**CONTRATO – Definición**

El contrato es un “acto jurídico voluntario, una declaración de voluntad, que tiene por objeto establecer una relación jurídica entre dos personas, obligando a la una para con otra a determinada prestación”. Se trata de un negocio jurídico en el sentido de que es el resultado de un acto dispositivo o de autorregulación de intereses de dos o más sujetos con efectos jurídicos para crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas.

**CONTRATO ESTATAL – Definición**

Por su parte, el artículo 1º de la Ley 80 de 1993 –Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en adelante EGCAP–, determina que su objetivo es disponer de reglas y principios que rigen los contratos de las Entidades Estatales y, en ese sentido, el artículo 32 *ibidem* define los contratos estatales como “todos los actos jurídicos, generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere este estatuto [art. 2], previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad”.

De acuerdo con lo anterior, para la definición de contrato estatal basta con que una de las entidades que enumera el artículo 2º de la Ley 80 de 1993 sea una de las partes, sin importar el extremo de la relación jurídico negocial que asuma.

**CONVENIO URBANÍSTICO – Marco legal**

[…] la Ley 1469 de 2011 creó los Macroproyectos de Interés Social Nacional- en adelante MISN – como el conjunto de decisiones administrativas y actuaciones urbanísticas, definidas de común acuerdo entre el Gobierno Nacional y las administraciones municipales y distritales, para ejecutar operaciones urbanas integrales de impacto municipal, metropolitano o regional, que garanticen la habilitación de suelo para la construcción de vivienda y otros usos asociados a la misma, con la infraestructura de soporte para el sistema vial, de transporte, de servicios públicos, espacios públicos y equipamientos colectivos.

[…] la Ley 1469 de 2011 creó los Macroproyectos de Interés Social Nacional- en adelante MISN – como el conjunto de decisiones administrativas y actuaciones urbanísticas, definidas de común acuerdo entre el Gobierno Nacional y las administraciones municipales y distritales, para ejecutar operaciones urbanas integrales de impacto municipal, metropolitano o regional, que garanticen la habilitación de suelo para la construcción de vivienda y otros usos asociados a la misma, con la infraestructura de soporte para el sistema vial, de transporte, de servicios públicos, espacios públicos y equipamientos colectivos.

**INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES – Concepto**

[…] las inhabilidades son circunstancias establecidas por la Constitución o en la ley que impiden que personas naturales o jurídicas sean elegidas o designadas en un cargo público o celebren contratos con el Estado, con el objetivo de garantizar la idoneidad, imparcialidad, probidad, transparencia y moralidad de la función pública, garantizando el interés general.

El régimen de inhabilidades para contratar con el Estado es un conjunto de restricciones establecidas por el constituyente o por el legislador que afectan directamente la capacidad de las personas para establecer relaciones contractuales con el Estado, que pueden resultar de condenas, sanciones o situaciones previamente establecidas por el ordenamiento jurídico.

**INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES – Aplicación**

Con relaciona su pregunta, resulta pertinente señalar que, independientemente del régimen aplicable al contrato estatal se aplican las inhabilidades e incompatibilidades del EGCAP. Al respecto, las entidades de régimen especial cumplen una finalidad pública y utilizan recursos públicos para lograrlo. En virtud de ello, este tipo de entidades no son ajenas a los principios de la función administrativa, de la gestión fiscal y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades para contratar, entre otros imperativos jurídicos dispuestos en la normativa de contratación pública que son trasversales a todas las entidades, sin importar su régimen contractual.

Bogotá D.C., 5 de diciembre de 2024.



Señora

**Paola Silva Bermúdez**

Bogotá D.C.

**Concepto C-761 de 2024**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:** | CONTRATO – Definición / CONTRATO ESTATAL – Definición / CONVENIO URBANÍSTICO – Marco legal / INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES - Concepto / INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES – Aplicación  |
| **Radicación:** | Respuesta a consulta P20241022010677 |

Estimada señora Silva Bermúdez:

En ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8° del artículo 11 y el numeral 5° del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011, así como lo establecido en la Resolución 1707 de 2018 expedida por esta Entidad, la Agencia Nacional de Contratación Pública ― Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 22 de octubre de 2024.

1. **Problema planteado**

Usted formula la siguiente consulta:

Solicito respetuosamente que se emita CONCEPTO en el cual se resuelva la siguiente consulta: 1) conceptuar si los convenios urbanísticos de los que trata la Ley 1469 de 2011 y el Decreto 1310 de 2012, y que se definen como "un acuerdo de voluntades que tiene por finalidad agilizar e impulsar el trámite de formulación, adopción y ejecución de los Macroproyectos" en virtud de los cuales las entidades estatales y los desarrolladores (urbanizadores particulares) asumen derechos y obligaciones para el desarrollo de macroproyectos para viviendas de interés social, son o no contratos estatales. 2) Por lo tanto, conceptuar si a los convenios urbanisticos de la ley 1469 de 2011 y decreto 1310 de 2012, les aplica el régimen de inhabilidades de la ley 80 de 1993.:.

