**EXPRESIONES REGIMEN ESPECIAL - REGIMEN EXCEPTUADO – Semejanzas y Diferencias**

Con lo cual se podría concluir que, siempre que se haga referencia al régimen especial o exceptuado, estamos frente a la exclusión de este al común o general (EGCAP) y, la diferencia entre las expresiones especial o exceptuado radicaría en que, para las entidades con régimen especial, existen normas específicas y particulares que rigen en su actividad contractual. Por otro lado, las entidades con régimen exceptuado, aun cuando no cuentan con un marco normativo propio que regule su actividad contractual, como sí ocurre con las entidades de régimen especial y, en la medida en que están excluidas del régimen común (EGCAP), su actividad contractual será regulada por las normas del derecho privado (disposiciones civiles y comerciales)

**EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS – Naturaleza especial**

[…] las empresas de servicios públicos tienen una naturaleza jurídica especial que viene dada directamente por el artículo 356 de la Constitución Política. El hecho de que su composición accionaria esté compartida por recursos públicos y privados no la convierte en sociedad de economía mixta, pues las empresas de servicios públicos tienen su clasificación propia dependiendo de la composición de su capital accionario: empresas de servicios públicos oficiales, mixtas y privadas. Ahora, sin importar su clasificación, todas hacen parte de la Rama Ejecutiva, del sector descentralizado por servicios.

**SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS – Régimen contractual – Derecho privado**

El artículo 31 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001, dispone que los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos domiciliarios “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”. Por su parte, el artículo 32 de la Ley 142 consagra el régimen de derecho privado para las empresas de servicios públicos domiciliarios, indicando que, sus actos se rigen por los principios y reglas aplicables a los particulares.

**CONTRATOS O CONVENIOS INTERADMINISTRATIVOS – Definición – Criterio orgánico**

La tipología del contrato o convenio interadministrativo fue creada en la Ley 80 de 1993, y el Decreto 1082 de 2015 la califica 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 están determinados por un criterio orgánico, pues es necesario que los extremos de la relación contractual sean entidades estatales.

**DOCUMENTOS TIPO – Fundamento normativo – Obligatoriedad – Ámbito de aplicación – Entidades sometidas**

[…] la Ley 2022 de 2020 […] modificó el contenido del parágrafo 7 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, que había sido adicionado por la Ley 1882 de 2018. Con esta modificación, si bien se mantuvo el mandato de aplicación obligatoria de los documentos tipo por parte de las entidades sometidas al EGCAP, se atribuyó a la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente la competencia para su expedición. En este marco, con la finalidad de realizar un desarrollo armónico y ajustado de la ley que le otorga la mencionada competencia, esta Agencia expidió la Resolución 160 del 15 de septiembre de 2020, “Por la cual se adopta el procedimiento para implementar los documentos tipo y se define el sistema para su revisión”.

De acuerdo con lo expuesto, los documentos tipo adoptados son obligatorios para las entidades estatales regidas por el EGCAP que adelanten procesos de contratación mediante las modalidades de selección y objetos contractuales cobijados por alguno de los documentos tipo vigentes en los diferentes sectores. La obligatoriedad del contenido de los documentos tipo implica que las entidades estatales tengan que adelantar los procesos de contratación ciñéndose a las condiciones establecidas en los documentos tipo, sin que puedan variarse los requisitos fijados en ellos.

**DOCUMENTOS TIPO – Extensión – Ámbito de aplicación – Excepciones**

En virtud de lo establecido en el parágrafo 7 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 1 de la Ley 2022 de 2020, las entidades estatales regidas por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública están obligadas a aplicar los documentos tipo en los procedimientos y contratos que adelanten en aplicación de dicha normativa. Adicionalmente, en atención a lo dispuesto en los dos primeros incisos del artículo 56 de la Ley 2195 de 2022, cuando estas entidades suscriban convenios o contratos de cualquier índole con entidades estatales de régimen especial o exceptuado, patrimonios autónomos, personas naturales o jurídicas de derecho privado, también deberán aplicar documentos tipo, y en general, las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

**DOCUMENTOS TIPO – Agua potable y saneamiento básico**

De manera que la entidad estatal contratante deberá definir si aplica el tipo de obra 4. OBRAS PARA PTAP (Planta de Tratamiento de Agua Potable) Y/O PTAR (Planta de Tratamiento de Aguas Residuales) del sector agua potable y saneamiento básico, durante la elaboración de los estudios y documentos previos el curso de la etapa de planeación, donde tendrá que identificar si las actividades citadas atrás se subsumen dentro del alcance del objeto a contratar y establecer si los documentos tipo son aplicables, teniendo en cuenta los conceptos propios de la ingeniería civil y los definidos del glosario correspondiente.

**Ley 2195 de 2022 – Artículo 56 - “giro ordinario” – Verificación en cada caso concreto**

A juicio de esta Agencia, la expresión giro ordinario se usa para designar a la contratación directamente relacionada con los asuntos de la gestión habitual u ordinaria de los tipos de entidades mencionadas en el parágrafo. No obstante, la determinación de las actividades que comprenden el giro ordinario es un asunto que debe establecerse en cada caso concreto por parte de las entidades estatales –analizando lo establecido en sus actos de creación y verificando los negocios habituales u ordinarios que desarrollan–, pues el parágrafo del artículo 56 ejusdem se limita a enunciar algunos tipos de entidades estatales, las cuales no solo difieren en su naturaleza jurídica, sino también en las actividades que realizan.

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

Interfaz de usuario gráfica, Texto, Aplicación

Descripción generada automáticamente

Señor

**José David Ramírez Giraldo**

[josedavidrg4@gmail.com](mailto:josedavidrg4@gmail.com)

Bogotá, D.C.

**Concepto C-798 de 2024**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:** | EXPRESIONES REGIMEN ESPECIAL - REGIMEN EXCEPTUADO – Semejanzas y Diferencias / EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS – Naturaleza especial / SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS – Régimen contractual – Derecho privado / CONTRATOS O CONVENIOS INTERADMINISTRATIVOS – Definición – Criterio orgánico / DOCUMENTOS TIPO – Fundamento normativo – Obligatoriedad – Ámbito de aplicación – Entidades sometidas / DOCUMENTOS TIPO – Extensión – Ámbito de aplicación – Excepciones / DOCUMENTOS TIPO – Agua potable y saneamiento básico / Ley 2195 de 2022 – Artículo 56 - “giro ordinario” – Verificación en cada caso concreto |
| **Radicación:** | Respuesta a consulta radicado No. P20241030011001 |

Estimado señor Ramírez Giraldo,

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 30 de octubre de 2024, en la cual consulta lo siguiente:

“[…]

*1. ¿Es lo mismo las entidades de régimen especial a las entidades de régimen exceptuado?*

*2. ¿La norma obliga la aplicación de pliego tipo a entidades de régimen especial o a las entidades de régimen exceptuado?*

*3. ¿Obliga la aplicación de estos pliegos tipo y del Estatuto General de la Contratación Pública a las E.S.P. 100% oficiales?*

*4. Cuando una E.S.P. 100% oficial suscribe un convenio interadministrativo de asociación con la alcaldía Municipal, Cornare, la Gobernación o cualquier otra entidad sometida a ley 80/93 para que la E.S.P. ejecute el mismo y ambas entidades aportan dinero, sumado a que la obra es para la misma E.S.P. debe aplicar pliego tipo y ley 80/93 o la E.S.P. puede contratar bajo los procedimientos de su propio manual de contratación?*

*5. Aun cuando las entidades sometidas a la Ley 80/93 estén cooperando con el cumplimiento de un deber o apoyando económicamente una obra de la E.S.P. Oficial 100% ¿ésta última debe igual aplicar pliego tipo y ley 80, a sabiendas de que la obra o servicio o bienes no se están adquiriendo para la entidad sometida sino para la de régimen especial?*

*6. Si un municipio suscribe con la E.S.P. Oficial 100% un convenio interadministrativo de asociación aportándole recursos del primero al segundo para la optimización o construcción, o remodelación de una PTAR o PTAP o para la ampliación o construcción de un relleno sanitario o el cambio, mantenimiento, modernización o reposición de redes de acueducto y alcantarillado, ¿la E.S.P. Oficial 100% que debe adelantar la contratación está sometida al E.G.C.A.P. y a los pliegos tipos o puede adelantar el proceso de contratación con su propio manual interno de contratación?*

*7. Cuando Colombia Compra Eficiente ha indicado en diversos conceptos que la excepción de aplicación de esta norma a entidades exceptuadas o de régimen especial es cuando la contratación tiene que ver con el giro ordinario, ha dicho que este consiste en aquellas actividades “de la gestión habitual u ordinaria”, ¿en qué consiste esa gestión habitual u ordinaria?*

*8. ¿Cómo delimitar jurídicamente si una gestión es habitual u ordinaria para determinar si está exceptuado de la aplicación de los pliegos tipo y del E.G.C.A.P.?*

*9. El mantenimiento, reposición de redes de acueducto y alcantarillado aun cuando solo se hace según la necesidad y disponibilidad de recursos ¿está comprendida en el giro ordinario?*

*10. Si una E.S.P. requiere la optimización de la PTAR, PTAP o del relleno sanitario, estas actividades ¿están comprendidas dentro del giro ordinario?*

*11. ¿Es giro ordinario los contratos celebrados para la satisfacción de los servicios públicos domiciliarios y sus actividades complementarias?*” [SIC].

De manera preliminar, resulta necesario acotar 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, pero haciendo unas consideraciones sobre las normas generales relacionadas con el problema jurídico de su consulta.

**1. Problema planteado:**

1. ¿Conceptualmente, la expresión: *“régimen especial”* se asemeja o se diferencia de la expresión: *“régimen exceptuado”*?

2. ¿Cuál es el régimen jurídico aplicable en la actividad contractual de las Empresas de Servicios Públicos – ESP?

3. ¿Cuál es el ámbito de aplicación general de los Documentos Tipo expedidos por la Agencia Nacional de Contratación Pública, Colombia Compra en adelante ANCP-CC, en virtud del artículo 56 de la Ley 2195 de 2022 y cuál es el alcance de la expresión “giro ordinario” contenida en el parágrafo de la norma?

4. ¿Resulta obligatoria la aplicación de los Documentos Tipo expedidos por la ANCP-CCE y será el régimen jurídico del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública – EGCAP el que rija en los contratos y convenios interadministrativos suscritos entre un ente territorial en calidad de contratante y una ESP en el rol de entidad pública ejecutora, de una obra a desarrollar en el sector de agua potable y saneamiento básico, que tenga por objeto “*la optimización o construcción, o remodelación de una PTAR o PTAP o para la ampliación o construcción de un relleno sanitario o el cambio, mantenimiento, modernización o reposición de redes de acueducto y alcantarillado*”?

5. ¿Aplican las excepciones contempladas en el parágrafo del artículo 56 de la Ley 2195 de 2022 a las ESP y el alcance de la expresión *“giro ordinario”* contenida en dicha norma?

