**ENTIDADES EXCEPTUADAS – Fundamento normativo**

En virtud de lo señalado, el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 positivizó el precepto según el cual las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del EGCAP, 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, y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal.

**MANUALES DE CONTRATACIÓN – Alcance – Límites – Obligatoriedad**

Teniendo claridad respecto a la posibilidad que determinadas entidades de derecho público, puedan establecer en sus manuales de contratación-como excepción al EGCAP, procesos de selección con particularidades y determinadas tipologías contractuales propias de sus actividades, se encuentra la naturaleza. (…)

**ENTIDADES EXCEPTUADAS – Modalidades de selección**

En todo caso, es importante mencionar que, las *entidades del régimen exceptuado* –a diferencia de aquellas *entidades sometidas a la Ley 80 de 1993*– son autónomas para determinar en sus manuales las modalidades de selección de oferentes aplicables para la contratación de los bienes y servicios que requieren.

**ENTIDADES EXCEPTUADAS – Mecanismos de Agregación de demanda – Concurrencia de modalidades**

Sin embargo, en casos de concurrencia con otras modalidades de selección, esta posibilidad deberá ser esclarecida por la respectiva Entidad Estatal de conformidad con las reglas previstas en el respectivo manual, el cual, en tanto acto administrativo se presume legal y tiene carácter ejecutorio, por lo que su contenido es de obligatorio cumplimiento para la entidad que lo expide mientras no haya sido anulado o suspendido provisionalmente por la jurisdicción contenciosa administrativa.

Bogotá D.C., 17 Diciembre 2024



Señora

**Francy Paola Castro Bueno**
francykbu@gmail.com

Bogotá D.C

**Concepto C–863 de 2024**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **Temas:**  | ENTIDADES EXCEPTUADAS – Fundamento normativo / MANUALES DE CONTRATACIÓN – Alcance – Límites – Obligatoriedad / ENTIDADES EXCEPTUADAS – Modalidades de selección / ENTIDADES EXCEPTUADAS – Mecanismos de Agregación de demanda – Concurrencia de modalidades  |  |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta con radicado No. P20241114011435 |  |

Estimada Francy Paola:

En ejercicio de la competencia otorgada por los artículos 3, numeral 5º, y 11, numeral 8º, del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente– responde la solicitud de consulta del 14 de noviembre de 2024. En la cual manifiesta lo siguiente:

 “(…) Fiduprevisora S.A. es una sociedad de economía mixta del sector descentralizado del orden nacional, sometida al régimen de Empresa Industrial y Comercial del Estado, cuenta con su propio manual de contratación (ML-GAD-01-003) donde establece, entre otros, su propio procedimiento de selección de mínima cuantía, así: "adquisición de bienes y/o servicios cuya cuantía sea inferior o igual a los 20 SMLMV. (...) se requerirá realizar una comparación entre mínimo 3 ofertas o cotizaciones, debiendo seleccionar la mejor, según el precio ofrecido". La mínima cuantía citada no corresponde a la establecida en el EGCAP. En caso de presentarse concurrencia entre la selección abreviada por acuerdo marco de precios y mínima cuantía, ¿le es dable a Fiduprevisora, en virtud de la expedición de la Ley 2069 de 2020, aplicar la Mínima Cuantía establecida en su propio manual de contratación? (…)”.

 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, ni a determinar grados de responsabilidad por las actuaciones de los diferentes participes del sistema de compra pública.

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

1. **Problema planteado:**

De acuerdo con el contenido de sus solicitudes y que versan sobre la modalidad de licitación pública, esta Agencia resolverá el siguiente problema jurídico ¿las Entidades con un régimen exceptuado al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública pueden acudir a los Mecanismos de Agregación de Demanda administrados por la Agencia en casos en concurrencia con otras modalidades de selección previstas en sus manuales de contratación?

