirirá definitivamente, por causa del negocio fiduciario, el dominio de los bienes fideicomitidos”.

»La razón de ser de la fiducia mercantil en este caso, es acudir a un administrador de los recursos públicos, no transferir sobre los mismos el derecho de propiedad o dominio». [↑](#footnote-ref-11)
11. «Artículo 1234. Otros deberes indelegables del fiduciario. Son deberes indelegables del fiduciario, además de los previstos en el acto constitutivo, los siguientes:

»[…].

»8) Rendir cuentas comprobadas de su gestión al beneficiario cada seis meses». [↑](#footnote-ref-12)
12. «Artículo 1236. derechos del fiduciante. Al fiduciante le corresponderán los siguientes derechos: »[…].

»4) Exigir rendición de cuentas». [↑](#footnote-ref-13)
13. Ley 80 de 1993: «Artículo 2. De la definición de entidades, servidores y servicios públicos. Para los solos efectos de esta ley:

»1. Se denominan entidades estatales:

»a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.

»b) El Senado de la República, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, distritales y municipales, la Procuraduría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil, los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, las unidades administrativas especiales y, en general, los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos». [↑](#footnote-ref-14)
14. Ley 1150 de 2007: «Artículo 2. 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 [...]». [↑](#footnote-ref-15)
15. Decreto 1082 de 2015: «Artículo 2.2.1.2.1.4.4. Convenios o contratos interadministrativos. La modalidad de selección para la contratación entre Entidades Estatales es la contratación directa; y en consecuencia, le es aplicable lo establecido en el artículo 2.2.1.2.1.4.1 del presente decreto.

»Cuando la totalidad del presupuesto de una Entidad Estatal hace parte del presupuesto de otra con ocasión de un convenio o contrato interadministrativo, el monto del presupuesto de la primera deberá deducirse del presupuesto de la segunda para determinar la capacidad contractual de las Entidades Estatales». [↑](#footnote-ref-16)
16. Ley 1150 de 2007: «Artículo 2, numeral 4, literal c. […] Se exceptúan los contratos de obra, suministro, prestación de servicios de evaluación de conformidad respecto de las normas o reglamentos técnicos, encargos fiduciarios y fiducia pública cuando las instituciones de educación superior públicas o las Sociedades de Economía Mixta con participación mayoritaria del Estado, o las personas jurídicas sin ánimo de lucro conformadas por la asociación de entidades públicas, o las federaciones de entidades territoriales sean las ejecutoras. Estos contratos podrán ser ejecutados por las mismas, siempre que participen en procesos de licitación pública o contratación abreviada de acuerdo con lo dispuesto por los numerales 1 y 2 del presente artículo». [↑](#footnote-ref-17)
17. Ley 80 de 1993: «Artículo 41. Del perfeccionamiento del contrato. Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito.

[…]». [↑](#footnote-ref-18)
18. Código Civil: «Artículo 27. Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor a pretexto de consultar su espíritu». [↑](#footnote-ref-19)
19. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 23 de junio de 2010. Radicación No. 66001-23-31-000-1998-00261-01(17.860). Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez. [↑](#footnote-ref-20)
20. Consejo de Estado. Sentencia del 29 de agosto de 2007. Radicado No. 15.305. Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez. [↑](#footnote-ref-21)
21. Consejo de Estado. Sala de consulta y servicio civil. Sentencia del 20 de febrero de 2006. Radicado No. 1.727. Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo. [↑](#footnote-ref-22)
22. Ley 1150 de 2007: Artículo 2, numeral 4, literal c): «[...] Se exceptúan los contratos de obra, suministro, prestación de servicios de evaluación de conformidad respecto de las normas o reglamentos técnicos, encargos fiduciarios y fiducia pública cuando las instituciones de educación superior públicas o las Sociedades de Economía Mixta con participación mayoritaria del Estado, o las personas jurídicas sin ánimo de lucro conformadas por la asociación de entidades públicas, o las federaciones de entidades territoriales sean las ejecutoras. Estos contratos podrán ser ejecutados por las mismas, siempre que participen en procesos de licitación pública o contratación abreviada de acuerdo con lo dispuesto por los numerales 1 y 2 del presente artículo

[...]». [↑](#footnote-ref-23)
23. Ley 150 de 2007: «Artículo 7. De las garantías en la contratación.