**2. Respuesta:**

|  |
| --- |
| 1. Tanto la jurisprudencia, como la doctrina han venido dando uso a las dos expresiones para referirse a aquellos regímenes que están por fuera del régimen ordinario compuesto por la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007 y el Decreto 1082 de 2015. Tenemos, por un lado, la expresión “régimen especial” utilizada en el artículo 38 de la Ley 80 de 1993 para referirse al régimen aplicable a las entidades que prestan el servicio de telecomunicaciones. Por otro lado, la Ley 1150 de 2007 en su artículo 16 se refiere a las “entidades exceptuadas en el sector defensa” donde contempla que aquellas no se someterán al EGCAP y que se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a su actividad. Si recurrimos a la definición contenida en el Diccionario de la lengua española – RAE, aquel tiene por definición de la expresión “especial” la siguiente: “Singular o particular, que se diferencia de lo común o general”. De otro lado, sobre la expresión “exceptuar” la define el mismo instrumento como: “Excluir a alguien o algo de la generalidad de lo que se trata o de la regla común”.  La Sala de Consulta y Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado también las ha utilizado como expresiones semejantes y equiparables, como lo hizo en la Sentencia del 13 de mayo de 2021, con Expediente 2456, al señalar que: “*el régimen legal aplicable a los contratos que celebren las* ***entidades excluidas*** *del Estatuto de la Contratación Pública es mixto y se enmarca en “un* ***régimen especial****: el derecho privado combinado con principios de la función administrativa y de la gestión fiscal”, y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, que es de naturaleza pública, es decir, previsto en normas imperativas, de orden público, indisponibles y de obligatorio cumplimiento* […]” (resaltado y subrayado por fuera del texto original).  Con lo cual se podría concluir que, siempre que se haga referencia al régimen *especial* o *exceptuado*, estamos frente a la exclusión de este al común o general (EGCAP) y, la diferencia entre las expresiones *especial* o *exceptuado* radicaría en que, para las entidades con *régimen especial*, existen normas específicas y particulares que rigen en su actividad contractual. Por otro lado, las entidades con *régimen exceptuado*, aun cuando no cuentan con un marco normativo propio que regule su actividad contractual, como sí ocurre con las entidades de régimen especial y, en la medida en que están excluidas del régimen común (EGCAP), su actividad contractual será regulada por las normas del derecho privado (disposiciones civiles y comerciales).  2. En virtud del modelo de liberalización para prestar servicios públicos domiciliarios que se desprende de la Constitución Política de 1991 y el contenido del artículo 365 superior, la Ley 142 de 1994 estableció en el artículo 31, el cual fue modificado por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001, que los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos domiciliarios ESP “[…] *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”*. Por su parte, el artículo 32 de la Ley 142 consagra el régimen de derecho privado para las empresas de servicios públicos domiciliarios ESP, indicando que sus actos se rigen por los principios y reglas aplicables a los particulares.  En consecuencia, el régimen jurídico aplicable, por regla general a las ESP, es el derecho privado, y solo excepcionalmente el contenido en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública – EGCAP. En otras palabras, las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios se sujetan, en su actividad contractual, a las disposiciones del derecho privado, salvo en aquellos casos en los que la Constitución, la Ley 142 de 1994 u otras leyes especiales, sometan tal conducta al EGCAP, es decir, a la Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007 y demás normas complementarias.    Lo anterior no significa que la actividad contractual de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios se rija por un “*derecho privado puro*”, pues este se encuentra irrigado, entre otras cosas, por los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, previstos en los artículos 209 y 267 de la Constitución, toda vez que así lo dispone el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007.  3.. De conformidad con lo establecido en el parágrafo 7 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 1 de la Ley 2022 de 2020, las entidades estatales regidas por el EGCAP están obligadas a aplicar los documentos tipo en los procedimientos y contratos que adelanten en aplicación de dicha normativa. Adicionalmente, en atención a lo dispuesto en los dos primeros incisos del artículo 56 de la Ley 2195 de 2022, cuando estas entidades suscriban convenios o contratos interadministrativos o de cualquier índole con entidades estatales de régimen especial o exceptuado, patrimonios autónomos, personas naturales o jurídicas de derecho privado, también deberán aplicar documentos tipo, y en general, las disposiciones del EGCAP.  De otro lado, se encuentran exceptuadas del ámbito de aplicación del artículo 56 de la Ley 2195 de 2022 las instituciones de educación superior públicas, las empresas sociales del Estado, las sociedades de economía mixta y las empresas industriales y comerciales del Estado, únicamente en cuanto a la contratación de su *giro ordinario*. Para esta Subdirección, lo dispuesto en el parágrafo del artículo 56 de la Ley 2195 de 2022 es una manifestación de la voluntad del Legislador. Esto significa que, cuando la Entidad Estatal sometida al EGCAP pretenda celebrar un contrato o convenio interadministrativo para la adquisición de bienes, obras o servicios con alguno de los tipos de entidades mencionadas en el parágrafo de la norma, que se enmarque dentro del *giro ordinario* de la entidad exceptuada, eventualmente, el respectivo contrato podrá sujetarse a normas de derecho privado –de cumplirse los presupuestos del inciso tercero del literal c) del artículo 2-4 de la Ley 1150 de 2007–, sin importar si el objeto se encuentra cobijado por documentos tipo, los cuales tampoco resultaran de aplicación forzosa en ese caso por expresa disposición legal.  En conclusión, no deberá entonces, en estos casos, la entidad sometida al EGCAP reservarse la obligación de llevar a cabo la selección de los Procesos de Contratación y celebrar los respectivos contratos para adquirir aquellas de obras o servicios para cuya contratación le fuese aplicable los documentos tipo vigentes, que deban contratarse en el marco de un convenio interadministrativo, y tampoco es necesario que aquellas entidades exceptuadas que pretenden ser adjudicatarias de contratos que versen únicamente, en la contratación relacionada con su *giro ordinario*, se sometan a un proceso de selección en el que se apliquen documentos tipo expedidos por esta Agencia a cargo de la entidad sometida al EGCAP. Por el contrario, si el objeto contractual se encuentra por fuera del *giro ordinario* de la entidad ejecutora, y el objeto se encuentra dentro del ámbito de aplicación de algún documento tipo, la aplicación del mismo en conjunto con el EGCAP resultan de obligatoria observancia, al no quedar dicho supuesto cobijado por el parágrafo del referido artículo 56.  A juicio de esta Agencia, la expresión *giro ordinario* se usa para designar a la contratación directamente relacionada con los asuntos de la gestión habitual u ordinaria de los tipos de entidades mencionadas en el parágrafo. No obstante, la determinación de las actividades que comprenden el *giro ordinario* es un asunto que debe establecerse en cada caso concreto por parte de las entidades estatales –analizando lo establecido en sus actos de creación y verificando los negocios habituales u ordinarios que desarrollan–, pues el parágrafo del artículo 56 *ejusdem* se limita a enunciar algunos tipos de entidades estatales, las cuales no solo difieren en su naturaleza jurídica, sino también en las actividades que realizan.  Esto impide que la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, en sede consultiva, pueda determinar, con un criterio universal y absoluto, qué actividades específicas hacen parte del *giro ordinario* de los negocios de dichas entidades y cuáles escapan de este, pues, como se indicará, al explicar la naturaleza de los conceptos jurídicos indeterminados, la concreción del alcance de la expresión *giro ordinario* debe hacerse en el caso concreto, empleando un criterio de interpretación restrictiva. Ello en la medida en que el parágrafo del artículo 56 consagra una excepción a una regla general.  No obstante lo anterior, se insiste que el giro ordinario del negocio de una ESP se refiere a las actividades, bienes y servicios que son propios, habituales y necesarios para cumplir con su objeto social y las funciones que le han sido asignadas legalmente. Esto incluye aquellas operaciones que forman parte del núcleo de su misión empresarial, como la prestación eficiente de los servicios públicos domiciliarios que tiene a su cargo y comprende las actividades que se encuentran directamente relacionadas con la prestación de los servicios públicos que la empresa está autorizada a prestar.  De igual manera se recomienda, interpretar el termino *giro ordinario* con base en el objeto social de la empresa, regulado por leyes sectoriales como la Ley 142 de 1994 y los estatutos propios de cada ESP, es por ello que, en el marco de la contratación estatal, los contratos relacionados con el giro ordinario pueden tener un tratamiento diferenciado para garantizar la continuidad y eficiencia de los servicios, insistiendo en todo caso en la aplicación de los principios de la función administrativa.  4.. Al revisar la “Matriz 1 – Experiencia” de los “Documentos Tipo para Licitación Pública de Infraestructura de Agua Potable y Saneamiento Básico – V2” se identifica que el tipo de obra 4. OBRAS PARA PTAP (Planta de Tratamiento de Agua Potable) Y/O PTAR (Planta de Tratamiento de Aguas Residuales) contiene dentro de las actividades a contratar las siguientes: 4.1 PROYECTOS DE CONSTRUCCION DE PTAP Y/U OBRAS COMPLEMENTARIAS; 4.2 PROYECTOS DE CONSTRUCCION DE PTAR, ESTACIONES DE BOMBEO DE AGUAS RESIDUALES Y/U OBRAS COMPLEMENTARIAS; 4.3 PROYECTOS DE OPTIMIZACIÓN Y/O MEJORAMIENTO Y/O ADECUACIÓN Y/O REFORZAMIENTO Y/O REHABILITACIÓN Y/O MANTENIMIENTO DE PTAP Y/U OBRAS COMPLEMENTARIAS y 4.4 PROYECTOS DE OPTIMIZACION Y/O MEJORAMIENTO Y/O ADECUACIÓN Y/O REFORZAMIENTO Y/O REHABILITACIÓN Y/O MANTENIMIENTO DE PTAR Y/U OBRAS COMPLEMENTARIAS.  De manera que la entidad estatal contratante deberá definir si aplica el tipo de obra 4. OBRAS PARA PTAP (Planta de Tratamiento de Agua Potable) Y/O PTAR (Planta de Tratamiento de Aguas Residuales) del sector agua potable y saneamiento básico, durante la elaboración de los estudios y documentos previos, en el curso de la etapa de planeación, donde tendrá que identificar si las actividades citadas atrás se subsumen dentro del alcance del objeto a contratar y establecer si los documentos tipo son aplicables, teniendo en cuenta los conceptos propios de la ingeniería civil y los definidos del glosario correspondiente. Esto con el fin de verificar si el objeto de la contratación se encuentra enmarcado en dichas actividades del documento tipo. Adicionalmente, en virtud de lo expuesto en la respuesta del segundo punto, si el negocio jurídico suscrito entre el ente territorial y la ESP es un convenio o contrato interadministrativo o adquiere alguna otra índole, es obligatoria la aplicación de los documentos tipo dispuestos para el objeto a contratar y las normas que rigen serán las del EGCAP.  Cabe aclara que, como se explicara en las consideraciones siguientes, los convenios interadministrativos son aquellos que se utilizan como mecanismo de gestión conjunta entre las dos entidades públicas, en donde las partes aúnan esfuerzos para el logro de los fines de la Administración regidos por los principios de coordinación y cooperación sin que ello suponga la cesión de la competencia encomendada a cada una de ellas, y en donde, eventualmente cada entidad puede incurrir en costos y gastos, como también en ejecución de los presupuestos propios para cumplir con las obligaciones pactadas, por lo que se advierte que, en el evento en que la entidad contratante establezca que el objeto a contratar no se subsume dentro del tipo de obra y actividades contenidas en la “Matriz 1 – Experiencia” de los “Documentos Tipo para Licitación Pública de Infraestructura de Agua Potable y Saneamiento Básico – V2”, aquellos se someterán a las reglas del derecho privado y no a las disposiciones del EGCAP. En todo caso, deberán observarse los principios constitucionales y legales de la actividad contractual del Estado (transparencia, planeación, buena fe, entre otros) así como también a los principios de la función administrativa previstos en el artículo 209 CP (moralidad, economía, celeridad, entre otros).  De todos modos, será la entidad estatal contratante quien determine si las reglas del EGCAP (Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007, Decreto 1082 de 2015 y 1474 de 2011) son las normas que aplicaran a tales convenios, en la medida en que siempre es necesario que, en cada caso concreto, se analice la naturaleza jurídica, objeto y finalidad que se pretende cumplir o desarrollar con el respectivo convenio, para establecer el régimen jurídico aplicable. Sin embargo, con la extensión de dicha norma, resulta posible concluir que, siempre que se trate de la suscripción de contratos o convenios interadministrativos y el objeto contractual se subsuma dentro del tipo de obra y actividades a contratar, es obligatoria la aplicación del documento tipo correspondiente y el régimen jurídico aplicable será el EGCAP.  5. Debe recordarse que la Sentencia C-736 de 2007 de la Corte Constitucional afirmó que las Empresas Prestadoras de Servicios Públicos – ESP oficiales, 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.  Bajo ese presupuesto, las ESP no estarían dentro del conjunto de entidades exceptuadas en el parágrafo del artículo 56 de la Ley 2195 de 2022.En todo caso, es de precisar que, en el caso de las Empresas Prestadoras de Servicios Públicos – ESP, la entidad competente para absolver las consultas relacionadas con su naturaleza jurídica es la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, de conformidad con el artículo 11, numeral 2, del Decreto 1369 de 2020. |

**3. Razones de la respuesta:**

Lo anterior se sustenta en las siguientes consideraciones:

La Constitución Política de 1991 incorporó un modelo de liberalización para prestar servicios públicos domiciliarios, con arreglo al cual estos pueden ofrecerse en el mercado, en un esquema de libre competencia, directamente por el Estado, por particulares o por comunidades organizadas[[1]](#footnote-1). En tal sentido, el artículo 365 de la Constitución dispone lo siguiente:

Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

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. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que, en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita.