1. **Respuesta:**

Respecto al *interrogante*, se aclara que las Entidades Estatales que cuenten con un régimen especial-exceptuado al EGCAP-pueden acudir a los Mecanismos de Agregación de Demanda administrados por la Agencia, siempre y cuando el manual de contratación de dicha entidad, establezcan la posibilidad de acudir a dichos mecanismos. Sin embargo, en casos de concurrencia con otras modalidades de selección, esta posibilidad deberá ser esclarecida por la respectiva Entidad Estatal de conformidad con las reglas previstas en el respectivo manual, el cual, en tanto acto administrativo se presume legal y tiene carácter ejecutorio, por lo que su contenido es de obligatorio cumplimiento para la entidad que lo expide mientras no haya sido anulado o suspendido provisionalmente por la jurisdicción contenciosa administrativa.

1. **Razones de la respuesta:**

Lo anterior se sustenta en las siguientes consideraciones:

El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública-EGCAP- es la norma de derecho público que rige la etapa precontractual, contractual y postcontractual de los negocios jurídicos celebrados por las entidades estatales, expedido al amparo del inciso final del artículo 150 de la Constitución Política, y hoy contenido en la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007 y demás normas legales y reglamentarias pertinentes.

De lo anterior se ha definido al contrato estatal genéricamente como todo acto jurídico generador de obligaciones[[1]](#footnote-2) celebrado por una de las entidades estatales descritas en el artículo 2° de la Ley 80 de 1993, cuya actividad contractual se sujeta, íntegramente, al ámbito de cobertura de a los principios, deberes, derechos, procedimientos y reglas consagrados en el Estatuto General de la Contratación Estatal.

Si bien el artículo 2 de la Ley 80 de 1993, al definir las entidades estatales cuya contratación se regiría por el estatuto general, persiguió abarcar de forma omnicomprensiva la totalidad o, por lo menos, la mayoría de los organismos que conforman la estructura del Estado, lo cierto es que dicha regla general tiene excepciones creadas por la ley que han permitido que ciertas entidades queden excluidas de su aplicación, para que en su lugar, contraten al amparo de normas de derecho privado, código civil o código del comercio.

Ejemplos de estas excepciones al régimen general de contratación estatal creadas por la ley, son los siguientes, sin ser los únicos:

* Las empresas de servicios públicos domiciliarios en virtud del artículo 31 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001.
* Las empresas sociales del Estado, por obra del artículo 195 de la Ley 100 de 1993.
* Las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta con participación mayoritaria del Estado que desarrollen actividades comerciales en competencia con el sector privado o público, según el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 93 de la Ley 1474 de 2011.

Las entidades exceptuadas de la aplicación del régimen general de la contratación estatal previsto en la Ley 80 de 1993 y sus modificaciones, por autorización de la ley, acuden al régimen jurídico del derecho privado para disciplinar sus contratos. De todas maneras, la exclusión de que gozan las entidades de régimen especial previsto en el EGCAP no ha sido absoluta, toda vez que, por lo general, tanto en la composición de la entidad como en desarrollo de su objeto, tienen relación con la administración de recursos públicos. Además, de tiempo atrás en el ordenamiento jurídico se reconoció que las entidades exceptuadas del EGCAP debían respetar los principios de la función administrativa[[2]](#footnote-3), tesis que luego acogió el legislador con la expedición de la Ley 1150 de 2007. Sobre el particular, el Consejo de Estado ha sostenido lo siguiente:

“siempre que esté de por medio la contratación estatal, con independencia de la normativa de prevalente aplicación al contrato, los servidores públicos responsables deben observar los principios de la Función Administrativa que establecen los artículos 209 y 210 de la Constitución Política , por lo tanto, el funcionario público no está en libertad de conceder y definir libremente el contrato, aunque se aplique el derecho privado, pues debe desarrollar en su actuar, precontractual y contractual, los principios que la Constitución Política le impone. Esta la razón por la cual el funcionario público tiene el deber de obrar con igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, en todas las etapas de la realización del contrato estatal, tanto antes de su celebración, en el momento de definir las necesidades y condiciones de la contratación y de elegir su contratista, así como en la ejecución y liquidación del contrato y éstos principios –se reitera- se deben aplicar y respetar aun cuando el contrato se rija por el derecho privado.”[[3]](#footnote-4)

En virtud de lo señalado, el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 positivizó el precepto según el cual las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del EGCAP, 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, y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal.

