**EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO – Naturaleza Jurídica – Régimen de contratación**

[…] las empresas industriales y comerciales del Estado, las Sociedades de Economía Mixta, sus filiales y las Sociedades entre Entidades Públicas en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), están sometidas, por regla general, al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, excepto aquellas EICE que: i) desarrollen actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, nacional o internacional o ii) desarrollen actividades en mercados regulados, eventos en los cuales ellas se rigen por las disposiciones que regulen su actividad. Lo anterior, sin perjuicio de dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, esto es, del deber que le incumbe a la EICE de aplicar, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal consagrados en los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal.

**EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES – Actividades en competencia – Derecho privado – Justificación – Principios – Función administrativa y gestión fiscal**

[…] el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007 –modificado por el artículo 93 de la Ley 1474 de 2011–dispuso un régimen exceptivo de aplicación del derecho privado para la actividad contractual de las EICE que ejercen su actividad en competencia con el sector público o privado, o en mercados regulados, quedando las otras EICE dentro del ámbito de aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

El sometimiento parcial de las empresas industriales y comerciales del Estado al régimen de derecho privado, se ha justificado por «la necesidad de que en su actividad industrial y comercial, tradicionalmente ajena al Estado y propia de los particulares, ellas actúen en términos equivalentes a éstos cuando realicen actividades similares, sin tener prerrogativas exorbitantes que atenten contra el derecho a la igualdad ni estar sujetas a procedimientos administrativos que entraben sus actuaciones y las pongan en situación de desventaja frente a sus competidores […]. Por ello, la regla general es que en sus actos y contratos rijan las normas de derecho privado, salvo en cuanto a sus relaciones con la Administración y en aquellos casos en los que por expresa disposición legal ejerzan alguna función administrativa, puesto que allí sí deberá dar aplicación a las reglas de derecho público pertinentes […]

**ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN – Excepciones – Regímenes especiales**

[…]las entidades de régimen especial están facultadas legalmente para aplicar reglas distintas a las establecidas en la Ley 80 de 1993 y sus normas complementarias, su régimen contractual estará definido en la noma que crea el régimen especial y será desarrollado en el manual de contratación de la respectiva entidad, 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.

[…]No obstante, las entidades de régimen especial cumplen una finalidad pública y utilizan recursos públicos para lograrlo, por lo que no son ajenas a los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, entre otras reglas dispuestas en la normativa de contratación pública que son transversales a todas las entidades, sin importar su régimen contractual.

[…]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. Dentro de estas reglas deben indicar el contenido de las propuestas y los procedimientos de selección, llevar una descripción precisa del procedimiento, los plazos de las etapas y los criterios de evaluación y desempate, y todos los criterios necesarios para garantizar la selección objetiva y la protección del interés general.

**ENTIDADES DE RÉGIMEN ESPECIAL – Reglamento Interno de Contratación – Límites**

[…]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, sin perjuicio de las que pueden pactar de acuerdo con las normas civiles y comerciales, iii) procedimientos para su imposición, iv) causales de inhabilidad e incompatibilidad, v) el principio de anualidad del gasto, y vi) 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., [Día] de [Mes.NombreCapitalizado] de [Año]



Señora

**Diana Guzmán**

guzmand729@gmail.com

Bogotá D.C.

|  |  |
| --- | --- |
|  | **Concepto C-700 de 2024** |
| **Temas:**  | EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO – Naturaleza jurídica – Régimen de contratación / EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO – Derecho privado – Principios – Función administrativa y gestión fiscal / ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN – Excepciones – Regímenes especiales / ENTIDADES DE RÉGIMEN ESPECIAL – Reglamento Interno de Contratación – Límites |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta con radicado No. P20241004010133 |

Estimada señora Guzmán:

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 04 de octubre de 2024, en la cual manifiesta lo siguiente:

*“*Por medio del presente, solicito se informe por este medio hasta dónde va la autonomía de las empresas industriales y comerciales del estado en procesos de contratación, si bien es cierto que estás se rigen sobre sus reglamentos internos*”.*

De manera preliminar, resulta necesario precisar que esta entidad solo 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 particulares 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 particulares y concretas mencionadas en su petición, pero haciendo unas consideraciones sobre las normas generales relacionadas con el (los) problema(s) jurídico(s) de su consulta.

