**CONTRATO ESTATAL – Régimen jurídico**

Respecto al régimen jurídico de las *entidades sometidas*, es necesario tener en cuenta que el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública define los contratos de obra, consultoría, prestación de servicios, concesión, encargos fiduciarios y fiducia pública. Sin embargo, se trata de un listado enunciativo, pues la Ley 80 de 1993 se integra con las tipologías contractuales previstas en el derecho privado. Por ello, el inciso primero del artículo 13 dispone que “Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2o. del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley”.

**RÉGIMEN EXCEPCIONAL – Justificación – Criterios de clasificación**

La existencia de entidades exceptuadas del EGCAP se ha justificado por alguna de las siguientes tres (3) circunstancias: i) facilitar la competencia económica –como ocurre actualmente respecto al régimen de los servicios públicos domiciliarios–, ii) flexibilizar el ejercicio de la función administrativa –como en los contratos del Banco de la República o los de ciencia y tecnología– o iii) establecer un régimen especial sin excluir por completo la aplicación de la Ley 80 de 1993 –como ocurre en la operaciones del crédito público–. Para estos efectos, la doctrina ha identificado 171 entidades y contratos que manejan un régimen excepcional, los cuales se clasifican de acuerdo i) al sector económico, ii) la asignación de un esquema legal especial, iii) el objeto del contrato celebrado y iv) la existencia de fondos que administran recursos públicos.

**CONTRATO ESTATAL – Criterio orgánico**

Sea que se trate de un negocio jurídico sometido o excluido de la Ley 80 de 1993, lo importante es que –al margen del objeto– el contrato estatal se identifica por el criterio orgánico o subjetivo. Por ello, el Consejo de Estado explica que el “[…] elemento esencial para calificar de estatal un contrato, es que haya sido celebrado por una entidad estatal, es decir, una entidad pública con capacidad legal para celebrarlo. Dicho de otro modo,no existen contratos estatales celebrados entre particulares, ni siquiera cuando éstos han sido habilitados legalmente para el ejercicio de funciones públicas”.

**EGCAP – Ámbito de aplicación**

La Ley 80 de 1993 rige para las *entidades estatales*, esto es, aquellas previstas en los literales a) y b) del numeral 1 del artículo 2 *ibidem*. El literal a) aplica a las entidades con personería jurídica. Alude 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.

En contraste, el literal b) rige para las autoridades que carecen de personería, pero a las que el ordenamiento les otorga “capacidad” para celebrar contratos. Estas entidades son 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. De acuerdo con el artículo 352 superior, este último apartado debe armonizarse con el artículo 110 del Decreto 111 de 1996, modificado por el artículo 124 de la Ley 1957 de 2019.

**EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS – Régimen especial de contratación**

[…] el inciso segundo del 365 constitucional dispone que “Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares […]”. Por ello, el inciso primero del artículo 31 de la Ley 142 de 1994 dispuso expresamente que “Los contratos que celebren las *entidades estatales que prestan los servicios públicos* a los que se refiere esta ley no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa” (Énfasis fuera de texto). Asimismo, el inciso primero del artículo 32 *ibidem* precisa lo siguiente: “Salvo en cuanto la Constitución Política o esta Ley dispongan expresamente lo contrario, la constitución, y los actos de todas las *empresas de servicios públicos*, así como los requeridos para la administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas que sean socias de ellas, en lo no dispuesto en esta Ley, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado” (Énfasis fuera de texto).

Bogotá D.C., 06 de Noviembre de 2024



Teniente Coronel

**Jorge Alexander Flechas Flórez**

kate.gordonalbarracin@buzonejercito.mil.co

Bogotá D.C.

|  |  |
| --- | --- |
|  | **Concepto C – 659 de 2024** |
| **Temas:**  | CONTRATO ESTATAL – Régimen jurídico / RÉGIMEN EXCEPCIONAL – Justificación – Criterios de clasificación / CONTRATO ESTATAL – Criterio orgánico / EGCAP – Ámbito de aplicación / EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS – Régimen especial de contratación   |
| **Radicación:**  | Respuesta a la consulta con radicado No. P20240925009794  |

Estimado Coronel Flechas Flórez:

En ejercicio de la competencia otorgada por los artículos 3, numeral 5º, y 11, numeral 8º, del Decreto Ley 4170 de 2011, así como lo establecido en el artículo 4 de la Resolución 1707 de 2018 expedida por esta Entidad, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente responde su solicitud de consulta de fecha 25 de septiembre de 2024, en la cual pregunta lo siguiente:

“¿Para obras de infraestructura y redes propias necesarias para la prestación de los servicios públicos y sus actividades complementarias, aplica el régimen legal establecido en la Ley 142 de 1994 normativa que regula los contratos de las empresas de servicios públicos domiciliarios, o por el contrario debe someterse a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública? ¿Cuál es fundamento jurídico y/o normativo?”.