[…]

»Las garantías no serán obligatorias en los contratos de empréstito, en los interadministrativos, en los de seguro y en los contratos cuyo valor sea inferior al 10% de la menor cuantía a que se refiere esta ley, caso en el cual corresponderá a la entidad determinar la necesidad de exigirla, atendiendo a la naturaleza del objeto del contrato y a la forma de pago, así como en los demás que señale el reglamento.

[…]». [↑](#footnote-ref-24)
24. Decreto 1082 de 2015: «Artículo 2.2.1.2.1.4.5. No obligatoriedad de garantías. En la contratación directa la exigencia de garantías establecidas en la Sección 3, que comprende los artículos 2.2.1.2.3.1.1 al 2.2.1.2.3.5.1.del presente decreto no es obligatoria y la justificación para exigirlas o no debe estar en los estudios y documentos previos». [↑](#footnote-ref-25)
25. Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente. Guía para las Entidades Estatales con régimen especial de contratación: «Entidad Estatal de régimen especial: Entidad Estatal que realiza sus Procesos de Contratación con un régimen distinto al previsto en las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007». [↑](#footnote-ref-26)
26. Consejo de Estado. Sección Tercera. Radicado No. 45.607 del 24 de octubre de 2016. Consejera Ponente: María Nubia Velásquez Rico. [↑](#footnote-ref-27)
27. Sobre las entidades de régimen especial, se puede consultar su definición y un listado aproximado de este tipo de entidades en: BARRETO MORENO, Antonio A. El derecho de la compra pública. Legis - Universidad de la Sabana, primera edición, Bogotá, 2019.

 [↑](#footnote-ref-28)
28. Es el caso de: i) las empresas sociales del Estado (art. 195, num. 6, Ley 100/1993), ii) las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios (arts. 31 y 32, Ley 142/94); iii) las empresas industriales y comerciales del Estado, sociedades públicas y sociedades de economía mixta con capital público mayoritario, siempre que las tres entidades mencionadas anteriormente se encuentren en competencia con el sector público o privado, a nivel nacional o internacional, o ejerzan su actividad en un mercado regulado (art. 14, Ley 1150/07); iv) las universidades públicas (art. 93, Ley 30/92); entre otras.

 [↑](#footnote-ref-29)
29. Leyes que, a su vez, han sido modificadas por otras posteriores, como las Leyes 1474 de 2011 y 1882 de 2018, entre otras. Así mismo, se recuerda que el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública se encuentra reglamentado actualmente por el Decreto 1082 de 2015. [↑](#footnote-ref-30)
30. Así lo sostuvo el Consejo de Estado: «Esta Sala, en sentido contrario al del tribunal, recuerda que las normas que establecen la manera como se perfecciona un contrato son de orden público, por tanto indisponibles por las partes, así que para las entidades excluidas de la Ley 80, un contrato existe si cumple las exigencias del ordenamiento privado; ni siquiera las del manual de contratación que expide cada hospital, ni las que prevean las partes en un contrato específico, porque los últimos no pueden reducirlas o adicionarlas, puesto que semejante acuerdo adolecerá de nulidad, al transgredir el derecho público de la nación.

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

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

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

»c. Si la entidad excluida de Ley 80 profirió un reglamento o manual de contratación, para señalar con certidumbre la manera como contratará los bienes, obras y servicios de su interés, los requisitos de perfeccionamiento de sus contratos tampoco son disponibles por ese estatuto, porque esta materia está reservada a la ley. Por tanto, cuándo existe un contrato es un aspecto que define el derecho privado, y la entidad no lo puede alterar, ni para atenuar ni para hacer más exigentes los requisitos» (Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 8 de abril de 2014. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. Expediente: 25.801). [↑](#footnote-ref-31)
31. Sobre el concepto de *lagunas* en el sistema normativo, es decir, de *vacíos* de regulación, puede verse: GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. Filosofía del Derecho. 17ª ed. México: Porrúa, 2011. pp. 222-245. [↑](#footnote-ref-32)
32. Identificada con la referencia G-EEREC-01 y publicada en el siguiente enlace: https://colombiacompra.gov.co/sites/cce\_public/files/cce\_documents/cce\_guia\_regimen\_especial.pdf [↑](#footnote-ref-33)
33. «ARTÍCULO 2o. ÁMBITO DE APLICACIÓN. Las normas de esta Parte Primera del Código se aplican a todos los organismos y entidades que conforman las ramas del poder público en sus distintos órdenes, sectores y niveles, a los órganos autónomos e independientes del Estado y a los particulares, cuando cumplan funciones administrativas. A todos ellos se les dará el nombre de autoridades.