1. **Problema planteado:**

De acuerdo con el contenido de su solicitud, esta Agencia resolverá el siguiente problema jurídico: ¿Qué normativa rige a las empresas industriales y comerciales del Estado frente a sus procesos de contratación?

1. **Respuesta:**

|  |
| --- |
| Frente al interrogante planteado, es menester señalar que las empresas comerciales e industriales del Estado en que se tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), están sometidas, por regla general, al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Ley 80 de 1993), así mismo, a la Ley 1150 de 2007, Decreto 1082 de 2015 y demás normas de la materia.Ahora bien, se advierte que cuando las Empresas Industriales y Comerciales del Estado con participación superior al 50% desarrollen: i) desarrollen actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, nacional o internacional o ii) desarrollen actividades en mercados regulados, eventos en los cuales ellas se rigen por las disposiciones que regulen su actividad, se regirán por su propio manual de contratación, disposiciones internas y/o disposiciones de derecho privado debido a que lo que predomina es la actividad económica que se ejerce para esta excepción.Lo anterior, no implica dar incumplimiento a lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, esto es, del deber que le incumbe de aplicar, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal consagrados en los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal.En conclusión, las EICE con participación superior al 50% por parte del Estado cuando realicen las actividades económicas mencionadas, al ser supuestos de excepción, estarán reguladas por su propio manual de contratación, disposiciones internas y las normas de derecho privado, tal y como se señala en la “Guía para las Entidades Estatales con régimen especial de Contratación”[[1]](#footnote-1), 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 anteriormente, el régimen jurídico de base es el derecho privado, o sea el integrado por los preceptos civiles y comercialesPor consiguiente, las empresas comerciales e industriales del Estado por regla general, sus actos y contratos se rigen por las normas de derecho privado, salvo en cuanto a sus relaciones con la Administración y en aquellos casos en los que por expresa disposición legal ejerzan alguna función administrativa, puesto que allí sí deberá dar aplicación a las reglas de derecho público pertinentes. |

1. **Razones de la respuesta:**

Lo anterior se sustenta en las siguientes consideraciones:

Frente al cuestionamiento planteado es necesario abordar que dentro de la estructura de la Administración Pública se encuentran las entidades descentralizadas por servicios. A esta categoría pertenecen las empresas industriales y comerciales del Estado, las cuales –sin perjuicio del control de tutela– tienen personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio.Estas entidades, como su nombre lo indica, se caracterizan por desarrollar actividades de carácter industrial o comercial.

Las empresas industriales y comerciales del Estado –en adelante EICE–, bajo la denominación de entidades estatales, quedaron sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –Ley 80 de 1993, artículo 2, numeral 1, literal a–[[2]](#footnote-2). Posteriormente, la Ley 489 de 1998, mediante el cual se regula la organización y funcionamiento de las entidades de orden nacional, en su artículo 93 estableció el régimen jurídico aplicable a los contratos celebrados por las empresas industriales y comerciales del Estado, como sigue:

Artículo 93. Régimen de los actos y contratos. Los actos que expidan las empresas industriales y comerciales del Estado para el desarrollo de su actividad propia, industrial o comercial o de gestión económica se sujetarán a las disposiciones del Derecho Privado. Los contratos que celebren para el cumplimiento de su objeto se sujetarán a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de las entidades estatales.

No obstante las dificultades hermenéuticas que suscitaba la disposición anterior, el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007 –modificado por el artículo 93 de la Ley 1474 de 2011– dispuso un régimen exceptivo de aplicación del derecho privado para la actividad contractual de las EICE que ejercen su actividad en competencia con el sector público o privado, o en mercados regulados, quedando las otras EICE dentro del ámbito de aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública[[3]](#footnote-3). Así, la norma vigente respecto a su régimen contractual establece:

Artículo 14. Del régimen contractual de las empresas industriales y comerciales del estado, las sociedades de economía mixta, sus filiales y empresas con participación mayoritaria del estado. 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%), sus filiales y las Sociedades entre Entidades Públicas con participación mayoritaria del Estado superior al cincuenta por ciento (50%), estarán sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, con excepción de aquellas que desarrollen actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, nacional o internacional o en mercados regulados, caso en el cual se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a sus actividades económicas y comerciales, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 13 de la presente ley. Se exceptúan los contratos de ciencia y tecnología, que se regirán por la Ley 29 de 1990 y las disposiciones normativas existentes[[4]](#footnote-4).