Con base en este presupuesto constitucional de liberalización de los servicios públicos domiciliarios el legislador expidió la Ley 142 de 1994, mediante la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios. El artículo 15 *ibídem* enuncia las personas autorizadas para prestar los servicios públicos domiciliarios: i) las empresas de servicios públicos, ii) los productores marginales, iii) los municipios, en ciertos casos, iv) las organizaciones autorizadas y v) las entidades descentralizadas que se encontraran prestándolos y cumplan los requisitos establecidos en la ley[[2]](#footnote-2).

Ahora bien, en lo que atañe específicamente al régimen de contratación, el artículo 31 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001, dispone que los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos domiciliarios “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”. Por su parte, el artículo 32 de la Ley 142 consagra el régimen de derecho privado para las empresas de servicios públicos domiciliarios, indicando que sus actos se rigen por los principios y reglas aplicables a los particulares[[3]](#footnote-3).

En consecuencia, de la lectura sistemática de las normas referidas puede concluirse que el régimen jurídico que, por regla general, debe aplicarse a la contratación que efectúan las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios es el derecho privado, y solo excepcionalmente el contenido en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública[[4]](#footnote-4). En otras palabras, las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios se sujetan, en su actividad contractual, a las disposiciones del derecho privado, salvo en aquellos casos en los que la Constitución, la Ley 142 de 1994 u otras leyes especiales, sometan tal conducta al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, es decir, a la Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007 y demás normas complementarias.

Lo anterior no significa que la actividad contractual de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios se rija por un “derecho privado puro”, pues este se encuentra irrigado, entre otras cosas, por los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, previstos en los artículos 209 y 267 de la Constitución, toda vez que así lo dispone el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007[[5]](#footnote-5).

Ahora bien, en consideración a sus interrogantes, a continuación se aborda el marco normativo de los convenios y contratos interadministrativos. La tipología del contrato o convenio interadministrativo fue creada en la Ley 80 de 1993, y el Decreto 1082 de 2015 la califica como aquella contratación entre entidades estatales[[6]](#footnote-6). 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 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 sometida a la Ley 80 de 1993 celebrar esta clase de convenios o contratos con una entidad estatal de régimen especial y no por ello dejará de ser un contrato o convenio interadministrativo.

Un contrato o convenio interadministrativo no está determinado por la modalidad de selección utilizada para celebrarlo, si tenemos en cuenta que la Ley 1150 de 2007 dispone que éstos 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 con pluralidad de oferentes[[7]](#footnote-7). Nótese que, en este caso, lo que cambia es la modalidad de selección y no la naturaleza de contrato interadministrativo pues la esencia de dichos acuerdos contractuales está dada en la intervención de dos o más entidades de naturaleza pública

La Corte Constitucional, en Sentencia C-671 de 2015, expresó 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, 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”[[8]](#footnote-8).

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, pues 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, por regla general, a la celebración de los contratos interadministrativos.

Así las cosas, la ley no limitó la celebración de contratos interadministrativos a la modalidad de selección de contratación directa, pues 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 donde sea posible la participación de los 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. Como se indicó, la existencia de un contrato interadministrativo no está determinada por la modalidad de selección sino, entre otras cosas, por la calidad de las partes que lo suscriben, es decir, debe tratarse de entidades estatales.

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 se eleve a escrito. Por otra parte, si bien actualmente el EGCAP hace referencia de manera expresa a los contratos interadministrativos y no a los convenios, no por esto puede concluirse que se trate de figuras totalmente diferentes, pues las entidades del Estado, en el marco de la Ley 80 de 1993, pueden acordar entre sí diferentes tipos de obligaciones, siempre que su objeto de creación les permita cumplirlas, con el objetivo común de materializar los fines del Estado. Por este motivo, cuando la Ley 80 de 1993 se refiere a contratos interadministrativos de la misma forma lo hace frente a los convenios, entre otras razones, porque este cuerpo normativo faculta a las entidades públicas a celebrar los demás acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales.

Es conveniente destacar que el Decreto 1082 de 2015 dispone que los convenios o contratos interadministrativos, así denominados en su artículo 2.2.1.2.1.4.4, se contratan directamente, por lo que representan figuras similares en la medida en que concurran entidades estatales en el acuerdo de voluntades. De este modo, es posible concluir que en la contratación estatal no existen mayores diferencias entre convenio y contrato y, dando aplicación al derecho privado y a la definición contenida en el Código Civil, puede afirmarse que se trata de figuras equivalentes, salvo por la remuneración que se pacta a favor de una entidad estatal por la otra parte que ostenta la misma calidad (pública), evento en el cual se estaría frente a un contrato interadministrativo

Por tanto, aunque el artículo 95 de la Ley 489 de 1998 dispone que “Las entidades públicas podrán asociarse con el fin de cooperar en el cumplimiento de funciones administrativas o de prestar conjuntamente servicios que se hallen a su cargo, mediante la celebración de convenios interadministrativos […]”, esto no significa que dichos acuerdos estén exceptuados del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública por no tener carácter contractual. Por ello, la jurisprudencia considera que “Estos convenios cuentan con las características propias de los contratos, cuando su objeto lo constituyen obligaciones patrimoniales, y las entidades estatales que los conforman están sujetas tanto a la normativa contractual pública, como a las normas del derecho civil […]”[[9]](#footnote-9).

Si bien tanto los contratos como convenios comparten características comunes explicadas en los párrafos precedentes, difieren en cuanto a ciertos aspectos esenciales. Así, mientras que el *contrato interadministrativo* se caracteriza por su naturaleza onerosa, patrimonial y se conforma por intereses básicamente contrapuestos, los *convenios interadministrativos*, por su parte, tienen una finalidad asociativa perseguida por las partes suscriptoras cuyos intereses se encaminan en la misma dirección y persiguen los mismos objetivos, de conformidad con el ejercicio de las funciones y competencias que les son propias y propendiendo por la cooperación interinstitucional. De aquí que la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado haya señalado la necesidad de diferenciar el régimen jurídico aplicable a ciertas situaciones específicas del convenio interadministrativo que se separan del régimen jurídico común:

“[E]s preciso señalar que los convenios interadministrativos se someten a los principios constitucionales y legales de la actividad contractual del Estado (transparencia, planeación, buena fe, entre otros) y, obviamente, a los principios de la función administrativa previstos en el artículo 209 CP (moralidad, economía, celeridad, entre otros), en virtud del carácter vinculante de los mismos, dentro del contexto de un ánimo de cooperación que se refleja en el plano de igualdad o equivalencia en que se celebran y ejecutan, lo que significa ausencia de prerrogativas en favor de una parte a costa de la otra.

Ahora, dada la naturaleza jurídica explicada de los convenios interadministrativos*, las reglas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública contenidas en la actualidad en las Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y 1474 de 2011, no resultan de aplicación automática a tales convenios, toda vez que ese Estatuto lo que esencialmente regula son relaciones contractuales de contenido patrimonial y oneroso. En tal sentido, en cada caso concreto deberá analizarse, de conformidad con la naturaleza jurídica, objeto y finalidad que se pretende cumplir o desarrollar con el respectivo convenio, si la disposición correspondiente del Estatuto Contractual es aplicable o no”*.[[10]](#footnote-10) (Cursiva fuera del texto original)

De hecho, la distinción también se plantea en el ámbito del derecho privado con la referencia a los contratos de contraprestación y de colaboración[[11]](#footnote-11); sin embargo, también se rigen por unos principios comunes, pues se forman por el consentimiento y de ambos se derivan el nacimiento de obligaciones para las partes. Por ello, “[…] Es evidente que el hecho de que las partes tengan intereses concordantes no implica en modo alguno que estas relaciones no quepan en el campo de la contratación […]”[[12]](#footnote-12).

Teniendo en cuenta lo anterior, no existe una definición legal que diferencie los conceptos de contrato y convenio. En tal sentido, teniendo en cuenta sus características comunes, las referencias realizadas por el legislador a estos términos deben asimilarse, salvo que de su contenido logre inferirse que se quiere otorgar un contenido en particular. Por lo demás, se reitera la conclusión en el sentido de que lo que define los contratos o convenios interadministrativos es la naturaleza de las partes, de manera que están determinados por un criterio orgánico, en el sentido de que lo serán aquellos celebrados entre entidades estatales.

Dado que ni la Ley 489 de 1998 ni la Ley 142 de 1994 tipifican la existencia de empresas de servicios públicos solidarias, cooperativas o comunitarias, de acuerdo con la Sentencia de la Corte Constitucional C-736 de 2007, con ponencia del Magistrado Marco Gerardo Monroy Cabra, las empresas de servicios públicos oficiales y mixtas o privadas en las cuales haya cualquier porcentaje de participación pública, son entidades descentralizadas que conforman la estructura de la rama ejecutiva del poder público. Por tanto, en la medida que concurran con otra entidad en la celebración de negocio jurídico, la tipología corresponderá a un convenio o contrato interadministrativo, el cual puede contener como objeto la ejecución de actividades de obra de agua potable y saneamiento básico, sin más requisitos ni restricciones que los previstos en la ley y reglamento. En caso de que por el criterio orgánico no exista una relación interadministrativa, por regla general el contrato será de obra y se someterá a las reglas de los demás procedimientos con pluralidad de oferentes del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, pues la contratación directa se reserva a los contratos o convenios del precitado artículo 2.2.1.2.1.4.4 del Decreto 1082 de 2015, sin perjuicio de las demás causales previstas en el ordenamiento jurídico. En ambos casos, es importante determinar si aplican los documentos tipo, tema que se analizará a continuación.

Explicado el régimen jurídico de las ESP y el marco jurídico de los convenios o contratos interadministrativos, resulta conveniente exponer el fundamento normativo y el ámbito de aplicación de los documentos tipo obligatorios en el ordenamiento jurídico colombiano los cuales se instituyeron por primera vez en el parágrafo 3 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007[[13]](#footnote-13), norma que facultó al gobierno nacional para expedirlos, pero solo cuando se tratara de la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización. Sin embargo, esta facultad no ha sido ejercida hasta la actualidad.

Debido a lo anterior, el artículo 4 de la Ley 1882 de 2018 se convierte en el antecedente más relevante respecto a los documentos tipo. A partir de esta norma, se definió un mandato de obligatoria observancia por parte de todas las entidades sometidas al EGCAP en la aplicación de los documentos tipo adoptados por el gobierno nacional para la contratación de obra pública y su respectiva interventoría, así como la interventoría para consultoría de estudios y diseños para obras públicas y consultoría en ingeniería para obras, los cuales debían ser utilizados en los procesos de selección que adelantaran[[14]](#footnote-14).

Asimismo, señalaba que, dentro de los documentos tipo, el gobierno adoptaría de manera general y con alcance obligatorio para todas las entidades las condiciones habilitantes, así como los factores técnicos y económicos de escogencia, según correspondiera a cada modalidad de selección y la ponderación precisa y detallada de los mismos, teniendo en cuenta la naturaleza y cuantía de los contratos. Finalmente, para la adopción de esta reglamentación el gobierno tendría en cuenta las características propias de las regiones con el ánimo de promover el empleo local. Por último, se facultaba al gobierno para adoptar los documentos tipo cuando lo considerara necesario en relación con otros contratos o procesos de selección.

De la norma descrita se concluía lo siguiente: i) la adopción de los documentos tipo estaba en cabeza del gobierno nacional; ii) estos debían relacionarse con procesos de obras públicas, interventoría para las obras públicas, interventoría para consultoría de estudios y diseños y, finalmente, consultoría en ingeniería para obras; iii) eran de obligatorio cumplimiento por parte de todas las entidades sometidas al EGCAP; iv) en los documentos tipo se indicarían las condiciones generales de los requisitos habilitantes, así como los factores técnicos y económicos de escogencia, según correspondiera para cada modalidad de selección; v) el gobierno nacional tenía la facultad de adoptar documentos tipo en otros contratos o procesos de selección; y por último, vi) los documentos tipo serían adoptados por categorías de acuerdo con la cuantía de la contratación.

Esta norma fue estudiada por la Corte Constitucional en la sentencia C-119 de 2020. Al respecto, el Alto Tribunal indicó que la adopción de los documentos tipo no afectaba la autonomía de las entidades territoriales, en cuanto la estandarización se predicaba únicamente de los requisitos habilitantes y los criterios de escogencia, elementos propios del procedimiento de selección del contratista, materia en la que existe reserva de ley y que no se encuentra atribuida a la regulación de las entidades territoriales. De igual manera, se establece que esta autonomía se garantiza con la identificación autónoma de sus necesidades y la configuración de los elementos del contrato[[15]](#footnote-15).