»Las disposiciones de esta Parte Primera no se aplicarán en los procedimientos militares o de policía que por su naturaleza requieran decisiones de aplicación inmediata, para evitar o remediar perturbaciones de orden público en los aspectos de defensa nacional, seguridad, tranquilidad, salubridad, y circulación de personas y cosas. Tampoco se aplicarán para ejercer la facultad de libre nombramiento y remoción.

»Las autoridades sujetarán sus actuaciones a los procedimientos que se establecen en este Código, sin perjuicio de los procedimientos regulados en leyes especiales. En lo no previsto en los mismos se aplicarán las disposiciones de este Código». [↑](#footnote-ref-34)
34. «ARTÍCULO 34. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN Y PRINCIPAL. Las actuaciones administrativas se sujetarán al procedimiento administrativo común y principal que se establece en este Código, sin perjuicio de los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales. En lo no previsto en dichas leyes se aplicarán las disposiciones de esta Parte Primera del Código». [↑](#footnote-ref-35)
35. «ARTÍCULO 47. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO. Los procedimientos administrativos de carácter sancionatorio no regulados por leyes especiales o por el Código Disciplinario Único se sujetarán a las disposiciones de esta Parte Primera del Código. Los preceptos de este Código se aplicarán también en lo no previsto por dichas leyes.

»Las actuaciones administrativas de naturaleza sancionatoria podrán iniciarse de oficio o por solicitud de cualquier persona. Cuando como resultado de averiguaciones preliminares, la autoridad establezca que existen méritos para adelantar un procedimiento sancionatorio, así lo comunicará al interesado. Concluidas las averiguaciones preliminares, si fuere del caso, formulará cargos mediante acto administrativo en el que señalará, con precisión y claridad, los hechos que lo originan, las personas naturales o jurídicas objeto de la investigación, las disposiciones presuntamente vulneradas y las sanciones o medidas que serian procedentes Este acto administrativo deberá ser notificado personalmente a los investigados. Contra esta decisión no procede recurso.

»Los investigados podrán, dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación de la formulación de cargos, presentar los descargos y solicitar o aportar las pruebas que pretendan hacer valer. Serán rechazadas de manera motivada, las inconducentes, las impertinentes y las superfluas y no se atenderán las practicadas ilegalmente.

»PARÁGRAFO. Las actuaciones administrativas contractuales sancionatorias, incluyendo los recursos, se regirán por lo dispuesto en las normas especiales sobre la materia». [↑](#footnote-ref-36)
36. Bien por la reserva legal de las materias o porque no las reguló. [↑](#footnote-ref-37)
37. El artículo 1º del Código de Comercio establece que: «Los comerciantes y los asuntos mercantiles se regirán por las disposiciones de la ley comercial, y los casos no regulados expresamente en ella serán decididos por analogía de sus normas»; mientras que el artículo 2º señala que: «En las cuestiones comerciales que no pudieren regularse conforme a la regla anterior, se aplicarán las disposiciones de la legislación civil». Esto significa que en el derecho privado las normas comerciales prevalecen sobre las civiles en asuntos mercantiles. [↑](#footnote-ref-38)
38. «La costumbre mercantil tendrá la misma autoridad que la ley comercial, siempre que no la contraríe manifiesta o tácitamente y que los hechos constitutivos de la misma sean públicos, uniformes y reiterados en el lugar donde hayan de cumplirse las prestaciones o surgido las relaciones que deban regularse por ella.