El sometimiento parcial de las empresas industriales y comerciales del Estado al régimen de derecho privado, se ha justificado por “la necesidad de que en su actividad industrial y comercial, tradicionalmente ajena al Estado y propia de los particulares, ellas actúen en términos equivalentes a éstos cuando realicen actividades similares, sin tener prerrogativas exorbitantes que atenten contra el derecho a la igualdad ni estar sujetas a procedimientos administrativos que entraben sus actuaciones y las pongan en situación de desventaja frente a sus competidores (…). Por ello, la regla general es que en sus actos y contratos rijan las normas de derecho privado, salvo en cuanto a sus relaciones con la Administración y en aquellos casos en los que por expresa disposición legal ejerzan alguna función administrativa, puesto que allí sí deberá dar aplicación a las reglas de derecho público pertinentes (…)[[5]](#footnote-5).

De acuerdo con la jurisprudencia, lo anterior se justifica en el principio de igualdad, ya que, si Estado desarrolla actividades similares a los particulares, debe actuar no solo desprovisto de poderes exorbitantes sino también con la misma eficacia y eficiencia que los sujetos de derecho privado. No en vano:

La razón de ser de la aplicación del régimen de derecho privado a estas entidades radica en la necesidad de que en su actividad industrial y comercial, tradicionalmente ajena al Estado y propia de los particulares, ellas actúen en términos equivalentes a éstos cuando realicen actividades similares, sin tener prerrogativas exorbitantes que atenten contra el derecho a la igualdad ni estar sujetas a procedimientos administrativos que entraben sus actuaciones y las pongan en situación de desventaja frente a sus competidores.

Se trata pues, de que sus actividades de explotación industrial o comercial se desarrollen con las mismas oportunidades y las mismas ventajas o desventajas que las adelantadas por aquellos, sin que influya para nada su investidura de entidad estatal; que puedan actuar como particulares, frente a las exigencias de la economía y del mercado.

Es importante destacar, entonces, que el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 93 de la Ley 1474 de 2011, esclareció las dudas que producía el confuso artículo 93 de la Ley 489 de 1998 a propósito del régimen contractual de estas entidades. Por lo tanto, las empresas industriales y comerciales del Estado, las Sociedades de Economía Mixta, sus filiales y las Sociedades entre Entidades Públicas en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), están sometidas, por regla general, al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, excepto aquellas EICE que:

1. desarrollen actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, nacional o internacional o
2. desarrollen actividades en mercados regulados, eventos en los cuales ellas se rigen por las disposiciones que regulen su actividad.

Lo anterior, no implica dar incumplimiento a lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, esto es, del deber que le incumbe a la EICE de aplicar, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal consagrados en los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal[[6]](#footnote-6).

En línea con lo anterior, resulta pertinente resaltar que, aun cuando se esté frente a la celebración de contratos que se encuentren excluidos de la Ley 80 de 1993, no se rigen exclusivamente por el derecho civil y comercial, pues –conforme se señaló– aplican tanto los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal como el régimen de inhabilidades e incompatibilidades. Por el contrario, aquellas empresas industriales y comerciales del Estado que no estén en competencia ni desarrollen su actividad en mercados regulados están sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y las normas que lo complementan, como lo dispone el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007.

De conformidad con las explicaciones anteriores, en torno a los fundamentos jurídicos que regulan el régimen contractual aplicable a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, a cada entidad estatal le corresponde analizar si se encuentra en alguno de los supuestos establecidos en el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007, para definir si su régimen contractual es el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública o si están exceptuadas de él y, por tanto, si se rigen por un régimen especial, como sería el derecho privado. En caso de que la EICE se rija por el EGCAP le resultará aplicable el Decreto 1082 de 2015; no obstante, en caso de que se rija por el derecho privado, el Decreto 1082 de 2015, en principio no les resultará aplicable, salvo aquellas disposiciones que excepcionalmente le resulten aplicables incluso a las entidades de régimen especial.