De este modo, los documentos tipo no afectan la autonomía de las entidades territoriales. Lo anterior, debido a que la definición de los requisitos habilitantes y de aspectos técnicos de la selección del contratista en los procesos de selección, son cuestiones en los que el legislador tiene amplia libertad de configuración legislativa y, por tanto, puede atribuir dicha regulación al gobierno nacional. Ahora bien, la referida autonomía se materializa cuando las entidades territoriales deciden iniciar un proceso de convocatoria para satisfacer sus necesidades para la adquisición de un bien, obra o servicio y, además, se incluyen en la minuta del contrato las condiciones particulares del negocio jurídico a celebrar.

Posteriormente, se expidió la Ley 2022 de 2020, norma que modificó el contenido del parágrafo 7 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, que había sido adicionado por la Ley 1882 de 2018[[16]](#footnote-16). Con esta modificación, si bien se mantuvo el mandato de aplicación obligatoria de los documentos tipo por parte de las entidades sometidas al EGCAP, se atribuyó a la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente la competencia para su expedición. En este marco, con la finalidad de realizar un desarrollo armónico y ajustado de la ley que le otorga la mencionada competencia, esta Agencia expidió la Resolución 160 del 15 de septiembre de 2020, *“Por la cual se adopta el procedimiento para implementar los documentos tipo y se define el sistema para su revisión”.*

De acuerdo con lo expuesto, los documentos tipo adoptados son obligatorios para las entidades estatales regidas por el EGCAP que adelanten procesos de contratación mediante las modalidades de selección y objetos contractuales cobijados por alguno de los documentos tipo vigentes en los diferentes sectores. La obligatoriedad del contenido de los documentos tipo implica que las entidades estatales tengan que adelantar los procesos de contratación ciñéndose a las condiciones establecidas en los documentos tipo, sin que puedan variarse los requisitos fijados en ellos.

En este contexto, se expidió la Ley 2195 de 2022, *“Por medio de la cual se adoptan medidas en materia de transparencia, prevención y lucha contra la corrupción y se dictan otras disposiciones”*. Según su artículo 1°, este cuerpo normativo “[…] tiene por objeto adoptar disposiciones tendientes a prevenir los actos de corrupción, a reforzar la articulación y coordinación de las entidades del Estado y a recuperar los daños ocasionados por dichos actos, con el fin de asegurar y promover la cultura de la legalidad e integridad y recuperar la confianza ciudadana y el respeto por lo público”. Dentro del capítulo VIII de la Ley en mención, que lleva por título “*Disposiciones en materia contractual para la moralización y la transparencia*”, se destaca el artículo 56, norma sobre la que versa la presente consulta.

Consecuentemente, fue aprobada su redacción en conciliación del texto en ambas cámaras[[17]](#footnote-17) prescribiendo la redacción de la norma hoy día vigente, en los siguientes términos:

“Artículo 56. Aplicación de los documentos tipo a entidades de régimen especial. Para la adquisición de bienes, obras o servicios, las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública que celebren contratos o convenios interadministrativos o de cualquier otra índole, con otra Entidad Estatal o con patrimonios autónomos o con personas naturales o jurídicas de derecho privado, cuyo régimen de contratación sea especial o de derecho privado, deberán aplicar los documentos tipo adoptados por la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente o quien haga sus veces, conforme al parágrafo 7 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 o las normas que lo modifiquen o sustituyan.

Los procedimientos de selección y los contratos que realicen en desarrollo de los anteriores negocios jurídicos, donde apliquen los documentos tipo se regirán por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Parágrafo. Se exceptúan del presente artículo las Instituciones de Educación Superior públicas, las empresas sociales del Estado, las sociedades de economía mixta y las empresas industriales y comerciales del Estado, únicamente en cuanto a la contratación de su giro ordinario. En estos casos, en los manuales de contratación de estas entidades, se fomentará como buena práctica la aplicación de los pliegos tipo”.

Las implicaciones del texto conforme al cual fue expedida esta norma son variadas y se presentan en múltiples ámbitos de la actividad contractual de las entidades estatales y sujetos de derecho privado mencionados en la norma, que, como consecuencia de la entrada en vigor de la disposición en cita, se ven afectados de diferentes maneras. Por esto se hace necesario realizar una interpretación adecuada de esta disposición, orientada a precisar sus efectos respecto de diferentes sujetos mencionados en su texto, lo cual exige detenerse a analizar ciertos aspectos que, a juicio de esta Agencia, resultan indispensables para determinar el verdadero alcance de la norma bajo estudio, a lo cual se procede a continuación.

Como se desprende de la frase inicial de la norma citada, es claro que el primer y principal mandato de la norma únicamente se encuentra dirigido a las entidades estatales sometidas al EGCAP, para que, en la adquisición de bienes, obras o servicios, apliquen los documentos tipo expedidos por esta Agencia, cuando celebren contratos o convenios interadministrativos o de cualquier otra índole con otra Entidad Estatal, o con patrimonios autónomos o con personas naturales o jurídicas, cuyo régimen de contratación sea especial o de derecho privado. En ese sentido, el primer inciso de la norma reafirma el deber de las entidades sometidas al EGCAP de aplicar los documentos tipo.

De acuerdo con lo anterior, el artículo 56 de la Ley 2195 de 2022, en principio, se presenta como una norma que complementa al parágrafo 7 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, modificado por la Ley 2022 de 2020, que establece el mandato de aplicación obligatoria de los documentos tipo para las entidades sometidas al EGCAP cuando celebren contratos o convenios interadministrativos o de cualquier otra índole, y en el marco de la regla de interpretación por contexto conforme al criterio hermenéutico del artículo 30 del Código Civil, según el cual “Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto”, y de interpretación por extensión de una ley consagrada en el artículo 31 *ibidem*, conforme al cual “Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación. La extensión que deba darse a toda ley se determinará por su genuino sentido, y según las reglas de interpretación precedentes”. Desde esta perspectiva, no pudiera pensarse entonces que se extiende la aplicación a particulares y a entidades con régimen de contratación especial la obligatoriedad de adelantar procesos de selección y suscribir contratos sometidos al EGCAP, puesto que el texto de la Ley 2022 de 2020 establece con claridad la regla de aplicación obligatoria de los documentos tipo en los procesos de contratación adelantados por las entidades estatales regidas por el EGCAP, es decir, la obligatoriedad de utilizar documentos pliego tipo se extiende en los convenios o contratos interadministrativos o de cualquier otra índole, y a las diferentes modalidades de selección de los Procesos de Contratación adelantados por entidades sometidas al EGCAP.

Antes de la expedición del artículo 56 de la Ley 2022 de 2020, ya se había establecido el mandato de aplicación obligatoria de los documentos tipo para las entidades estatales sometidas al EGCAP, atribuyendo a esta Agencia la competencia para expedirlos. Esta norma imperativa debía observarse siempre y cuando el objeto contratar este cobijado por algún documento tipo vigente, no obstante, si la Entidad Estatal optaba bajo la modalidad de selección de contratación directa, celebrar convenios o contratos interadministrativos, o de cualquier otra índole, con entidades con regímenes especiales o de derecho privado era un asunto que escapaba del ámbito de aplicación de lo establecido por la Ley 2022 de 2020, incluso tratándose de obras o servicios para cuya contratación le fuese aplicable los documentos tipo vigentes.

Ahora, con la entrada en vigencia del artículo 56 de la Ley 2195 de 2022, la aplicación de documentos pliego tipo resulta obligatoria cuando la Entidad Estatal opta por celebrar convenios o contratos interadministrativos, o de cualquier otra índole, sin que por ello implique que las entidades de regímenes especiales de contratación, patrimonios autónomos o personas naturales o jurídicas de derecho privado se las haya habilitado legalmente para que apliquen documentos pliego tipo en su contratación privada, por cuanto, la norma parte de la premisa fundamental de que la aplicación de estos solo es procedente para entidades cuyo régimen contractual corresponde al EGCAP. Esto en la medida en que, el parágrafo 7 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, modificado por la Ley 2022 de 2020, solo se refiere a la obligación de aplicar los documentos tipo en los procesos de contratación que adelanten las entidades sometidas al EGCAP.

Esta Agencia ha considerado, como se explicó *ut supra*, que el artículo 56 de la Ley 2195 de 2022 surge como una disposición complementaria de la Ley 2022 de 2020, en la medida en que la norma busca extender la aplicación obligatoria de los documentos tipo para las entidades regidas por EGCAP cuando celebren contratos o convenios interadministrativos o de otra índole. Por lo tanto, ante la presencia de estos negocios jurídicos que, antes de la expedición de la norma en comento, estaban relevados de aplicar los documentos tipo, debido a la existencia de disposiciones como la contenida en el inciso 2 del literal c) del artículo 2-4 de la Ley 1150 de 2007[[18]](#footnote-18), ahora deberán tenerse en cuenta las siguientes reglas: i) *en el caso de los convenios interadministrativos o de cualquier otra índole:* la obligación de llevar a cabo la selección de los Procesos de Contratación y celebrar los respectivos contratos para adquirir aquellas obras o servicios para cuya contratación le fuese aplicable los documentos tipo vigentes y que deban contratarse en el marco del convenio, deberán ser adelantados por la entidad sometida al EGCAP; y, ii) *en el caso de los contratos interadministrativos* *o de cualquier otra índole*: implica que si las entidades estatales exceptuadas, los patrimonios autónomos y las personas naturales o jurídicas de derecho privado pretenden ser adjudicatarias de estos contratos, deben someterse a un proceso de selección en el que se apliquen documentos tipo expedidos por esta Agencia a cargo de la entidad sometida al EGCAP.

El segundo inciso de la norma bajo estudio usa la expresión “los procedimientos de selección y *contratos que realicen en desarrollo de los anteriores negocios jurídicos*”. Pudiera entenderse que alude a los negocios jurídicos descritos en el primer inciso, es decir, aquellos a través de los cuales una Entidad Estatal sometida al EGCAP contrata o coopera con un sujeto de derecho privado –entidad exceptuada, patrimonio autónomo o persona natural o jurídica de derecho privado– en un objeto del que se desprende el suministro de un bien, obra o servicio cobijada por un documento tipo. En ese sentido, la norma parte de la base de que para *desarrollar* tales negocios jurídicos la Entidad Estatal sometida necesariamente debe adelantar un procedimiento de selección y suscribir un contrato elevado a escrito, lo que –en atención al artículo 56– deberá hacerlo aplicando documentos tipo y con sujeción al EGCAP.

Sobre esto es necesario considerar que, las entidades sometidas al EGCAP, por lo general, se encuentran obligadas a agotar un procedimiento de selección conforme las normas aplicables para celebrar contratos estatales, a diferencia de los negocios jurídicos regidos por el derecho privado, los cuales, generalmente, se perfeccionan con el acuerdo de voluntades, salvo que la ley exija alguna solemnidad adicional. De esto se desprende que el propósito del legislador con la expedición de la norma objeto de consulta, es que las entidades estatales que tienen como régimen contractual el EGCAP no puedan eludir su aplicación, ni la de los documentos tipo que resulten obligatorios, celebrando convenios o contratos con entidades exceptuadas o particulares sometidos al derecho privado, haciendo prevalecer el régimen de las entidades no sometidas, con el fin inaplicar los documentos tipo y el EGCAP.

Por tanto, el hecho de que la norma esté dirigida a las entidades sometidas al EGCAP, no tiene otro fin más que el de indicar que la obligación de emplear los documentos pliego tipo en el marco de un contrato o convenio interadministrativo, o de cualquier otra índole, recae sobre la misma, pues sólo así puede garantizarse que el mandato imperativo dispuesto en el literal segundo del artículo en cita, tenga un efecto jurídico, pues estas entidades deben realizar procesos de selección y celebrar contratos con sujeción al EGCAP, requerido para la aplicación de documentos pliego tipo en virtud de lo regulado en al parágrafo 7 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, modificado por la Ley 2022 de 2020.