En razón a lo anterior, las entidades excluidas de la Ley 80 de 1993 tienen régimen contractual que vincula dos ordenamientos: el privado que es preponderante y el público que es el supletorio, pero no menos importante, porque irradia aspectos esenciales de la actividad contractual de estas entidades.

La jurisprudencia del Consejo de Estado se ha pronunciado sobre la combinación de ordenamientos que confluyen en el régimen contractual de las entidades excluidas del EGCAP y ha considerado que el régimen sustantivo del contrato-derecho privado-no desvanece el sometimiento de la Administración al principio de legalidad y al respeto por los derechos fundamentales. Así, por ejemplo, en la actividad precontractual de estas entidades, aun cuando se aplican normas de derecho privado, también se aplican los principios de la función administrativa, situación que puede derivar en la expedición de verdaderos actos administrativos que se someten al cumplimiento del ordenamiento jurídico y, en consecuencia, son controlables por el juez administrativo, como toda la actividad de la Administración Pública.[[4]](#footnote-5)

De lo anterior se colige, entonces, que en la actualidad los contratos celebrados por las entidades de régimen especial en cumplimiento de su objeto, están regidos, preferente, por las normas de derecho privado, no obstante, dicho régimen no es exclusivo, y por consiguiente, el margen de libertad de configuración de la actividad contractual no se rige de forma absoluta por el principio de la autonomía privada, en la medida en que también le resultan aplicables normas y principios del derecho administrativo que deben ser observados para ceñir la contratación al ordenamiento jurídico aplicable.

Teniendo claridad respecto a la posibilidad que determinadas entidades de derecho público, puedan establecer en sus manuales de contratación-como excepción al EGCAP, procesos de selección con particularidades y determinadas tipologías contractuales propias de sus actividades, se encuentra la naturaleza jurídica de derecho público denominada la Sociedad Fiduciaria La Previsora S.A., la cual es una Sociedad de Economía Mixta, del orden nacional, vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con personería jurídica y autonomía administrativa, perteneciente al sector descentralizado, por lo que de conformidad a lo establecido en el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007 modificado por el artículo 93 de la Ley 1474 de 2011, al ser persona jurídica que desarrolla actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, nacional o internacional o en mercados regulados, se rige por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a sus actividad económica y se encuentra exceptuada de la aplicación de las disposición del EGCAP, y sus procesos de contratación para la adquisición de bienes y servicios se encuentra sometida al manual de contratación, de lo cual es preciso advertir que pueden llegar a compartir denominaciones respecto a las modalidades de selección que se encuentran en el EGCAP, pero no tendrían aplicación las reglas establecidas en el EGCAP, a menos en que se establezca en el manual de contratación la remisión puntual al EGCAP.

De otra parte es necesario indicar que, según el inciso segundo del literal a) del artículo 2, numeral 2 de la Ley 1150 de 2007 dispuso que “*Para la adquisición de estos bienes y servicios las entidades deberán”*, siempre que el reglamento así lo señale, *hacer uso* de procedimientos de subasta inversa o de instrumentos de compra por catálogo derivados de la celebración de acuerdos marco de precios o *de procedimientos de adquisición en bolsas de productos*” (Énfasis fuera de texto).

Como se evidencia el artículo dispone de los tres mecanismos por medios de los cuales las entidades pueden acudir a la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización, la subasta inversa[[5]](#footnote-6), Acuerdos Marco de Precios[[6]](#footnote-7) y bolsa de productos[[7]](#footnote-8). De manera particular y en relación con la temática planteada en la consulta, se hace acude a lo señalado en el Decreto reglamentario frente al Acuerdo Marco de Precios, en el artículo 2.2.1.2.1.2.7 en los siguientes términos:

“(…) *Las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la administración pública están obligadas a adquirir Bienes y Servicios Uniformes y No Uniformes de Común Utilización, a través de los Acuerdos Marco de Precios previamente justificados, diseñados, organizados y celebrados por la Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente-.