Ahora bien, es necesario aclarar, sobre las entidades de régimen especial que 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 propia 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. Esto es lo que sucede con algunas de las EICE, que de acuerdo con lo establecido en el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007, se encuentren exceptuadas de aplicar el EGCAP, conforme se explicó anteriormente.

Teniendo en cuenta que las entidades de régimen especial están facultadas legalmente para aplicar reglas distintas a las establecidas en la Ley 80 de 1993 y sus normas complementarias, su régimen contractual estará definido en la noma que crea el régimen especial y será desarrollado en el manual de contratación de la respectiva entidad, 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[[7]](#footnote-7).

No obstante, las entidades de régimen especial cumplen una finalidad pública y utilizan recursos públicos para lograrlo, por lo que no son ajenas a los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, entre otras reglas dispuestas en la normativa de contratación pública que son transversales 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:

(...) 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[[8]](#footnote-8).

Teniendo en cuenta 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. Dentro de estas reglas deben indicar el contenido de las propuestas y los procedimientos de selección, llevar una descripción precisa del procedimiento, los plazos de las etapas y los criterios de evaluación y desempate, y todos los criterios necesarios para garantizar la selección objetiva y la protección del interés general. Lo anterior, sin perjuicio de que algunas de estas reglas se establezcan, complementen o detallen en los documentos que se expiden en desarrollo de sus procedimientos contractuales.

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. En particular, en relación con este asunto en la “Guía para las Entidades Estatales con régimen especial de Contratación”, por ser relevante para la consulta se señaló lo siguiente:

Por otra parte, la normativa del Sistema de Compra Pública incluye algunas normas transversales a todas las Entidades Estatales, que son de obligatorio cumplimiento para las Entidades Estatales de régimen especial. Entre estas se encuentran las siguientes:

B. Decreto 1082 de 2015

El Título 1 de la Parte 2 del Decreto 1082 de 2015, además de reglamentar los procedimientos para la realización de los Procesos de Contratación de las Entidades Estatales cubiertos por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, contiene algunas normas que son transversales al Sistema de Compra Pública. Entre las mismas está la Sección 1 del Capítulo 1 del Título I de la Parte 2 del Decreto 1082 de 2015 la cual reglamenta los “Conceptos básicos para el Sistema de Compras y Contratación Pública”.

Con base en esta norma, las Entidades Estatales de régimen especial, como parte del Sistema de Compra Pública (artículo 2.2.1.1.1.2.1.), deben procurar el logro de los objetivos del Sistema definidos por Colombia Compra Eficiente (artículo 2.2.1.1.1.1.1.); elaborar y publicar su Plan Anual de Adquisiciones (artículo 2.2.1.1.1.4.1.); enviar mensualmente a las cámaras de comercio la información relativa a la inhabilidad por incumplimiento reiterado (artículo 2.2.1.1.1.5.7.); realizar análisis del sector y de Riesgos (artículos 2.2.1.1.1.6.1. y 2.2.1.1.1.6.3.); y, publicar su actividad contractual en el Secop (artículo 2.2.1.1.1.7.1.).

Asimismo, deben tener en cuenta las disposiciones previstas en los Acuerdos Comerciales y adecuar sus manuales de contratación y sus Procesos de Contratación a lo previsto en aquellos (Subsección 1, Sección 4, Capítulo 2).

Por último, deben tener en cuenta la obligación de adoptar un manual de contratación con base en los lineamientos que expide Colombia Compra Eficiente (artículo 2.2.1.2.5.3.)[[9]](#footnote-9)”.

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 su norma de creación lo establece, como sucede con las empresas sociales del Estado. De modo que, si una Entidad sujeta al régimen especial requiere sancionar o dar por terminado el contrato, por regla general, debe acudir al juez competente[[10]](#footnote-10).

Según se indicó anteriormente, las entidades estatales que, por disposición legal, cuentan con un régimen especial[[11]](#footnote-11), exceptuado del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y normas complementarias[[12]](#footnote-12)– 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.