De manera preliminar, resulta necesario acotar que esta entidad sólo tiene competencia para responder consultas sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. En ese sentido, resolver casos particulares desborda las atribuciones asignadas por el legislador extraordinario, que no concibió a Colombia Compra Eficiente como una autoridad para solucionar problemas jurídicos concretos de todos los partícipes del sistema de compra pública. La competencia de esta entidad se fija con límites claros, con el objeto de evitar que la Agencia actúe como una instancia de validación de las actuaciones de las entidades sujetas a la Ley 80 de 1993 o de los demás participantes de la contratación pública. Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias ni a brindar asesorías sobre casos puntuales.

Conforme lo expuesto, en aras de satisfacer el derecho fundamental de petición se resolverá su consulta dentro de los límites de la referida competencia consultiva, esto es, haciendo abstracción de las circunstancias específicas que la hayan motivado, pero haciendo unas consideraciones sobre las normas generales relacionadas con el problema jurídico de su consulta.

1. **Problema planteado:**

De acuerdo con el contenido de su solicitud, esta Agencia resolverá el siguiente problema jurídico: ¿qué contratos se someten al EGCAP y cuáles al régimen especial previsto en la Ley 142 de 1994?

1. **Respuesta:**

|  |
| --- |
| Conforme a la interpretación de las normas generales del sistema de compras y contratación pública, la Ley 80 de 1993 rige para las *entidades estatales*, esto es, aquellas previstas en los literales a) y b) del numeral 1 del artículo 2 *ibidem*. El literal a) aplica a las entidades con personería jurídica. Alude 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.En contraste, el literal b) rige para las autoridades que carecen de personería, pero a las que el ordenamiento les otorga “capacidad” para celebrar contratos. Estas entidades son 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. De acuerdo con el artículo 352 superior, este último apartado debe armonizarse con el artículo 110 del Decreto 111 de 1996, modificado por el artículo 124 de la Ley 1957 de 2019.Por su parte, el inciso primero del artículo 31 de la Ley 142 de 1994 dispuso expresamente que “Los contratos que celebren las *entidades estatales que prestan los servicios públicos* a los que se refiere esta ley no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa” (Énfasis fuera de texto). Asimismo, el inciso primero del artículo 32 *ibidem* precisa lo siguiente: “Salvo en cuanto la Constitución Política o esta Ley dispongan expresamente lo contrario, la constitución, y los actos de todas las *empresas de servicios públicos*, así como los requeridos para la administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas que sean socias de ellas, en lo no dispuesto en esta Ley, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado” (Énfasis fuera de texto). Respecto a las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, conviene señalar, acorde con lo expresado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-736 de 2007, que aquellas son entidades descentralizadas por servicios, independientemente de la naturaleza y porcentaje de su capital. En otras palabras, aunque el artículo 14 de la Ley 142 de 1994 establece que las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios pueden ser *oficiales*, *mixtas* o *privadas*, estas tres especies ingresan en la categoría de las *entidades descentralizadas por servicios*. Sin perjuicio de lo anterior, el artículo 17 de la Ley 142 de 1994 establece que “Las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional, cuyos propietarios no deseen que su capital esté representado en acciones, *deberán adoptar la forma de empresa industrial y comercial del estado*” (Énfasis fuera de texto).Sólo las empresas prestadoras de servicios públicos se someten al régimen especial de la Ley 142 de 1994. Las demás entidades del Estado deberán aplicar la Ley 80 de 1993 o, en su defecto, las del régimen especial correspondiente de acuerdo con su naturaleza jurídica u objeto.Al margen de la explicación precedente debe advertirse que el análisis requerido para resolver problemas específicos en torno al régimen jurídico de los negocios suscritos debe ser realizado por quienes tengan interés en ello, de acuerdo con lo explicado la aclaración preliminar del presente oficio. Por lo anterior, la solución de situaciones particulares corresponde a los interesados adoptar la decisión correspondiente y, en caso de conflicto, a las autoridades judiciales, fiscales y disciplinarias. Así, cada entidad definirá la forma de adelantar su gestión contractual, sin que sea atribución de Colombia Compra Eficiente validar sus actuaciones. |