En este punto es necesario analizar los efectos del artículo 56 de la Ley 2195 de 2022, respecto de lo dispuesto en el artículo 2, numeral 4, de la Ley 1150 de 2007, particularmente, de lo establecido en el tercer inciso del literal c). Lo anterior por cuanto esta norma, al establecer como causal de contratación directa la celebración de convenios o contratos interadministrativos regulaba la normativa aplicable a estos cuando el régimen prevalente de la entidad encargada de la ejecución no fuera el de la Ley 80 de 1993, casos en los que la norma imponía la aplicación de esta normativa, a menos que la entidad ejecutora desarrollara su actividad en competencia con el sector privado, o cuando la ejecución del contrato tuviere relación directa con el desarrollo de su actividad, evento en los que se imponía el derecho privado. En ese sentido, en este último evento el tercer inciso del literal c) del artículo 2, numeral 4 de la Ley 1150 de 2007 daba pie a la aplicación de normas de derecho privado, lo que evidencia una supuesta o aparente tensión entre este y el artículo 56 de la Ley 2195 de 2022, en lo que se refiere al régimen aplicable en estas situaciones, comoquiera que, en estos eventos, al tenor de criterios interpretativos aplicadas a lo dispuesto en esta última norma, se entendía que debía aplicarse el EGCAP y los documentos tipo.

Lo anterior suponía una antinomia entre el literal c) del artículo 2, numeral 4, de la Ley 1150 de 2007 y el artículo 56 de la Ley 2195 de 2022, en la medida en que para un mismo supuesto de hecho –la celebración de un convenio interadministrativo entre una entidad sometida al EGCAP y otra exceptuada, en la que la última es la ejecutora y desarrolla su actividad en competencia con el sector privado–, se establecían diferentes consecuencias jurídicas, ya que mientras que la primera norma dispone la aplicación del derecho privado, la última impone la aplicación de documentos tipo y del EGCAP. Esta aparente contradicción, como se expuso en el numeral anterior, debe ser resuelta en favor del artículo 56 de la Ley 2195 de 2022.

En efecto, tratándose de disposiciones de igual jerarquía normativa –ambas son leyes ordinarias–, que coinciden en su ámbito de aplicación, debe colegirse que, en lo que respecta al régimen aplicable a los contratos con entidades exceptuadas ejecutoras de contratos o convenios interadministrativos, que desarrollen su actividad en competencia con el sector privado, el artículo 56 de la Ley 2195 de 2022 supuso una modificación tácita del artículo 2, numeral 4, literal c), de la Ley 1150 de 2007.

En tales términos, de lo analizado hasta aquí es posible concluir que el efecto principal de la norma bajo estudio es la ampliación de los documentos tipo, al hacerlos obligatorios frente unos sujetos que, en principio, de acuerdo con la Ley 2022 de 2020 y el literal c) del numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, no estarían sometidos a esos documentos. Para complementar esta medida, la disposición además hace extensiva la aplicación del EGCAP a estos sujetos que, en virtud de su naturaleza jurídica, tienen, como regla general, un régimen de contratación diferente, tales como las entidades exceptuadas, los patrimonios autónomos y las personas naturales y jurídicas de derecho privado, a los que expresamente hace alusión el artículo 56. De esta forma, independientemente de que el inciso tercero del literal c) del artículo 2, numeral 4, de la Ley 1150 de 2007 parezca indicar que se debe aplicar el derecho privado, por ser este el régimen que por regla general aplica la entidad ejecutora, tratándose de objetos cobijados por documentos tipo, los mismos deberán ser contratados aplicando tales pliegos tipo y las disposiciones del EGCAP, por efecto del artículo 56 de la Ley 2195 de 2022.

Conforme a lo explicado en el acápite anterior, de la lectura conjunta de los incisos primero y segundo se desprende que estos introducen un mandato dirigido a que las entidades sometidas al EGCAP apliquen los documentos tipo en los contratos o convenios que suscriban con los mencionados sujetos de régimen de derecho privado para la adquisición de bienes, obras y servicios, en los casos en los que el objeto contractual que se pretende contratar esté sometido a algún documento tipo, esto implica que si las entidades estatales exceptuadas pretenden ser adjudicatarias de estos contratos, deben someterse a un proceso de selección en el que se apliquen documentos tipo expedidos por esta Agencia a cargo de la entidad sometida al EGCAP.

De otra parte, es necesario precisar el alcance del parágrafo del artículo 56 de la Ley 2195 de 2022 y lo dispuesto en los dos primeros incisos del mencionado artículo, del cual se excluye, a cierto tipo de entidades, en lo relacionado con la contratación de su *giro ordinario*. Conforme se desprende del texto del referido parágrafo, se exceptúa de lo señalado en los dos primeros incisos a: i) las instituciones de educación superior públicas, ii) las empresas sociales del Estado, iii) las sociedades de economía mixta y iv) las empresas industriales y comerciales del Estado, únicamente, en la contratación relacionada con el *giro ordinario.* Esto significa que, en la contratación asociada a su *giro ordinario,* estos tipos de entidades no tendrían que aplicar, de manera obligatoria, los documentos tipo, ni tampoco el EGCAP. es decir, si entidades estatales exceptuadas pretenden ser adjudicatarias de estos contratos, no deben someterse a un proceso de selección en el que se apliquen documentos tipo expedidos por esta Agencia. En este caso la norma se limita a fomentar la implementación de documentos tipo a modo de buena práctica contractual, en los casos en los que se estime conveniente.

Ahora, es importante tener en cuenta que cuando la norma se refiere a la contratación del *giro ordinario*, emplea un concepto jurídico indeterminado[[19]](#footnote-19). Un concepto adquiere esta denominación en el Derecho cuando se trata de un enunciado que goza de vaguedad y que debe materializarse en cada caso, atendiendo a las técnicas de la interpretación jurídica. De igual forma, se trata de un concepto para cuya concreción las entidades estatales gozan de cierto margen de apreciación en su aplicación, pero deben respetar los límites previstos en las normas de orden público. Por ejemplo, no podrán considerar que cualquier contrato que celebren hace parte del giro ordinario de sus negocios.

La Corte Constitucional[[20]](#footnote-20) también ha reconocido que el Congreso de la República, dentro de su libertad de configuración legislativa, puede emplear este tipo de conceptos, que se caracterizan por tener un cierto halo de incertidumbre en su interpretación, quedando referida su determinación concreta a la actividad de los operadores jurídicos. Aunque, como se indicó, la expresión giro ordinario de los negocios es un concepto jurídico indeterminado, el Consejo de Estado ha tenido la oportunidad de pronunciarse en distintas ocasiones sobre su alcance, estableciendo algunos criterios de interpretación. En su momento, en relación con el alcance de la expresión *giro ordinario* incluida en la redacción original del parágrafo 1° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993[[21]](#footnote-21), la Sección Tercera manifestó lo siguiente:

“[E]l giro ordinario de las actividades de una sociedad comercial no sólo comprende aquello que define en forma concreta su objeto social, sino todos los actos directamente relacionados con el mismo, lo que denota que entre éstos y aquéllas debe existir una relación de necesidad que los hace parte en el objeto de la sociedad. Siendo así las cosas, resulta que el concepto “giro ordinario de las actividades” […], hace relación tanto a las actividades o negocios realizados en cumplimiento del objeto social o de las funciones principales, expresamente definidas por la Ley, como también a todo aquello que es conexo con ellas y que se realiza para desarrollar la función principal, estableciéndose entre estos una relación de medio a fin, estrecha y complementaria”[[22]](#footnote-22).

En el mismo sentido se pronunció recientemente el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo, reiterando las anteriores consideraciones, al expresar que el concepto de *“giro ordinario de los negocios”* se refiere a aquellas actividades compatibles con el objeto social, funciones previstas en la ley, o en las normas de creación y en sus estatutos internos de las personas[[23]](#footnote-23) y la doctrina societaria[[24]](#footnote-24).

Conforme con lo expresado, el *giro ordinario* involucra los asuntos que integran el desarrollo del objeto social de una sociedad comercial, una empresa o entidad pública, lo cual comprende tanto unas actividades directamente relacionadas con dicho objeto social, así como otros actos conexos al mismo. Esta interpretación, en principio, es coherente con la regulación de la capacidad de las sociedades comerciales establecida en el Código de Comercio, cuyo artículo 99 dispone que “[S]e entenderán incluidos en el objeto social los actos directamente relacionados con el mismo y los que tengan como finalidad ejercer los derechos o cumplir las obligaciones, legal o convencionalmente derivados de la existencia y actividad de la sociedad.”[[25]](#footnote-25)

En relación con la aplicación de lo dispuesto en el parágrafo del artículo 56 de la Ley 2195 de 2022, conviene aclarar que, a juicio de esta Agencia, la expresión *giro ordinario* se usa para designar a la contratación directamente relacionada con los asuntos de la gestión habitual u ordinaria de los tipos de entidades mencionadas en el parágrafo. No obstante, la determinación de las actividades que comprenden el *giro ordinario* es un asunto que debe establecerse en cada caso concreto por parte de las entidades estatales –analizando lo establecido en sus actos de creación y verificando los negocios habituales u ordinarios que desarrollan–, pues el parágrafo del artículo 56 *ejusdem* se limita a enunciar algunos tipos de entidades estatales, las cuales no solo difieren en su naturaleza jurídica, sino también en las actividades que realizan.

Esto impide que la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, en sede consultiva, pueda determinar, con un criterio universal y absoluto, qué actividades específicas hacen parte del giro ordinario de los negocios de dichas entidades y cuáles escapan de este, pues, como se indicó, al explicar la naturaleza de los conceptos jurídicos indeterminados, la concreción del alcance de la expresión *giro ordinario* debe hacerse en el caso concreto por parte de cada entidad interviniente en el acuerdo de voluntades, empleando un criterio de interpretación restrictiva. Ello en la medida en que el parágrafo del artículo 56 consagra una excepción a una regla general.

Esta interpretación, a juicio de la Agencia, se desprende de la literalidad del texto de la norma en comento, además, está en armonía con la voluntad del órgano legislativo. Al respecto se estima que, si bien es cierto que entre los propósitos del artículo está la aplicación de pliegos tipo en convenios o contratos interadministrativos o de cualquier otra índole–a través de las cuales se podría estar eludiendo la aplicación de documentos tipo[[26]](#footnote-26)–, no es menos cierto que el Legislador, en materia de contratación estatal, goza de un amplio margen de configuración normativa, de conformidad con lo dispuesto en el inciso final del artículo 150 de la Constitución Política[[27]](#footnote-27). En ese sentido, en virtud de esta potestad de configuración normativa, resulta perfectamente válido que se establezca una regla general y unas excepciones, como se hace, por ejemplo, en el artículo 56 de la Ley 2195 de 2022, en el que se consagra un mandato general en los primeros dos incisos, y una excepción en el parágrafo. A esto se suma el hecho de que el parágrafo bajo estudio es una norma restrictiva, por lo que, en virtud de dicho carácter, amerita una interpretación apegada a lo que literalmente se desprende del texto. Lo anterior en virtud del criterio de interpretación sobre la extensión de una Ley contemplada en el artículo 31 del Código Civil, según la cual: “Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación (…)”. En ese mismo sentido, el Consejo de Estado, indicó “[…] de conformidad con la jurisprudencia uniforme y reiterada de esta Corporación, la aplicación de las normas que contemplan […] prohibiciones o limitaciones, deben responder a una interpretación restrictiva que no permite su extensión, por vía de la figura de la analogía, a supuestos no contemplados por el ordenamiento”[[28]](#footnote-28).

A criterio de esta Agencia, lo dispuesto en el parágrafo del artículo 56 de la Ley 2195 de 2022 es una manifestación de la voluntad del Legislador de relevar de la aplicación obligatoria de pliegos tipo en convenios o contratos interadministrativos, o de cualquier otra índole, a instituciones de educación superior públicas, las empresas sociales del Estado, las sociedades de economía mixta y las empresas industriales y comerciales del Estado, únicamente en lo que tiene que ver con su *giro ordinario*. Esto significa que, cuando la Entidad Estatal sometida al EGCAP pretenda celebrar un contrato o convenio para la adquisición de bienes, obras o servicios con alguno de los tipos de entidades mencionadas en el parágrafo de la norma, que se enmarque dentro del giro ordinario de la entidad exceptuada, eventualmente, el respectivo contrato podrá sujetarse a normas de derecho privado –de cumplirse los presupuestos del inciso tercero del literal c) del artículo 2-4 de la Ley 1150 de 2007–, sin importar si el objeto se encuentra cobijado por documentos tipo, los cuales tampoco resultaran de aplicación forzosa en ese caso.