No obstante, lo anterior, 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, sin perjuicio de las que pueden pactar de acuerdo con las normas civiles y comerciales, iii) procedimientos para su imposición, iv) causales de inhabilidad e incompatibilidad, v) el principio de anualidad del gasto, y vi) 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[[13]](#footnote-13).

En conclusión, las EICE con participación superior al 50% por parte del Estado cuando realicen i) actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, nacional o internacional o ii) actividades en mercados regulados, eventos en los cuales ellas se rigen por las disposiciones que regulen su actividad, al ser supuestos de excepción, estarán reguladas por su propio manual de contratación, disposiciones internas y las normas de derecho privado, tal y como se señala en la “Guía para las Entidades Estatales con régimen especial de Contratación”[[14]](#footnote-14), 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 anteriormente, el régimen jurídico de base es el derecho privado, o sea el integrado por los preceptos civiles y comerciales.

Por consiguiente, las empresas comerciales e industriales del Estado por regla general, sus actos y contratos se rigen por las normas de derecho privado, salvo en cuanto a sus relaciones con la Administración y en aquellos casos en los que por expresa disposición legal ejerzan alguna función administrativa, puesto que allí sí deberá dar aplicación a las reglas de derecho público pertinentes.

1. **Referencias normativas, jurisprudenciales y otras fuentes:**

|  |
| --- |
| * Ley 1150 de 2007 - artículo 14.
* Constitución Política - artículo 209, 267.
* Ley 489 de 1998 - artículo 68, 85, 86, 87, 93.
* Ley 80 de 1993 - artículo 2, numeral 1, literal a.
* Consejo de Estado. Sección Tercera, Sentencia del 19 de agosto de 2004 Exp. 12.342, reiterada en sentencia de 6 de febrero de 2006, Exp. 13.414.
* Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 8 de abril de 2014. Expo. 25.801 C.P. Enrique Gil Botero
* COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. “Guía para las Entidades Estatales con régimen especial de Contratación”. Disponible: [Aquí](https://colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_guia_regimen_especial.pdf)
 |

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

La Agencia Nacional de Contratación Pública − Colombia Compra Eficiente se pronunció sobre la naturaleza jurídica, régimen de contratación de las empresas industriales y comerciales del Estado en los conceptos 2201913000009314 del 17 de diciembre de 2019 –dentro del radicado 4201913000001662–, C-251 del 27 de mayo de 2020, C–253 de 2 de junio de 2021 , C-280 del 6 de julio de 2020, C-616 de 3 de noviembre de 2021, C-176 del 6 de abril de 2022 , C-857 de 13 diciembre de 2022, C-501 de 30 de septiembre de 2024. Estos y otros conceptos se encuentran disponibles para consulta en el Sistema de Relatoría de la Agencia, en el cual también podrás encontrar jurisprudencia del Consejo de Estado, laudos arbitrales y la normativa de la contratación concordada con la doctrina de la Subdirección de Gestión Contractual. Accede a través del siguiente enlace: [https://relatoria.colombiacompra.gov.co/](https://nam02.safelinks.protection.outlook.com/?url=https%3A%2F%2Frelatoria.colombiacompra.gov.co%2F&data=05%7C02%7Cjose.garcia%40colombiacompra.gov.co%7C5aad36a736844ec87b2108dcc1fa4639%7C7b09041e245149d08cb179d5e3d8c1be%7C0%7C0%7C638598527919569564%7CUnknown%7CTWFpbGZsb3d8eyJWIjoiMC4wLjAwMDAiLCJQIjoiV2luMzIiLCJBTiI6Ik1haWwiLCJXVCI6Mn0%3D%7C0%7C%7C%7C&sdata=dxd5A4gL5eWAFf8ZLcaVWYdH0y65hi6R6J0wtaeazGQ%3D&reserved=0).