1. **Razones de la respuesta:**

Lo anterior se sustenta en las siguientes consideraciones:

i. Respecto al régimen jurídico de las *entidades sometidas*, es necesario tener en cuenta que el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública define los contratos de obra, consultoría, prestación de servicios, concesión, encargos fiduciarios y fiducia pública. Sin embargo, se trata de un listado enunciativo, pues la Ley 80 de 1993 se integra con las tipologías contractuales previstas en el derecho privado. Por ello, el inciso primero del artículo 13 dispone que “Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2o. del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley”.

Dicha idea también se reitera en el EGCAP considerando que “Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad” –art. 32, inciso primero–. Asimismo, dispone que “Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza” –art. 40, inciso primero–.

De esta manera, los contratos de las entidades sujetas al Estatuto General de Contratación se rigen generalmente por el derecho privado y excepcionalmente por el derecho público, pues las normas civiles y comerciales son el derecho común de los contratos estatales[[1]](#footnote-1). Para la doctrina, la mixtura del régimen contractual:

“[…] no hace otra cosa que aprovechar ciertos principios rectores de la contratación general que aunque tengan su consagración en códigos de derecho privado como el civil o el comercial, no son propios y exclusivos de este derecho. Baste pensar en los requisitos de consentimiento válido, objeto y causa lícitos, capacidad, elementos esenciales según la naturaleza de cada contrato, responsabilidad, naturaleza de las obligaciones emanadas de los mismos, etc. etc. Extremos éstos que de derecho privado no tienen sino su presentación formal o el nombre y que la tradición, desde su origen romano, se acostumbró a calificarlos así y a no preocuparse por su cuestionamiento o definición.

En otras palabras, extremos como los indicados no son ni de derecho público ni de derecho privado, sino, simplemente, de derecho propio, aplicables a toda relación contractual, con prescindencia de la naturaleza de los sujetos involucrados en la misma”[[2]](#footnote-2).

 Ello no implica una privatización absoluta del régimen contractual de las entidades públicas, pues la Ley 80 de 1993 –entre otros aspectos– regula especialmente la capacidad jurídica –inhabilidades, incompatibilidades, consorcios y uniones temporales y registro único de proponentes–, las reglas de selección objetiva –procedimientos de selección–, así como algunos aspectos de ejecución contractual –manejo del riesgo, cláusulas exorbitantes y tipologías contractuales–. Por ello, con excepción de las materias expresamente reguladas en el Estatuto de Contratación, es posible la aplicación de las normas de derecho privado.

No obstante, aunque tenga una influencia limitada, las *entidades del régimen exceptuado* no se deslingan por completo de las normas de derecho público. Esto en la medida que el inciso primero del artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 prescribe lo siguiente: “Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal”.

La existencia de entidades exceptuadas del EGCAP se ha justificado por alguna de las siguientes tres (3) circunstancias: i) facilitar la competencia económica –como ocurre actualmente respecto al régimen de los servicios públicos domiciliarios–, ii) flexibilizar el ejercicio de la función administrativa –como en los contratos del Banco de la República o los de ciencia y tecnología– o iii) establecer un régimen especial sin excluir por completo la aplicación de la Ley 80 de 1993 –como ocurre en la operaciones del crédito público–[[3]](#footnote-3). Para estos efectos, la doctrina ha identificado 171 entidades y contratos que manejan un régimen excepcional, los cuales se clasifican de acuerdo i) al sector económico, ii) la asignación de un esquema legal especial, iii) el objeto del contrato celebrado y iv) la existencia de fondos que administran recursos públicos[[4]](#footnote-4).

ii. Sea que se trate de un negocio jurídico sometido o excluido de la Ley 80 de 1993, lo importante es que –al margen del objeto– el contrato estatal se identifica por el criterio orgánico o subjetivo. Por ello, el Consejo de Estado explica que el “[…] elemento esencial para calificar de estatal un contrato, es que haya sido celebrado por una entidad estatal, es decir, una entidad pública con capacidad legal para celebrarlo. Dicho de otro modo,no existen contratos estatales celebrados entre particulares, ni siquiera cuando éstos han sido habilitados legalmente para el ejercicio de funciones públicas”[[5]](#footnote-5).