En conclusión, no deberá entonces, en estos casos, la entidad sometida al EGCAP reservarse la obligación de llevar a cabo la selección de los Procesos de Contratación y celebrar los respectivos contratos para adquirir aquellas de obras o servicios para cuya contratación le fuese aplicable los documentos tipo vigentes, que deban contratarse en el marco de un convenio interadministrativo, y tampoco es necesario que las instituciones de educación superior públicas, las empresas sociales del Estado, las sociedades de economía mixta y las empresas industriales y comerciales del Estado, que pretenden ser adjudicatarias de contratos que versen únicamente, en la contratación relacionada con su *giro ordinario*, no deberán someterse a un proceso de selección en el que se apliquen documentos tipo expedidos por esta Agencia a cargo de la entidad sometida al EGCAP. Por el contrario, si el objeto contractual se encuentra por fuera del giro ordinario de la entidad ejecutora, y el objeto se encuentra dentro del ámbito de aplicación de algún documento tipo, la aplicación del mismo en conjunto con el EGCAP resultan de obligatoria observancia, al no quedar dicho supuesto cobijado por el parágrafo.

En relación con las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, conviene señalar, acorde con lo expresado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-736 de 2007[[29]](#footnote-29), 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*[[30]](#footnote-30), 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. En efecto:

“[…] la Corte entiende que el constituyente quiso definir que las personas o entidades que asuman la prestación de los servicios públicos tendrán no sólo un régimen jurídico especial, *sino también una naturaleza jurídica especial*; esta particular naturaleza y reglamentación jurídica encuentra su fundamento en la necesidad de hacer realidad la finalidad social que es definida por la misma Carta como objetivo de la adecuada prestación de los servicios públicos. De lo anterior se desprende que cuando el Estado asume directamente o participa con los particulares en dicho cometido, las entidades que surgen para esos efectos también se revisten de ese carácter especial y quedan sujetas a la reglamentación jurídica particularmente diseñada para la prestación adecuada de los servicios públicos. Otro tanto sucede cuando los particulares asumen la prestación de servicios públicos. *Así las cosas, las sociedades públicas, privadas o mixtas cuyo objeto social sea la prestación de los servicios en comento, antes que sociedades de economía mixta, sociedades entre entidades públicas o sociedades de carácter privado, vienen a ser entidades de naturaleza especial, para responder así a este interés constitucional de someter esta actividad de interés social a un régimen jurídico también especial.*

[…]

[…] después de haber estudiado los conceptos de sociedad de economía mixta y de empresa de servicios públicos, la Corte estima que la naturaleza y el régimen jurídico especial de la prestación de los servicios públicos dispuesto por el constituyente en el artículo 365 de la Carta impiden considerar que las empresas de servicios públicos constituidas bajo la forma de sociedades por acciones, en las cuales concurran en cualquier proporción el capital público y el privado, sean “sociedades de economía mixta”. A juicio de la Corporación, y por lo dicho anteriormente, se trata de entidades de tipología especial expresamente definida por el legislador en desarrollo de las normas superiores antes mencionadas, que señalan las particularidades de esta actividad”[[31]](#footnote-31). (Énfasis fuera de texto).

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 del fallo que se viene comentando, 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. En tal sentido, dicha corporación judicial indicó:

“La Sala precisa que el acto acusado resolvió la consulta referida a una empresa de servicios públicos domiciliarios de naturaleza pública, toda vez que como se puso de presente se constituyó como empresa Industrial y Comercial del Estado, organismo que al tenor del artículo 38 de la Ley 489 de 1998, hace parte del sector descentralizado por servicios de la rama ejecutiva del poder público.

Ahora, el artículo 19 ibídem enuncia como régimen jurídico de las empresas en mención, las reglas, entre otras, sobre la denominación, duración, aportes, mecanismos de constitución, registro, emisión, colocación de acciones, causales de disolución.

[…]

La Corte Constitucional en la sentencia C-318 de 1998 aludió al elemento subjetivo para determinar el contrato de obra pública a que se refiere la contribución en cuestión. Así pues, adquiere relevancia en este punto la naturaleza de cada entidad, por lo cual si se considera que determinado ente es estatal (empresa industrial y comercial del Estado), y celebra un contrato de obra está en el supuesto de la descripción del hecho gravado que contempla el artículo 6º de la Ley 1106 de 2006”[[32]](#footnote-32).

En otras palabras, con fundamento en la jurisprudencia se concluyó que, a las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, que, según el artículo 17 de la Ley 142 de 1994, se conformaran como empresas industriales y comerciales del Estado se les tenía en cuenta esta naturaleza jurídica –la de empresas industriales y comerciales del Estado–, para hacerlas destinatarias de la contribución especial. También en un reciente concepto la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios 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”[[33]](#footnote-33).

En este orden de ideas, las excepciones consagradas en el parágrafo del artículo 56 de la Ley 2195 de 2022 solo se aplican a los órganos del Estado cuya naturaleza jurídica coincida con la de las entidades allí indicadas de manera *taxativa*, esto es, a “[…] las Instituciones de Educación Superior públicas, las empresas sociales del Estado, las sociedades de economía mixta y las empresas industriales y comerciales del Estado, únicamente en cuanto a la contratación de su giro ordinario”. Por consiguiente, cada entidad estatal deberá analizar su naturaleza jurídica y hacer una interpretación restrictiva de este parágrafo, pues las excepciones deben leerse acorde con dicho parámetro hermenéutico. Tratándose de empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, no sobra indicar que la autoridad competente para resolver las consultas relacionadas con aspectos asociados a su naturaleza jurídica es la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, de conformidad con el artículo 11, numeral 2, del Decreto 1369 de 2020, según el cual dicha entidad debe “Absolver las consultas jurídicas externas relativas al régimen de los servicios públicos domiciliarios”.

Dicho esto, en consideración a sus interrogantes, vale la pena decir que, para el sector de infraestructura de agua potable y saneamiento básico, en desarrollo del artículo 1 de la Ley 2022 de 2020, esta Agencia expidió las Resoluciones 248 y 249 del 1 de diciembre de 2020, modificadas por las Resoluciones 161 del 17 de junio de 2021, 173 del 30 de junio de 2021, 304 del 13 de octubre de 2021[[34]](#footnote-34). Mediante estos actos administrativos se adoptaron los documentos tipo para licitación de obras públicas y los documentos tipo para licitación de obras públicas, en modalidad llave en mano. Posteriormente se expide la Resolución 333 del 27 de julio de 2022 por medio de la cual se adoptaron los documentos tipo para los procesos de selección de concurso de méritos para contratar la interventoría de obras públicas también en infraestructura del Sector Agua Potable y Saneamiento Básico.

En ese orden, para definir si aplican a un tipo de obra específico del sector de agua potable y saneamiento básico, la entidad estatal –en la etapa de planeación– debe identificar el tipo de infraestructura y las actividades definidas en la matriz de experiencia de acuerdo con el alcance del objeto a contratar. De igual manera, para establecer si los documentos tipo son aplicables, debe tener en cuenta los conceptos propios de la ingeniería civil y los definidos del glosario correspondiente. Esto con el fin de verificar si el objeto se encuentra enmarcado en estas actividades.

De esta manera, para definir la experiencia exigible la entidad estatal debe seguir los siguientes pasos:

a) Identificar en la “Matriz – Experiencia Sector Agua Potable y Saneamiento Básico”, el tipo de infraestructura sobre el cual recae la obra a ejecutar. Al respecto esta matriz contiene una (1) sección denominada: 4. OBRAS PARA PTAP (Planta de Tratamiento de Agua Potable) Y/O PTAR (Planta de Tratamiento de Aguas Residuales), que podría, eventualmente, ajustarse al objeto contractual a contratar pretendido.

b) Una vez definido el tipo de infraestructura, identificar la “ACTIVIDAD A CONTRATAR” acorde con la Matriz de experiencia.

c) Identificar el rango en el cual se encuentra el procedimiento de contratación de acuerdo con el presupuesto oficial.

d) Identificar la “experiencia general” exigible acorde con la “Matriz – Experiencia Sector Cultura, Recreación y Deporte”, teniendo en cuenta la actividad a contratar y el rango de la cuantía del procedimiento contractual.

e) Identificar la “experiencia específica” exigible y el porcentaje de dimensionamiento que se puede solicitar, acorde con la longitud –u otra magnitud– a ejecutar, de acuerdo con la cuantía del procedimiento de contratación. Cuando en la “experiencia específica” se indiquen las siglas N.A., significa que la entidad estatal no puede exigir a los proponentes ningún tipo de experiencia específica en los procedimientos de contratación.

En este sentido, la “experiencia general” y la “experiencia específica” se exigirán de acuerdo con la actividad a contratar y con la cuantía del procedimiento de contratación. Por lo tanto, no podrán exigirse actividades o cantidades distintas a las previstas en la “Matriz – Experiencia Sector Agua Potable y Saneamiento Básico”.

Dicho tipo de obra contiene dentro de las actividades a contratar las siguientes: 4.1 PROYECTOS DE CONSTRUCCION DE PTAP Y/U OBRAS COMPLEMENTARIAS; 4.2 PROYECTOS DE CONSTRUCCION DE PTAR, ESTACIONES DE BOMBEO DE AGUAS RESIDUALES Y/U OBRAS COMPLEMENTARIAS; 4.3 PROYECTOS DE OPTIMIZACIÓN Y/O MEJORAMIENTO Y/O ADECUACIÓN Y/O REFORZAMIENTO Y/O REHABILITACIÓN Y/O MANTENIMIENTO DE PTAP Y/U OBRAS COMPLEMENTARIAS y 4.4 PROYECTOS DE OPTIMIZACION Y/O MEJORAMIENTO Y/O ADECUACIÓN Y/O REFORZAMIENTO Y/O REHABILITACIÓN Y/O MANTENIMIENTO DE PTAR Y/U OBRAS COMPLEMENTARIAS.

De manera que la entidad estatal contratante deberá definir si aplica el tipo de obra 4. OBRAS PARA PTAP (Planta de Tratamiento de Agua Potable) Y/O PTAR (Planta de Tratamiento de Aguas Residuales) del sector agua potable y saneamiento básico, durante la elaboración de los estudios y documentos previos el curso de la etapa de planeación, donde tendrá que identificar si las actividades citadas atrás se subsumen dentro del alcance del objeto a contratar y establecer si los documentos tipo son aplicables, teniendo en cuenta los conceptos propios de la ingeniería civil y los definidos del glosario correspondiente. Esto con el fin de verificar si el objeto se encuentra enmarcado en dichas actividades. Adicionalmente, en virtud de lo expuesto en la respuesta del segundo punto, si el negocio jurídico suscrito entre el ente territorial y la ESP es un convenio o contrato interadministrativo o adquiere alguna otra índole, es obligatoria la aplicación de los documentos tipo dispuestos para el objeto a contratar y las normas que rigen serán las del EGCAP.

Cabe aclara que, como se ha explicado a lo largo de este documento, los convenios interadministrativos son aquellos que se utilizan como mecanismo de gestión conjunta entre las dos entidades públicas, en donde las partes aúnan esfuerzos para el logro de los fines de la Administración regidos por los principios de coordinación y cooperación sin que ello suponga la cesión de la competencia encomendada a cada una de ellas, y en donde, eventualmente cada entidad puede incurrir en costos y gastos, como también en ejecución de los presupuestos propios para cumplir con las obligaciones pactadas, por lo que se advierte que, en el evento en que la entidad contratante establezca que el objeto a contratar no se subsume dentro del tipo de obra y actividades contenidas en la “Matriz 1 – Experiencia” de los “Documentos Tipo para Licitación Pública de Infraestructura de Agua Potable y Saneamiento Básico – V2”, aquellos se someterán a las reglas del derecho privado y no las disposiciones del EGCAP. En todo caso, deberán observarse los principios constitucionales y legales de la actividad contractual del Estado (transparencia, planeación, buena fe, entre otros) así como también a los principios de la función administrativa previstos en el artículo 209 CP (moralidad, economía, celeridad, entre otros).

De todos modos, será la entidad estatal contratante quien determine si las reglas del EGCAP (Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007, Decreto 1082 de 2015 y 1474 de 2011) son las normas que aplicaran a tales convenios, en la medida en que siempre es necesario que, en cada caso concreto, se analice la naturaleza jurídica, objeto y finalidad que se pretende cumplir o desarrollar con el respectivo convenio, para establecer el régimen jurídico aplicable. Sin embargo, con la extensión de dicha norma, resulta posible concluir que, siempre que se trate de la suscripción de contratos o convenios interadministrativos y el objeto contractual se subsuma dentro del tipo de obra y actividades a contratar, es obligatoria la aplicación del documento tipo correspondiente y el régimen jurídico aplicable será el EGCAP.