Le informamos que ya se encuentran publicados los borradores de las nuevas versiones de los Documentos Tipo de Interventoría y Consultoría de Infraestructura de Transporte. Conoce todos los detalles y realiza tus comentarios hasta el 10 de noviembre de 2024 en los siguientes enlaces: [https://www.colombiacompra.gov.co/content/borrador-de-documentos-tipo-de-consultoria-de-obra-publica-de-infraestructura-de-transporte](https://nam02.safelinks.protection.outlook.com/?url=https%3A%2F%2Fwww.colombiacompra.gov.co%2Fcontent%2Fborrador-de-documentos-tipo-de-consultoria-de-obra-publica-de-infraestructura-de-transporte&data=05%7C02%7Csergio.rivera%40colombiacompra.gov.co%7C096eca3fdcca424ff1c708dcf932f947%7C7b09041e245149d08cb179d5e3d8c1be%7C0%7C0%7C638659244553894630%7CUnknown%7CTWFpbGZsb3d8eyJWIjoiMC4wLjAwMDAiLCJQIjoiV2luMzIiLCJBTiI6Ik1haWwiLCJXVCI6Mn0%3D%7C0%7C%7C%7C&sdata=GoNc07dsQTMipnDx7V4%2F5Ou3jdqarnqf6gn77aV%2BXro%3D&reserved=0) y [https://www.colombiacompra.gov.co/content/borrador-de-documentos-tipo-de-interventoria-de-obra-publica-de-infraestructura-de](https://nam02.safelinks.protection.outlook.com/?url=https%3A%2F%2Fwww.colombiacompra.gov.co%2Fcontent%2Fborrador-de-documentos-tipo-de-interventoria-de-obra-publica-de-infraestructura-de&data=05%7C02%7Csergio.rivera%40colombiacompra.gov.co%7C096eca3fdcca424ff1c708dcf932f947%7C7b09041e245149d08cb179d5e3d8c1be%7C0%7C0%7C638659244553928701%7CUnknown%7CTWFpbGZsb3d8eyJWIjoiMC4wLjAwMDAiLCJQIjoiV2luMzIiLCJBTiI6Ik1haWwiLCJXVCI6Mn0%3D%7C0%7C%7C%7C&sdata=wPSBZo4CrxiViDqo2Q0FDNfwfoLxZ2vBZh7h8ly%2BAtE%3D&reserved=0)

De otra parte, te contamos que ya publicamos el borrador de la nueva Guía de Contratación Pública Sostenible y Socialmente Responsable. Conoce el documento y realiza tus comentarios hasta el 14 de noviembre de 2024 a través del siguiente enlace: [https://www.sucop.gov.co/entidades/colombiacompra/Normativa?IDNorma=18320](https://nam02.safelinks.protection.outlook.com/?url=https%3A%2F%2Fwww.sucop.gov.co%2Fentidades%2Fcolombiacompra%2FNormativa%3FIDNorma%3D18320&data=05%7C02%7Csergio.rivera%40colombiacompra.gov.co%7C096eca3fdcca424ff1c708dcf932f947%7C7b09041e245149d08cb179d5e3d8c1be%7C0%7C0%7C638659244553950060%7CUnknown%7CTWFpbGZsb3d8eyJWIjoiMC4wLjAwMDAiLCJQIjoiV2luMzIiLCJBTiI6Ik1haWwiLCJXVCI6Mn0%3D%7C0%7C%7C%7C&sdata=bKkCwNK5cXCtMCrdN%2FFdvK7N9gA3NMSdIWKbWU87J7w%3D&reserved=0)

También le invitamos a consultar las versiones V y VI de 2024 del Boletín de Relatoría de la Subdirección de Gestión Contractual relacionados con las guías de Plan Anual de Adquisiciones y la modalidad de selección de mínima cuantía, los cuales se pueden descargar en la página web de la Agencia: [https://www.colombiacompra.gov.co/sala-de-prensa/boletin-digital](https://nam02.safelinks.protection.outlook.com/?url=https%3A%2F%2Fwww.colombiacompra.gov.co%2Fsala-de-prensa%2Fboletin-digital&data=05%7C02%7Csergio.rivera%40colombiacompra.gov.co%7C096eca3fdcca424ff1c708dcf932f947%7C7b09041e245149d08cb179d5e3d8c1be%7C0%7C0%7C638659244553971823%7CUnknown%7CTWFpbGZsb3d8eyJWIjoiMC4wLjAwMDAiLCJQIjoiV2luMzIiLCJBTiI6Ik1haWwiLCJXVCI6Mn0%3D%7C0%7C%7C%7C&sdata=YW4blgNg37XDmE%2B6SKIl9zpbMXronWkhLhJ1GT27zZo%3D&reserved=0)