La implementación de nuevos Acuerdos Marco de Precios organizados y celebrados por la Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente- de uso obligatorio por parte de las entidades territoriales estará precedida de un estudio de agregación de demanda, en el que se tendrá en cuenta las particularidades propias de los mercados regionales, la necesidad de promover el desarrollo empresarial en las entidades territoriales a través de las Mipymes y evitar en lo posible, la concentración de proveedores en ciertas ciudades del país, salvo que exista la respectiva justificación técnica, económica y/o jurídica.****Parágrafo 1°.****Para los fines contemplados en el presente artículo, el uso obligatorio de los Acuerdos Marco de Precios organizados y celebrados por la Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente por parte de las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública se hará de manera gradual, teniendo en cuenta las siguientes condiciones:

1. La Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente como Administradora del Sistema Electrónico para la Contratación Pública (Secop) permitirá el ingreso a la Tienda Virtual del Estado Colombiano (TVEC), de acuerdo con las condiciones técnicas de la plataforma y la asignación de nuevos usuarios*. (…)”

Como se puede apreciar el reglamento estableció la obligatoriedad para las entidades sometidas al EGCAP de manera gradual, de acudir al mecanismo que se encuentra administrado por esta Agencia para la adquisición de bienes y servicios que se encuentren en los respectivos Acuerdos Marco de Precios, de lo cual se puede evidenciar que no se hace referencia a las entidades con régimen especial de contratación de acudir al mecanismo.

Pues bien, en relación con lo establecido en el artículo citado del Decreto Reglamentario, se debe acudir a lo señalado por parte de la Agencia en el documento denominado, “*Términos y condiciones de uso de la tienda virtual del Estado Colombiano”[[8]](#footnote-9)*, en el cual se hace referencia en diferentes apartados para que las entidades con régimen especial (exceptuado) acuda a los catálogos de la Tienda Virtual del Estado Colombiano-TVEC- de la siguiente manera:

“(…) XI. INSTRUMENTO DE AGREGACIÓN DE DEMANDA DE MIPYME EN LA TVEC

(…)

Las Entidades Compradoras con régimen especial de contratación podrán realizar compras en los catálogos de la Tienda Virtual del Estado Colombiano, de acuerdo con lo que establezca su Manual de Contratación.

(…)

B. Proceso de Compra en los catálogos de MiPyme

(…)

g) El valor máximo de las transacciones realizadas en la TVEC entre Entidades Compradoras y la MiPyme debe ser hasta la mínima cuantía de la respectiva Entidad Compradora. Para las Entidades Compradoras de régimen especial el valor máximo será el que haya definido en su manual de contratación.(…)”

Como se evidencia en el documento expedido por parte de la Agencia, las entidades que cuentan con un régimen especial de contratación podrán acudir a los Acuerdos Marco de Precios para realizar la adquisición o suministro de bienes o servicios de características técnicas uniformes, de acuerdo a lo establecido en el respectivo Manual de Contratación de cada entidad, por lo que será en cumplimiento de esas condiciones como se determina la obligatoriedad o no de acudir a mecanismo.

En todo caso, es importante mencionar que, las *entidades del régimen exceptuado* –a diferencia de aquellas *entidades sometidas a la Ley 80 de 1993*– son autónomas para determinar en sus manuales las modalidades de selección de oferentes aplicables para la contratación de los bienes y servicios que requieren. Asimismo, éstos definen las reglas a partir de las cuales se deben discernir los eventuales concurrencias entre las modalidades de selección que contemplan. Dado que estos actos administrativos se presumen legales y tienen carácter ejecutorio, su contenido es de obligatorio cumplimiento para las entidades que los expiden mientras no hayan sido anulados o suspendidos provisionalmente por la jurisdicción contenciosa administrativa –arts. 88 y 89 del CPACA–.

Con todo, el análisis requerido para determinar la modalidad de selección aplicable a la contratación que pretende adelantar una entidad en practicar debe ser realizado por quienes tengan interés en ello, de acuerdo con lo explicado la aclaración preliminar. Por lo anterior, previo concepto de los funcionarios de la entidad, la solución de situaciones particulares corresponde a los interesados adoptar la decisión correspondiente.