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

|  |
| --- |
| * Constitución Política de 1991, artículo 209, 267 y 365 * Ley 142 de 1994, artículo 31 y 32 * Ley 1150 de 2007, parágrafo 7 del artículo 2 y artículo 13 * Ley 489 de 1998, artículo 38 * Decreto 1082 de 2015, Artículo 2.2.1.2.1.4.4. * Ley 689 de 2001, artículo 3 * Ley 2022 de 2020, artículo 1 * Ley 2195 de 2022, artículo 56 * Documentos Tipo para Licitación Pública de Infraestructura de Agua Potable y Saneamiento Básico – V2 * Corte Constitucional, Sentencia C-736 de 2007 Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra. * Consejo de Estado. Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 13 de abril de 2011. Exp. 37423. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. * 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. * Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 11 de diciembre de 2019. Exp. 46.986. C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas. * CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 26 de julio de 2016. Exp. 2.257. C.P. Álvaro Namén Vargas * CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-119 de 2020. M.P. Alejandro Linares Cantillo. * CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-382 de 2019, M.P. Alejandro Linares Cantillo. * CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 12 de octubre de 2011. Exp. No. 20070. C.P. Danilo Rojas Betancourt. * CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 3 de marzo de 2021. Exp. No. 51373. C.P. José Roberto Sáchica Méndez. * CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 24 de junio de 2015. Exp. 40.635. Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón (E). * Consejo de Estado. Sección Cuarta. Sentencia del 1 de 2012. Consejero ponente: William Giraldo Giraldo. Expediente 17907. * Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. Concepto C-766 de 2021. |

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

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, en los Conceptos C-168 del 14 de abril de 2021, C-585 de 15 de octubre de 2021, C-639 del 14 de marzo de 2021, C-664 del 1° de septiembre de 2022, C-771 del 29 de diciembre de 2022, analizó el régimen de los contratos o convenios interadministrativos. Asimismo, ha pronunciado sobre el alcance del artículo 56 de la Ley 2195 de 2022, específicamente, a partir del Concepto C-066 del 28 de enero de 2022, cuya tesis se desarrolló y complementó los Conceptos C-320 del 20 de mayo de 2022, C-333 del 24 de mayo de 2022, C-404 del 26 de mayo de 2023, C-382 del 27 de mayo de 2022, C-388 del 15 de junio de 2022, C-423 del 5 de julio de 2022, C-435 del 6 de julio de 2023, C-453 del 15 de julio de 2022, C-494 del 26 de julio de 2022, C-483 del 5 de agosto de 2022, C-496 del 3 de agosto de 2022, C-556 del 3 de agosto de 2022 y C-532 del 22 de agosto de 2022, pronunciándose específicamente sobre las empresas de servicios públicos en los Conceptos C-341 del 27 de mayo de 2022, C-382 del 27 de mayo de 2022, C-449 del 25 de julio de 2022, C-453 del 14 de julio de 2022, C-488 del 29 de julio de 2022, C-494 del 28 de julio de 2022 y C-501 del del 29 de julio de 2022. El mismo tema ha sido estudiado por esta Subdirección en los Conceptos C-486 del 2 de septiembre de 2022, C-671 del 19 de octubre de 2022, C-576 del 25 de octubre de 2022, C-042 del 29 de marzo de 2023 y C-056 del 26 de abril de 2023. Estos y otros conceptos los podrá consultar en el 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%7Csergio.caballero%40colombiacompra.gov.co%7C5aad36a736844ec87b2108dcc1fa4639%7C7b09041e245149d08cb179d5e3d8c1be%7C0%7C0%7C638598527918222614%7CUnknown%7CTWFpbGZsb3d8eyJWIjoiMC4wLjAwMDAiLCJQIjoiV2luMzIiLCJBTiI6Ik1haWwiLCJXVCI6Mn0%3D%7C0%7C%7C%7C&sdata=h8WOGB2loApehe%2F7QeGo2PCeSePiffWRTR4AMN1Rht0%3D&reserved=0)

Le informamos que ya se encuentra disponible la actualización del Manual de Acuerdos Comerciales en Procesos de Contratación. Esta herramienta ofrece una orientación valiosa para que las entidades públicas determinen los acuerdos comerciales que deben incluir en sus procesos contractuales. Puede consultar la versión actualizada en el siguiente enlace:

[manual\_para\_el\_manejo\_de\_acuerdos\_comerciales\_vf.pdf](https://nam02.safelinks.protection.outlook.com/?url=https%3A%2F%2Fwww.colombiacompra.gov.co%2Fsites%2Fcce_public%2Ffiles%2Fcce_documents%2Fmanual_para_el_manejo_de_acuerdos_comerciales_vf.pdf&data=05%7C02%7Csergio.caballero%40colombiacompra.gov.co%7C6192b0470d324981a09708dd0a6c28db%7C7b09041e245149d08cb179d5e3d8c1be%7C0%7C0%7C638678181871090119%7CUnknown%7CTWFpbGZsb3d8eyJFbXB0eU1hcGkiOnRydWUsIlYiOiIwLjAuMDAwMCIsIlAiOiJXaW4zMiIsIkFOIjoiTWFpbCIsIldUIjoyfQ%3D%3D%7C0%7C%7C%7C&sdata=cqPLJFWeQ1mgS6NwcEQtAJFnYlPbx9sK95T3GwllCdk%3D&reserved=0)

También le invitamos a consultar la versión VIII de 2024, del Boletín de Relatoría de la Subdirección de Gestión Contractual relacionado con la *Guía Para Promover la Participación de las MiPymes en los Procesos de Compra y Contratación Pública*, el cual se puede descargar en la página web de la Agencia:

<https://www.colombiacompra.gov.co/sala-de-prensa/boletin-digital>

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,

Texto

Descripción generada automáticamente

|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Sergio Enrique Caballero Lesmes  Analista T2-01 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Juan Carlos González Vásquez  Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Carolina Quintero Gacharná  Subdirectora de Gestión Contractual ANCP – CCE |

1. Así lo ha reconocido la doctrina en la materia, al afirmar: “El modelo que se adoptó en la Constitución de 1991 para los servicios públicos se caracteriza por la liberalización de su prestación, por un fuerte poder del Estado para intervenir en ellos y por la adopción de instituciones para lidiar con los principales problemas que respecto de las tarifas enfrentaron históricamente estos servicios: la interferencia política en su fijación y el abuso por parte de los prestadores de su posición cuando no tienen suficiente competencia en sus mercados.

   Como base del modelo de liberalización, la Constitución removió las barreras jurídicas de entrada a la prestación de los servicios públicos y estableció como regla general que ellos “podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas o por particulares” […].

   Al establecer esta libertad de entrada, la Constitución abrió la puerta para romper con el modelo de prestación basado exclusivamente en los monopolios estatales que estuvo vigente por más de medio siglo. Y aunque bajo la Constitución de 1991 es posible aún la creación de monopolios de derecho para los servicios públicos, para ello deben cumplirse procedimientos muy exigentes desde el punto de vista político y jurídico: debe hacerse mediante una ley de iniciativa gubernamental aprobada por ambas cámaras del Congreso y, en todo caso, puede ocurrir solo mediando indemnización previa y plena” (NÚÑEZ FORERO, Felipe. Servicios públicos domiciliarios, telecomunicaciones e infraestructura (instituciones, regulación y competencia). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017. p. 43). [↑](#footnote-ref-1)
2. En efecto, dicho artículo establece: “Pueden prestar los servicios públicos:

   15.1. Las empresas de servicios públicos.

   15.2. Las personas naturales o jurídicas que produzcan para ellas mismas, o como consecuencia o complemento de su actividad principal, los bienes y servicios propios del objeto de las empresas de servicios públicos.

   15.3. Los municipios cuando asuman en forma directa, a través de su administración central, la prestación de los servicios públicos, conforme a lo dispuesto en esta Ley.

   15.4. Las organizaciones autorizadas conforme a esta Ley para prestar servicios públicos en municipios menores en zonas rurales y en áreas o zonas urbanas específicas.

   15.5. Las entidades autorizadas para prestar servicios públicos durante los períodos de transición previstos en esta Ley.

   15.6. Las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional que al momento de expedirse esta Ley estén prestando cualquiera de los servicios públicos y se ajusten a lo establecido en el parágrafo del artículo 17”. [↑](#footnote-ref-2)
3. Así lo establece la norma: “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.

   La regla precedente se aplicará, inclusive, a las sociedades en las que las entidades públicas sean parte, sin atender al porcentaje que sus aportes representen dentro del capital social, ni a la naturaleza del acto o del derecho que se ejerce.

   Se entiende que la autorización para que una entidad pública haga parte de una empresa de servicios públicos organizada como sociedad por acciones, faculta a su representante legal, de acuerdo con los estatutos de la entidad, para realizar respecto de la sociedad, las acciones y los derechos inherentes a ellas [y] todos los actos que la ley y los estatutos permiten a los socios particulares”. [↑](#footnote-ref-3)
4. Consejo de Estado. Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 13 de abril de 2011. Exp. 37423. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. En similar sentido, puede verse la Sentencia del Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B, del 15 de noviembre de 2011. Exp. 21178. Consejera ponente: Ruth Stella Correa Palacio. [↑](#footnote-ref-4)
5. Esta norma dispone: “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-5)
6. 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-6)
7. 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-7)
8. 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-8)
9. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 11 de diciembre de 2019. Exp. 46.986. C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas. [↑](#footnote-ref-9)
10. CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 26 de julio de 2016. Exp. 2.257. C.P. Álvaro Namén Vargas. Esta diferencia entre contrato y convenio está mucho más apuntalada en el derecho español de acuerdo con el artículo 47.1 de la Ley 40 de 2015, la cual regula el régimen jurídico del sector público. Por ello, la doctrina extrajera también estima que: “De la figura del “contrato” se diferencia la del “convenio”. Mientras el núcleo característico del “contrato” es el contenido económico de las obligaciones que asumen las partes que lo celebran, el “convenio” tiene por objeto el desarrollo de una actividad de una actividad de colaboración interadministrativa. El convenio tiene una función esencialmente organizatoria, o de promoción y fomento de actividades públicas y privadas; de forma indirecta el convenio puede tener efectos económicos, pero el fundamento de la celebración del convenio es la colaboración entre dos personas” (Cfr. BLANQUER CRIADO, David. Los contratos del sector público. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013. p. 39). [↑](#footnote-ref-10)
11. Por ejemplo, Peña Nossa estima que “La noción tradicional de contrato restringe su aplicación a los actos jurídicos de contraprestación, esto es, aquellos en los que solo existen dos partes, dos manifestaciones de voluntad, con intereses distintos y opuestos, en donde las obligaciones de las partes son interdependientes, esto es, en donde el objeto de la obligación de una de las partes es causa de la obligación de la otra. Como ejemplo de este tipo de actos tenemos la compraventa y el arrendamiento.

    Una concepción moderna señala que el contrato no solo recoge relaciones jurídicas de contraprestación, debido a la existencia de actos o negocios jurídicos complejos o de colaboración en los que pueden intervenir más de dos partes, que persiguen intereses comunes y por tanto colaboran en su realización. Aquí, a diferencia de lo que sucede en los actos de contraprestación, las obligaciones de las partes son autónomas e independientes, por lo que el incumplimiento de una de ellas no afecta las obligaciones de las demás, y también difiere porque la nulidad que se pronuncie con relación a una de las partes no involucra a las demás ni afecta la validez del negocio jurídico, salvo que la nulidad sea esencial para la consecución del objeto (C. de Co., art. 903). Como ejemplo de este tipo de actos tenemos el contrato de sociedad, las uniones temporales, el contrato de *joint venture,* etc.” (Cfr. PEÑA NOSSA, Lisandro. De los contratos mercantiles nacionales e internacionales. Quinta edición. Bogotá: ECOE Ediciones, 2014. Libro electrónico en formato EPUB. En el mismo sentido, ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. Contratos mercantiles: teoría general del negocio mercantil. Tomo I. Decimotercera edición. Bogotá: Legis, 2012. pp. 89-91). [↑](#footnote-ref-11)
12. PLANIOL, Marcel & RIPERT, Jeorge. Tratado práctico de derecho civil francés. Tomo VI. La Habana: Cultural SA, 1940. p. 24. [↑](#footnote-ref-12)
13. “Parágrafo 3. El Gobierno Nacional tendrá la facultad de estandarizar las condiciones generales de los pliegos de condiciones y los contratos de las entidades estatales, cuando se trate de la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización por parte de las entidades”. [↑](#footnote-ref-13)
14. Ley 1882 de 2018: “Artículo 4. El Gobierno nacional adoptará documentos tipo para los pliegos de condiciones de los procesos de selección de obras públicas, interventoría para las obras públicas, interventoría para consultoría de estudios y diseños para obras públicas, consultoría en ingeniería para obras, los cuales deberán ser utilizados por todas las entidades sometidas al Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública en los procesos de selección que adelanten. Dentro de los documentos tipo el Gobierno adoptará de manera general y con alcance obligatorio para todas las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, las condiciones habilitantes, así como los factores técnicos y económicos de escogencia, según corresponda a cada modalidad de selección y la ponderación precisa y detallada de los mismos, que deberán incluirse en los pliegos de condiciones, teniendo en cuenta la naturaleza y cuantía de los contratos. Para la adopción de esta reglamentación el Gobierno tendrá en cuenta las características propias de las regiones con el ánimo de promover el empleo local.