»En defecto de costumbre local se tendrá en cuenta la general del país, siempre que reúna los requisitos exigidos en el inciso anterior» (art. 3 del Código de Comercio). [↑](#footnote-ref-39)
39. Dentro de tales principio se encuentran, por ejemplo, los principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales. Ver: https://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2010/blackletter2010-spanish.pdf [↑](#footnote-ref-40)
40. El artículo 355 del Código Sustantivo del Trabajo establece que «Los sindicatos no pueden tener por objeto la explotación de negocios o actividades con fines de lucro». [↑](#footnote-ref-41)
41. Los artículos 3º y 4º de la Ley 79 de 1988 expresan en su primer inciso, respectivamente, que: «Es acuerdo cooperativo el contrato que se celebra por un número determinado de personas, con el objetivo de crear y organizar una persona jurídica de derecho privado denominada cooperativa, cuyas actividades deben cumplirse con fines de interés social y sin ánimo de lucro» y que «Es cooperativa la empresa asociativa sin ánimo de lucro; en la cual los trabajadores o los usuarios, según el caso, son simultáneamente los aportantes y los gestores de la empresa, creada con el objeto de producir o distribuir conjunta y eficientemente bienes o servicios para satisfacer las necesidades de sus asociados y de la comunidad en general». [↑](#footnote-ref-42)
42. Ello explica por qué el artículo 633 del Código Civil establece que «Las personas jurídicas son de dos especies: corporaciones y fundaciones de beneficencia pública». [↑](#footnote-ref-43)
43. El literal a) del artículo 8 de la Ley 743 de 2002 dice que: «La junta de acción comunal es una organización cívica, social y comunitaria de gestión social, sin ánimo de lucro, de naturaleza solidaria, con personería jurídica y patrimonio propio, integrada voluntariamente por los residentes de un lugar que aúnan esfuerzos y recursos para procurar un desarrollo integral, sostenible y sustentable con fundamento en el ejercicio de la democracia participativa». [↑](#footnote-ref-44)
44. Según el artículo 2 del Decreto 1481 de 1989, «Los fondos de empleados son empresas asociativas, de derecho privado, sin ánimo de lucro, constituidas por trabajadores dependientes y subordinados […]». [↑](#footnote-ref-45)
45. Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett. [↑](#footnote-ref-46)
46. Esta causal indica que procede la contratación directa para el «i) El arrendamiento o adquisición de inmuebles». [↑](#footnote-ref-47)
47. Decreto 1082 de 2015: «Artículo 2.2.1.2.1.4.11. Arrendamiento de bienes inmuebles. Las Entidades Estatales pueden alquilar o arrendar inmuebles mediante contratación directa para lo cual deben seguir las siguientes reglas:

»1. Verificar las condiciones del mercado inmobiliario en la ciudad en la que la Entidad Estatal requiere el inmueble.

»2. Analizar y comparar las condiciones de los bienes inmuebles que satisfacen las necesidades identificadas y las opciones de arrendamiento, análisis que deberá tener en cuenta los principios y objetivos del sistema de compra y contratación pública». [↑](#footnote-ref-48)
48. Decreto 1082 de 2015: «Artículo 2.2.1.2.1.4.10. Adquisición de bienes inmuebles. Las Entidades Estatales pueden adquirir bienes inmuebles mediante contratación directa para lo cual deben seguir las siguientes reglas:

»1. Avaluar con una institución especializada el bien o los bienes inmuebles identificados que satisfagan las necesidades que tiene la Entidad Estatal.

»2. Analizar y comparar las condiciones de los bienes inmuebles que satisfacen las necesidades identificadas y las opciones de adquisición, análisis que deberá tener en cuenta los principios y objetivos del sistema de compras y contratación pública.

»3. La Entidad Estatal puede hacer parte de un proyecto inmobiliario para adquirir el bien inmueble que satisfaga la necesidad que ha identificado, caso en el cual no requiere el avalúo de que trata el numeral 1 anterior». [↑](#footnote-ref-49)
49. Este artículo establece: «Pueden celebrar contratos con las entidades estatales las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes. También podrán celebrar contratos con las entidades estatales, los consorcios y uniones temporales.

»Las personas jurídicas nacionales y extranjeras deberán acreditar que su duración no será inferior a la del plazo del contrato y un año más». [↑](#footnote-ref-50)
50. Según el artículo 238 de la Constitución Política, «La jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial». [↑](#footnote-ref-51)
51. El artículo 4º de la Constitución señala: «La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales». [↑](#footnote-ref-52)
52. Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa. [↑](#footnote-ref-53)
53. Así lo indica dicha norma: «En los procesos que se adelanten ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, inaplicar con efectos interpartes los actos administrativos cuando vulneren la Constitución Política o la ley.

»La decisión consistente en inaplicar un acto administrativo sólo producirá efectos en relación con el proceso dentro del cual se adopte». [↑](#footnote-ref-54)