 De esta manera, el contrato estatal es el acto jurídico creador de obligaciones a cuya celebración concurra una de las entidades estatales, independientemente de que se trate de contratos previstos o tipificados en el derecho privado, en disposiciones especiales o que resulten del ejercicio de la autonomía de la voluntad, como sucede con los que se clasifican como atípicos e innominados[[6]](#footnote-6). Conforme con lo anterior, el contrato estatal es un acuerdo de voluntades efectuado por las entidades públicas que genera, extingue o modifica obligaciones para quienes lo suscriben, cuya celebración no se encuentra limitada, de forma exclusiva, a las entidades referidas en la Ley 80 de 1993, sino que, puede ser suscrito por entidades públicas con regímenes especiales de contratación, caso en el cual se tratará de un contrato estatal de régimen exceptuado[[7]](#footnote-7).

iii. De acuerdo con el inciso final del artículo 150 superior, corresponde al Congreso de la República expedir el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y, en especial, de la Administración Nacional. Esta competencia fue ejercida con la expedición de la Ley 80 de 1993, la cual rige para las *entidades estatales*, esto es, aquellas previstas en los literales a) y b) del numeral 1 del artículo 2 *ibidem*. La norma citada define la competencia contractual en los siguientes términos:

El literal a) aplica a las entidades con personería jurídica. Alude 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.

En contraste, el literal b) rige para las autoridades que carecen de personería, pero a las que el ordenamiento les otorga “capacidad” para celebrar contratos. Estas entidades son 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. De acuerdo con el artículo 352 superior, este último apartado debe armonizarse con el artículo 110 del Decreto 111 de 1996, modificado por el artículo 124 de la Ley 1957 de 2019[[8]](#footnote-8).

Para las entidades de los párrafos anteriores, los procesos de selección se rigen por el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007. El numeral uno, inciso primero, dispone que “La escogencia del contratista se efectuará por *regla general* a través de licitación pública, con las *excepciones* que se señalan en los numerales 2, 3 y 4 del presente artículo” (Énfasis fuera de texto), norma que sustituye el derogado numeral 1 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 sobre el principio de transparencia[[9]](#footnote-9). En este contexto, salvo norma especial que ordene la celebración del negocio jurídico por selección abreviada, concurso de méritos, mínima cuantía o contratación directa, debe aplicarse la regla general de licitación pública[[10]](#footnote-10).

iv. En contraste, el inciso segundo del 365 constitucional dispone que “Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares […]”. Por ello, el inciso primero del artículo 31 de la Ley 142 de 1994 dispuso expresamente que “Los contratos que celebren las *entidades estatales que prestan los servicios públicos* a los que se refiere esta ley no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa” (Énfasis fuera de texto). Asimismo, el inciso primero del artículo 32 *ibidem* precisa lo siguiente: “Salvo en cuanto la Constitución Política o esta Ley dispongan expresamente lo contrario, la constitución, y los actos de todas las *empresas de servicios públicos*, así como los requeridos para la administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas que sean socias de ellas, en lo no dispuesto en esta Ley, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado” (Énfasis fuera de texto). De esta manera, el máximo órgano de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo considera que:

“En este orden de ideas, el régimen jurídico aplicable a las empresas de servicios públicos domiciliarios en materia contractual es el propio del derecho común y sólo excepcionalmente se aplican las reglas del derecho público, es decir, las reglas de la Ley 80 de 1993.

Dicho de otro modo, la regla general de aplicación del derecho común significa, que para la selección del contratista no se requiere aplicar los procedimientos a los que se refiere la Ley 80 de 1993; que las reglas de existencia del contrato no son las previstas en el artículo 41 del Estatuto General de Contratación Pública; que los requisitos de validez del contrato son los previstos en la legislación civil y comercial; que las cláusulas contractuales son las propias de los contratos entre particulares; que la ejecución del contrato debe realizarse conforme a las reglas ordinarias y no a las administrativas; y que en lo relacionado con la terminación, ampliación y liquidación de los contratos, deben aplicarse las reglas del derecho común”[[11]](#footnote-11).