    La facultad de adoptar documentos tipo la tendrá el Gobierno nacional, cuando lo considere necesario, en relación con otros contratos o procesos de selección.

    Los pliegos tipo se adoptarán por categorías de acuerdo con la cuantía de la contratación, según la reglamentación que expida el Gobierno nacional”. [↑](#footnote-ref-14)
15. CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-119 de 2020. M.P. Alejandro Linares Cantillo. En dicha oportunidad se indicó que: “Encontró la Corte en el control abstracto de constitucionalidad, que de la norma no surge vulneración alguna de la autonomía de los entes territoriales, en cuanto que la estandarización se predica únicamente de los requisitos habilitantes y los criterios de escogencia, elementos propios del procedimiento de selección de contratistas, materia en la que existe reserva de ley, el Legislador goza de un amplio margen de configuración normativa y que no se encuentra atribuida a la regulación de las entidades territoriales. Resaltó que la norma cuestionada no interfiere en la facultad de las entidades territoriales para gestionar sus propios intereses, la que, en materia contractual, se predica particularmente de la identificación autónoma de sus necesidades y la configuración de los elementos del contrato”. [↑](#footnote-ref-15)
16. Ley 2022 de 2020: **“Artículo 1º.** Modifíquese el artículo 4º de la Ley 1882 de 2018, el cual quedará así:

    **“Artículo 4º.** Adiciónese el siguiente parágrafo al artículo 2º de la Ley 1150 de 2007.

    **Parágrafo 7º.** La Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente o quien haga sus veces, adoptará documentos tipo que serán de obligatorio cumplimiento en la actividad contractual de todas las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

    Dentro de estos documentos tipo, se establecerán los requisitos habilitantes, factores técnicos, económicos y otros factores de escogencia, así como aquellos requisitos que, previa justificación, representen buenas prácticas contractuales que procuren el adecuado desarrollo de los principios que rigen la contratación pública.

    Con el ánimo de promover la descentralización, el empleo local, el desarrollo, los servicios e industria local, en la adopción de los documentos tipo, se tendrá en cuenta las características propias de las regiones, la cuantía, el fomento de la economía local y la naturaleza y especialidad de la contratación. Para tal efecto se deberá llevar a cabo un proceso de capacitación para los municipios.

    La Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente fijará un cronograma, y definirá en coordinación con las entidades técnicas o especializadas correspondientes el procedimiento para implementar gradualmente los documentos tipo, con el propósito de facilitar la incorporación de estos en el sistema de compra pública y deberá establecer el procedimiento para recibir y revisar comentarios de los interesados, así como un sistema para la revisión constante de los documentos tipo, que expida.

    En todo caso, serán de uso obligatorio los documentos tipo para los pliegos de condiciones de los procesos de selección de obras públicas, interventoría para las obras públicas interventoría para consultoría de estudios y diseños para obras públicas, consultoría en ingeniería para obras, que lleven a cabo todas las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en los términos fijados mediante la reglamentación correspondiente”. [↑](#footnote-ref-16)
17. CONGRESO DE LA REPÚBLICA., Gacetas legislativas No. 1860 y 1861 de 2021, de Cámara de Representantes y Senado, respectivamente. [↑](#footnote-ref-17)
18. “Artículo 2o. 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, con base en las siguientes reglas:

    […]

    “4. Contratación directa. La modalidad de selección de contratación directa solamente procederá en los siguientes casos:

    […]

    “C. […]

    “Inciso 2o. modificado por el artículo 95 de la Ley 1474 de 2011– En aquellos eventos en que el régimen aplicable a la contratación de la entidad ejecutora no sea el de la Ley 80 de 1993, la ejecución de dichos contratos estará en todo caso sometida a esta ley, salvo que la entidad ejecutora desarrolle su actividad en competencia con el sector privado o cuando la ejecución del contrato interadministrativo tenga relación directa con el desarrollo de su actividad […]” [↑](#footnote-ref-18)
19. Según García de Enterría: “Estos conceptos jurídicos indeterminados, o que se contienen en lo que también se llaman las normas flexibles, son consustanciales a toda la técnica jurídica y no constituyen una particularidad del Derecho público […], son conceptos jurídicos indeterminados, en el sentido de que la medida concreta para la aplicación de los mismos en un caso particular no nos la resuelve o determina con exactitud la propia Ley que los ha creado y de cuya aplicación se trata”. (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo. 3ª ed. Madrid: Civitas, 1983. pp. 33-34). [↑](#footnote-ref-19)
20. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-382 de 2019, M.P. Alejandro Linares Cantillo. [↑](#footnote-ref-20)
21. La redacción original del parágrafo primero del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, incluía la expresión giro ordinario, la cual servía de elemento calificante para la determinación del régimen aplicable a los contratos de los establecimientos de crédito público, las compañías de seguros y las demás entidades financieras públicas. Dicho parágrafo establecía “Sin perjuicio de lo dispuesto en esta ley sobre fiducia y encargo fiduciario, los contratos que celebren los establecimientos de crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal, que correspondan al giro ordinario de las actividades propias de su objeto social, no estarán sujetos a las disposiciones del presente estatuto y se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades” [Énfasis fuera de texto]. [↑](#footnote-ref-21)
22. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 12 de octubre de 2011. Exp. No. 20070. C.P. Danilo Rojas Betancourt. [↑](#footnote-ref-22)
23. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 3 de marzo de 2021. Exp. No. 51373. C.P. José Roberto Sáchica Méndez. “[E]l elemento central para la determinación de este concepto jurídico, remite al objeto social –cuando se trata de empresas públicas o privadas constituidas bajo alguno de los tipos societarios definidos en la ley– pero también se refiere, mutatis mutandis, al objeto y funciones expresamente definidas en los actos de creación de entidades públicas que, por su naturaleza, se orientan al desarrollo de actividades industriales y comerciales. De forma que, el giro ordinario de los negocios se explica a partir del objeto social o, también, de las funciones expresamente fijadas por ley, según se trate de una persona jurídica pública o privada, pues ambas categorías, para estos efectos, resultan equivalentes.” [↑](#footnote-ref-23)
24. la Superintendencia de Sociedades, citando doctrina autorizada en la materia, ha señalado: “Si bien el llamado giro ordinario de los negocios se encuentra determinado por las actividades que constituyen el objeto social, resultan oportunas algunas precisiones conceptuales en torno al empleo constante en la práctica mercantil de la referida expresión "giro ordinario de los negocios". Partiendo de las anteriores consideraciones en cuanto al tema del objeto social, se concluye que éste alude a las actividades que desarrolla o se propone realizar el ente social, al paso que solamente quedan cobijadas por "giro ordinario" aquellas actividades que, en forma habitual u ordinaria, ejecuta la sociedad. [↑](#footnote-ref-24)
25. El Consejo de Estado ha precisado que: “Según esta norma, el giro ordinario de las actividades de una sociedad comercial no sólo comprende aquello que define en forma concreta su objeto social, sino todos los actos directamente relacionados con el mismo, lo que denota que entre éstos y aquéllas debe existir una relación de necesidad que los hace parte del objeto de la sociedad. Tal es el caso de la contratación de la publicidad para promocionar la empresa o sus productos, o la contratación de profesionales para que realicen una consultoría o asesoría relacionada con las actividades de la empresa, etc.

    “En estos casos, mal podría decirse que la sociedad no puede realizar este tipo de actos necesarios para el buen desempeño de sus actividades comerciales. Lo propio cabe decir de las entidades financieras. De manera que la norma comercial citada es perfectamente trasladable al campo financiero”. (Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 6 de julio de 2005. Exp. No. 11575. C.P. Alier E. Hernández Enríquez). [↑](#footnote-ref-25)
26. En efecto, en audiencia Pública del 18 de marzo de 2021, esta Agencia llamó la atención sobre la necesidad de incluir en el Proyecto de Ley “[…] algunas disposiciones [..] relacionadas por ejemplo con impedir que las entidades sometidas al estatuto de contratación celebren contratos jurídicos de derecho privado, con lo que se prevé evitar escapar del ámbito del estatuto de contratación pública, asimismo fortalecer que en los convenios deben emplearse documentos tipos; extender la aplicación del estatuto de contratación algunos objetos en los cuales tienen un régimen especial y a patrimonios autónomos, así como empresas de servicios públicos”. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Gaceta Nº 1677 del 23 de noviembre de 2021. Justificación jurídica del Proyecto de Ley No. 226 de 2021 Cámara. p. 15. [↑](#footnote-ref-26)
27. Al respecto ha señalado la CORTE CONSTITUCIONAL: “En relación con el ámbito de configuración del legislador en materia contractual la jurisprudencia constitucional ha señalado los siguientes criterios:

    (i) De la Constitución no es posible inferir la obligación para el legislador de incorporar en un solo cuerpo normativo toda la legislación existente en materia contractual, pues si ésta hubiera sido la voluntad del constituyente, en el artículo 150 Fundamental se habría autorizado al Congreso de la República para expedir un estatuto único de contratación para el Estado y no un estatuto general como prevé la disposición constitucional.[27]

    (ii) El mandato otorgado al Congreso de la República, en el artículo 150 de la Carta, para que dicte un estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional, implica el reconocimiento de una amplia libertad de configuración del legislador para diseñar un régimen legal cuya finalidad sea la de propender por el logro de los objetivos constitucionales del Estado Social de Derecho, toda vez que el cumplimiento de estas metas requiere del aprovisionamiento de bienes y servicios por parte de los órganos públicos mediante la contratación. En este orden de ideas, es innegable el carácter instrumental que ostenta el contrato estatal, puesto que no es un fin en sí mismo sino un medio para la consecución de los altos objetivos del Estado.[28]

    (iii) En virtud de la potestad de configuración que se comenta el Congreso tiene libertad para regular los aspectos más significativos de la contratación pública como son los referentes a las cláusulas excepcionales, la clasificación de los contratos estatales, los deberes y derechos de las partes contratantes, la competencia y capacidad para contratar, principios fundamentales, nulidades, control de la gestión contractual, responsabilidad contractual, liquidación de los contratos y solución de las controversias contractuales, entre otros, todo dentro de los límites de razonabilidad y proporcionalidad y con arreglo a los parámetros constitucionales”. Sentencia C-713 del 7 de octubre de 2009. M.P. María Victoria Calle Correa. [↑](#footnote-ref-27)
28. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 24 de junio de 2015. Exp. 40.635. Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón (E). [↑](#footnote-ref-28)
29. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra. [↑](#footnote-ref-29)
30. 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-30)
31. Sentencia C-736 de 2007. [↑](#footnote-ref-31)
32. Consejo de Estado. Sección Cuarta. Sentencia del 1 de 2012. Consejero ponente: William Giraldo Giraldo. Expediente 17907. [↑](#footnote-ref-32)
33. Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. Concepto C-766 de 2021. [↑](#footnote-ref-33)
34. Mediante la Resolución 161 del 17 de junio de 2021 se estandarizó la acreditación de los factores de desempate del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, dirigido a los procesos de selección que deban adelantarse con documentos tipo y se realizaron modificaciones a los documentos base, formatos y anexos de los documentos tipo. Igualmente, se expidió la Resolución 173 del 30 de junio de 2021 mediante la cual se modificaron las Matrices 1 – Experiencia de los documentos tipo del sector de agua potable y saneamiento básico y su implementación resulta obligatoria para los procesos de contratación cuyo aviso de convocatoria se publique a partir del 12 de julio de 2021. Además, el 13 de octubre se expidió la Resolución 304 del 2021 “Por la cual se modifican los Documentos Tipo adoptados por la Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente”, mediante la cual se ajustan los documentos tipo de acuerdo con el Decreto 680 de 2021 y se modifican otros aspectos de estos documentos. [↑](#footnote-ref-34)