1. **Referencias normativas, jurisprudenciales y otras fuentes:**
* Ley 80 de 1993, artículo 24, artículo 25, artículo 30. Disponible en: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/normativa/ley-80-de-1993/>
* Ley 1150 de 2007, artículo 5. Disponible en: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/normativa/ley-1150-de-2007/>
* Ley 1882 de 2018, artículo 1, artículo 5. Disponible en: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/normativa/ley-1882-de-2018/>
* Decreto 1082 de 2015, artículo 2.2.1.1.2.1.1, artículo 2.2.1.1.2.1.3 artículo 2.2.1.2.1.1.2. Disponible en: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/normativa/decreto-1082-de-2015/>
1. **Doctrina de la Agencia Nacional de Contratación Pública:**

Sobre el régimen de las entidades exceptuadas de la aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública se ha pronunciado en los conceptos con radicado: C-147 del 17 de marzo de 2020, C-157 del 17 de marzo de 2020, C-191 del 16 de marzo de 2020 y C-168 del 31 de marzo de 2020, C-158 del 3 de abril de 2020, C-717 del 21 de enero de 2022, C-004 del 22 de enero de 2024 y C-459 del 18 de septiembre de 2024. Estos y otros conceptos se encuentran disponibles para consulta en el Sistema de Relatoría de la Agencia, en el cual también podrás encontrar jurisprudencia del Consejo de Estado, laudos arbitrales y la normativa de la contratación concordada con la doctrina de la Subdirección de Gestión Contractual, accede a través del siguiente enlace:

<https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos>.

También le invitamos a consultar las versiones VII y VII  de 2024 del Boletín de Relatoría de la Subdirección de Gestión Contractual, las cuales se pueden descargar en la página web de la Agencia a través del siguiente enlace: [https://www.colombiacompra.gov.co/sala-de-prensa/boletin-digital](https://nam02.safelinks.protection.outlook.com/?url=https%3A%2F%2Fwww.colombiacompra.gov.co%2Fsala-de-prensa%2Fboletin-digital&data=05%7C02%7Cgustavo.hinestroza%40colombiacompra.gov.co%7C6192b0470d324981a09708dd0a6c28db%7C7b09041e245149d08cb179d5e3d8c1be%7C0%7C0%7C638678181875718117%7CUnknown%7CTWFpbGZsb3d8eyJFbXB0eU1hcGkiOnRydWUsIlYiOiIwLjAuMDAwMCIsIlAiOiJXaW4zMiIsIkFOIjoiTWFpbCIsIldUIjoyfQ%3D%3D%7C0%7C%7C%7C&sdata=NQf8sHVLeX1EMijPzi4sFFNtM8H6xwFFBG8sdRHH78U%3D&reserved=0) ".

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

Twitter: @colombiacompra

Facebook: ColombiaCompraEficiente

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

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró:  | Gustavo Hinestroza MartínezContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó  | Alejandro Raúl Sarmiento Cantillo Gestor T1-15 Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó:  | Carolina Quintero GacharnáSubdirectora de Gestión Contractual ANCP – CCE |

1. Artículo 32 de la Ley 80 de 1993. [↑](#footnote-ref-2)
2. Definición legal que hoy puede encontrarse en el artículo 3 del CPACA. [↑](#footnote-ref-3)
3. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 27 de febrero de 2013, C.P: Mauricio Fajardo Gómez, rad. No. 2000-01561-01(25.590). [↑](#footnote-ref-4)
4. Al respecto ver: Consejo de Estado, Sección 3ª, sentencia de 6 de julio de 2017, M.P. Marta Nubia Velázquez Rico, rad. 51920; sentencia de 13 de abril de 2011, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, rad. 37.423. [↑](#footnote-ref-5)
5. Decreto 1082 de 2015, Artículo 2.2.1.2.1.2.2. ss. [↑](#footnote-ref-6)
6. Decreto 1082 de 2015. Artículo 2.2.1.2.1.2.7. ss. [↑](#footnote-ref-7)
7. Decreto 1082 de 2015. Artículo 2.2.1.2.1.2.11 [↑](#footnote-ref-8)
8. https://colombiacompra.gov.co/sites/cce\_public/files/cce\_tienda\_virtual/cce-gad-idi-01\_terminos\_y\_codiciones\_de\_uso\_de\_la\_tvec\_v3\_13-07-2023.pdf [↑](#footnote-ref-9)