Respecto a las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, conviene señalar, acorde con lo expresado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-736 de 2007, que aquellas son entidades descentralizadas por servicios, independientemente de la naturaleza y porcentaje de su capital[[12]](#footnote-12). En otras palabras, aunque el artículo 14 de la Ley 142 de 1994 establece que las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios pueden ser *oficiales*, *mixtas* o *privadas*[[13]](#footnote-13), estas tres especies ingresan en la categoría de las *entidades descentralizadas por servicios*. Adicionalmente, debe recordarse que en dicha Sentencia el alto tribunal afirmó que las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios *mixtas y privadas* son tipos *especiales* de entidades descentralizadas por servicios que, por tanto, no pueden encasillarse en las otras especies de entidades descentralizadas por servicios enlistadas en el artículo 38 de la Ley 489 de 1998, es decir, que no cabe considerarlas, verbigracia, dentro de las sociedades públicas ni en las sociedades de economía mixta.

Sin perjuicio de lo anterior, el artículo 17 de la Ley 142 de 1994 establece que “Las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional, cuyos propietarios no deseen que su capital esté representado en acciones, *deberán adoptar la forma de empresa industrial y comercial del estado*” (Énfasis fuera de texto). Es decir que en tal evento esa es la *naturaleza* de la empresa de servicios públicos domiciliarios. Así lo reconoció la Corte Constitucional en un apartado de la Sentencia C-736 de 2007, pues “[…] el artículo 17 de la Ley en cita define así *la naturaleza jurídica* de las empresas de servicios públicos” (Énfasis fuera de texto). El Consejo de Estado también ha considerado, interpretando el mismo artículo, que las empresas de servicios públicos domiciliarios pueden tener la *forma* de empresas industriales y comerciales del Estado o de sociedades por acciones. Lo dijo, por ejemplo, para otorgarles a las empresas industriales y comerciales del Estado que prestaran servicios públicos domiciliarios el carácter de entidades públicas e indicar que, por tanto, eran sujetos pasivos de la contribución especial prevista en el artículo 6 de la Ley 1106 de 2006[[14]](#footnote-14).

La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios también recordó que el legislador permitió que las empresas de servicios públicos domiciliarios adoptaran la forma de empresas industriales y comerciales del Estado, pero que el plazo para que esto se diera ya venció. En palabras de este organismo, “Los plazos legales para efectuar la transformación a que alude el parágrafo del artículo 17 de la Ley 142 de 1994, de las entidades descentralizadas en Empresas Industriales y Comerciales del Estado, venció el 3 de enero de 1998, por lo que, a partir de tal fecha, aquéllas que no lo hicieron, debieron constituirse como sociedades por acciones; mientras que el término de transformación para la Nación y a las entidades territoriales (departamentos, municipios, distritos), que prestaban directamente los servicios públicos domiciliarios, de acuerdo con el artículo 182 referido, venció el 11 de enero de 1996”[[15]](#footnote-15).

Sólo las empresas prestadoras de servicios públicos se someten al régimen especial de la Ley 142 de 1994. Las demás entidades del Estado deberán aplicar la Ley 80 de 1993 o, en su defecto, las del régimen especial correspondiente de acuerdo con su naturaleza jurídica u objeto.

v. Al margen de la explicación precedente debe advertirse que el análisis requerido para resolver problemas específicos en torno al régimen jurídico de los negocios suscritos debe ser realizado por quienes tengan interés en ello, de acuerdo con lo explicado la aclaración preliminar del presente oficio. De esta manera, las afirmaciones aquí realizadas no pueden ser interpretadas como juicios de valor sobre circunstancias concretas relacionadas con los hechos que motivan la consulta. Por lo anterior, previo concepto de sus asesores, la solución de situaciones particulares corresponde a los interesados adoptar la decisión correspondiente y, en caso de conflicto, a las autoridades judiciales, fiscales y disciplinarias.

Dentro de este marco, la entidad contratante definirá en cada caso concreto lo relacionado con el tema objeto de consulta. Al tratarse de un análisis que debe realizarse en el procedimiento contractual específico, la Agencia no puede definir un criterio universal y absoluto por vía consultiva, sino que brinda elementos de carácter general para que los partícipes del sistema de compras y contratación pública adopten la decisión que corresponda, lo cual es acorde con el principio de juridicidad. Así, cada entidad definirá la forma de adelantar su gestión contractual, sin que sea atribución de Colombia Compra Eficiente validar sus actuaciones.