Por último, lo invitamos a seguirnos en las redes sociales en las cuales se difunde información institucional:

Twitter: @colombiacompra

Facebook: ColombiaCompraEficiente

LinkedIn: Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente Instagram: @colombiacompraeficiente\_cce

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: | Sergio Andrés Rivera CanoContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Cielo Victoria González MezaContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Carolina Quintero GacharnáSubdirectora de Gestión Contractual ANCP – CCE |

1. 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-1)
2. El estatuto estableció como regla general para la selección del contratista la licitación pública o el concurso público, con algunas excepciones en las cuales la selección se haría mediante el procedimiento de contratación directa, entre ellas, la prevista en el literal m) del numeral 1 del artículo 24: “m) Los actos y contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las empresas industriales y comerciales estatales y de las sociedades de economía mixta, con excepción de los contratos que a título enunciativo identifica el artículo 32 de esta ley”, o sea, los de obra, consultoría, prestación de servicios, concesión, encargos fiduciarios y fiducia pública, que se regirían por la regla general, salvo los casos de menor cuantía –previstos en el ordinal a), numeral 1 del artículo 24, original, de la Ley 80 de 1993–. Además, en el parágrafo del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, se señaló que “en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2º de este artículo (…) se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales”. [↑](#footnote-ref-2)
3. Sin perjuicio de la regla indicada, es importante señalar que el literal g, numeral 2, artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, prevé como causal de selección abreviada: “Los actos y contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las Empresas Industriales y Comerciales Estatales y de las Sociedades de Economía Mixta, con excepción de los contratos que a título enunciativo identifica el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 [obra, concesión, prestación de servicios, consultoría, fiducia pública]”. g)  Los actos y contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las Empresas Industriales y Comerciales Estatales y de las Sociedades de Economía Mixta, con excepción de los contratos que a título enunciativo identifica el artículo 32 de la Ley 80 de 1993. Por su parte, el Decreto 1082 del 2015, artículo 2.2.1.2.1.2.24, prescribió: “Contratación de empresas industriales y comerciales del Estado. Las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta, sus filiales y las empresas en las cuales el Estado tenga más del cincuenta por ciento (50%) del capital social que no se encuentren en situación de competencia, deben utilizar el procedimiento de selección abreviada de menor cuantía para los contratos que tengan como objeto su actividad comercial e industrial, salvo para los contratos de obra pública, consultoría, prestación de servicios, concesión, encargo fiduciario y fiducia pública para los cuales se aplicará la modalidad que corresponda”. [↑](#footnote-ref-3)
4. El artículo 14 original de la Ley 1150 de 2007 excluía además aquellas cuya actividad se realizaba en “mercados monopolísticos”, pero, con buen tino, se eliminó en el artículo 93 de la Ley 1474 de 2011, pues en ese caso no se está en presencia de los fundamentos que soportan la excepción de no aplicar el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, cual es la “competencia y el libre juego del mercado”. [↑](#footnote-ref-4)
5. Consejo de Estado. Sección Tercera, Sentencia del 19 de agosto de 2004 Exp. 12.342, reiterada en sentencia de 6 de febrero de 2006, Exp. 13.414. [↑](#footnote-ref-5)
6. Ley 1150 de 2007, artículo 13: “Principios generales de la actividad contractual para entidades no sometidas al estatuto general de contratación de la administración pública. Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal”. [↑](#footnote-ref-6)
7. 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-7)
8. Consejo de Estado. Sección Tercera. Radicado No. 45.607 del 24 de octubre de 2016. Consejera Ponente: María Nubia Velásquez Rico. [↑](#footnote-ref-8)
9. COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. “Guía para las Entidades Estatales con régimen especial de Contratación” 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-9)
10. 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-10)
11. 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-11)
12. 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-12)
13. 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. Exp. 25.801 C.P. Enrique Gil Botero). [↑](#footnote-ref-13)
14. 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-14)