1. **Referencias normativas:**

|  |
| --- |
| * Constitución Política de 1991, artículos 150, 352 y 365.
* Ley 80 de 1993, artículos 13, 32 y 40.
* Ley 1150 de 2007, artículos 2 y 13.
* Decreto 111 de 1996, artículo 110.
* Ley 142 del 1994, artículos 14, 17, 31 y 32.
 |

1. **Doctrina de la Agencia Nacional de Contratación Pública:**

Los conceptos de la Subdirección de Gestión Contractual de la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se encuentran disponibles para consulta en el Sistema de relatoría, al cual puede accederse a través del siguiente enlace: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos>.

Te invitamos a revisar la cuarta edición del Boletín de Relatoría de 2024, en el cual se explicaron los cambios más relevantes que fueron incorporados en los Documentos Tipo para el sector de Infraestructura de Transporte, en las modalidades de selección de Licitación de Obra Pública, Selección Abreviada de Menor Cuantía y Mínima Cuantía. Puede consultarlo en el siguiente enlace: <https://www.colombiacompra.gov.co/sala-de-prensa/boletin-digital/boletin-de-relatoria-2024-iv>.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Juan David Montoya PenagosContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Juan David Cárdenas CabezaContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Carolina Quintero GacharnáSubdirectora de Gestión Contractual ANCP – CCE |

1. Cfr. BENAVIDES, José Luis. El contrato estatal: entre el derecho público y el derecho privado. Segunda edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009. pp. 78-79. [↑](#footnote-ref-1)
2. BETANCUR JARAMILLO, Carlos. Derecho procesal administrativo. Octava edición. Medellín: Señal Editora, 2013. p. 627. [↑](#footnote-ref-2)
3. JOJOA BOLAÑOS, Alexander. Los regímenes exceptuados en los contratos estatales. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2012. p. 89. [↑](#footnote-ref-3)
4. BARRETO MORENO, Antonio Alejandro. El derecho de la compra pública: estudio jurídico de un mercado imperfecto. Bogotá: Legis, 2019. pp. 281 y ss. [↑](#footnote-ref-4)
5. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 4 de abril de 2002, C.P. Alier E. Hernández Enríquez, Rad. 1999-0290-01 (17.244). [↑](#footnote-ref-5)
6. Consejo de Estado. Sección Tercera, auto del 30 de enero de 2008, Rad. 32.867, M.P. Mauricio Fajardo Gómez: “A partir de la vigencia de la Ley 80, expedida en el año de 1993, el ordenamiento positivo adoptó la categoría del contrato estatal, el cual -al margen de los reparos que amerita la definición contenida en la parte inicial de su artículo 32-, se encuentra legalmente definido como aquel acto jurídico creador de obligaciones a cuya celebración concurra una de las entidades estatales que menciona el artículo 2º *ibídem*, independientemente de que se trate de contratos previstos o tipificados en el derecho privado, en disposiciones especiales o que sencillamente resulten del ejercicio de la autonomía de la voluntad como suele suceder con los que se clasifican como atípicos e innominados (artículo 32, Ley 80). Así pues, la Ley 80 adoptó un criterio eminentemente subjetivo u orgánico, esto es en atención a la naturaleza de los sujetos u órganos que intervienen en la formación del vínculo contractual, para efectos de determinar que los contratos podrán catalogarse como estatales únicamente en cuanto en uno de sus extremos, al menos, se encuentre una entidad estatal”. [↑](#footnote-ref-6)
7. Por ello, “[…] la clasificación de estatal, respecto de un determinado contrato, no determina, *per se*, el régimen legal que deba aplicársele al mismo, puesto que resulta perfectamente posible, incluso en relación con contratos estatales propiamente dichos, que las normas sustanciales a la cuales deba someterse la relación contractual sean aquellas que formen parte del denominado derecho privado, sin que por ello pierda su condición de estatal, así como también puede resultar -como ocurre con la generalidad de los casos-, que el régimen jurídico correspondiente sea mixto, esto es integrado tanto por normas de derecho público como de derecho privado” (*Ibidem*). [↑](#footnote-ref-7)
8. En lo pertinente, la norma prescribe que “Los órganos que son una sección en el Presupuesto General de la Nación, tendrán la capacidad de contratar y comprometer a nombre de la persona jurídica de la cual hagan parte, y ordenar el gasto en desarrollo de las apropiaciones incorporadas en la respectiva sección, lo que constituye la autonomía presupuestal a que se refieren la Constitución Política y la ley. Estas facultades estarán en cabeza del jefe de cada órgano quien podrá delegarlas en funcionarios del nivel directivo, o quien haga sus veces, y serán ejercidas teniendo en cuenta las normas consagradas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y en las disposiciones legales vigentes.

[…]

En los mismos términos y condiciones tendrán estas capacidades las Superintendencias, Unidades Administrativas Especiales, las Entidades Territoriales, Asambleas y Concejos, las Contralorías y Personerías Territoriales y todos los demás órganos estatales de cualquier nivel que tengan personería jurídica.

En todo caso, el Presidente de la República podrá celebrar contratos a nombre de la Nación”. [↑](#footnote-ref-8)
9. El inciso primero de norma disponía que, conforme al principio de transparencia, “*La escogencia del contratista se efectuará siempre a través de licitación o concurso públicos*, salvo en los siguientes casos en los que se podrá contratar directamente” (Énfasis fuera de texto). La expresión en cursiva fue declarada exequible por la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-400 de 1999, con ponencia del Magistrado Vladimiro Naranjo Mesa, y derogado integralmente por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007. [↑](#footnote-ref-9)
10. Sobre la articulación de los diferentes procesos de selección previstos en el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, DÁVILA VINUEZA considera lo siguiente: “En las leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007 los demás procedimientos de selección distintos a la licitación pública, se convierten en procedimientos excepcionales y procedentes únicamente en los casos taxativamente contemplados en la ley. Pero la excepción no es respecto de los principios de transparencia, economía y responsabilidad y del deber de selección objetiva como parece lo han entendido algunas entidades estales. Estos principios que […] desarrollan los rectores de la función pública de orden constitucional y legal (art. 209 C.N., y art. 3° Cpaca) son aplicables con todo rigor a los procedimientos de excepción. Siendo ello así, la excepción de que se habla es respecto del proceso licitatorio regulado en el artículo 30 de la Ley 80 de 1993 con las variantes introducidas por el artículo 2°, numeral 1, de la ley 1150 de 2007, en concordancia con el artículo 2.2.1.2.1.1.1 del Decreto 1082 de 2015 (*Presentación de la oferta de manera dinámica*). Es decir, que ante la ausencia de una causal concreta para un determinado evento específico, la selección debe asumir la que el ordenamiento jurídico regula como licitación pública. Por eso es que, además, las causas excepcionales de selección son de interpretación restrictiva y no admiten analogía ni la interpretación extensiva. Genera nulidad absoluta del contrato, por abuso o desviación de poder, y nulidad del acto administrativo de selección cualquier artilugio que implique socavar la principal manifestación del principio de transparencia, cual es la selección por vía de licitación” (DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal. Tercera Edición. Bogotá: Legis, 2016. p. 463). [↑](#footnote-ref-10)
11. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 13 de abril de 2011. Exp. 37423. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. En similar sentido, puede verse: CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 15 de noviembre de 2011. Exp. 21178. C.P. Ruth Stella Correa Palacio. [↑](#footnote-ref-11)
12. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-736 de 2007. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. [↑](#footnote-ref-12)
13. En lo pertinente, dicho artículo señala:

“[…]

14.5. EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS OFICIAL. Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o estas tienen el 100% de los aportes.

14.6. EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS MIXTA. Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o éstas tienen aportes iguales o superiores al 50%.

14.7. EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS PRIVADA. Es aquella cuyo capital pertenece mayoritariamente a particulares, o a entidades surgidas de convenios internacionales que deseen someterse íntegramente para estos efectos a las reglas a las que se someten los particulares”. [↑](#footnote-ref-13)
14. CONSEJO DE ESTADO. Sección Cuarta. Sentencia del 1 de marzo de 2012. Expediente 17907. C.P. William Giraldo Giraldo. [↑](#footnote-ref-14)
15. Superitendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. Concepto C-766 de 2021. [↑](#footnote-ref-15)