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 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 su solicitud, esta Agencia resolverá el siguiente problema jurídico: i) ¿Los convenios urbanísticos de los que trata la Ley 1469 de 2011 y el Decreto 1310 de 2012, se pueden considerar contratos estatales? y; ii) ¿A los convenios urbanísticos de la Ley 1469 de 2011 y el Decreto 1310 de 2012, les aplica el régimen de inhabilidades contemplado en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública?

1. **Respuesta:**

|  |
| --- |
| i) El contrato estatal corresponde al acuerdo de voluntades en que uno de los extremos es una entidad pública, no solo pertenecen a esta categoría los celebrados por las entidades a las que se refiere la Ley 80 de 1993, sino también aquellos en los que interviene como parte cualquier Entidad Pública, independiente del régimen jurídico aplicable. Este criterio es el que ha sido adoptado por el Consejo de Estado, para quien el carácter de contrato estatal se establece por la presencia de una Entidad Estatal como parte del mismo. De acuerdo con la Ley 1469 de 2011 y el artículo 24 del Decreto 1310 de 2012, un c*onvenio urbanístico requerido para desarrollar Macroproyectos*es un acuerdo de voluntades que tiene por finalidad agilizar e impulsar el trámite de formulación, adopción y ejecución de los Macroproyectos. Su objeto versará sobre los mecanismos para asegurar que las operaciones urbanas y actuaciones urbanísticas eficaces y expeditas, de tal manera que permitan ejecutar de forma efectiva proyectos estratégicos de desarrollo urbano y territorial en beneficio del interés general.El convenio urbanístico se suscribirá entre el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, el municipio o distrito y los titulares de la iniciativa del Macroproyecto de acuerdo con lo previsto en el artículo 4° del decreto citado, el cual establece quienes son Titulares de la iniciativa*.* Al respecto, *e*n los términos del artículo 6° de la Ley 1469 de 2011, la iniciativa para promover, formular, ejecutar y financiar MISN podrá ser del Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, de las entidades territoriales, de las áreas metropolitanas, de las asociaciones de municipios, de otras entidades públicas interesadas y de los particulares.Conforme lo expuesto, se considera que el contrato estatal, sea sujeto al ámbito del EGCAP o por fuera de él, es un acuerdo de voluntades celebrado por una Entidad Estatal con un particular u otra entidad que genera, extingue o modifica obligaciones para quienes lo suscriben, regida por un derecho mixto.ii) El régimen de inhabilidades para contratar con el Estado es un conjunto de restricciones establecidas por el constituyente o por el legislador que afectan directamente la capacidad de las personas para establecer relaciones contractuales con el Estado, que pueden resultar de condenas, sanciones o situaciones previamente establecidas por el ordenamiento jurídico. Ahora bien, sin perjuicio del régimen normativo que aplique al negocio jurídico estatal, la Entidad Pública exceptuada y con régimen especial de contratación debe observar y acatar los principios consagrados en los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, aplicar las mismas inhabilidades e incompatibilidades del régimen general de la contratación estatal y cumplir con el deber de publicidad, según mandato expreso del artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, sin perjuicio, de la aplicación de otras disposiciones que aplican de forma transversal a los contratos celebrados por Entidades Públicas. |

1. **Razones de la respuesta:**

Lo anterior se sustenta en las siguientes consideraciones:

El contrato es un “acto jurídico voluntario, una declaración de voluntad, que tiene por objeto establecer una relación jurídica entre dos personas, obligando a la una para con otra a determinada prestación”[[1]](#footnote-2). Se trata de un negocio jurídico en el sentido de que es el resultado de un acto dispositivo o de autorregulación de intereses de dos o más sujetos con efectos jurídicos para crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas[[2]](#footnote-3).

En efecto, el artículo 1495 del Código Civil establece que el “[c]ontrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer, o no alguna cosa. Cada parte puede ser de una o muchas personas”. A su turno, el Código de Comercio establece en el artículo 864 que “[e]l contrato es un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial”.

Por su parte, el artículo 1º de la Ley 80 de 1993 –Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en adelante EGCAP–, determina que su objetivo es disponer de reglas y principios que rigen los contratos de las Entidades Estatales y, en ese sentido, el artículo 32 *ibidem* define los contratos estatales como “todos los actos jurídicos, generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere este estatuto [art. 2], previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad”.

De acuerdo con lo anterior, para la definición de contrato estatal basta con que una de las entidades que enumera el artículo 2º de la Ley 80 de 1993[[3]](#footnote-4) sea una de las partes, sin importar el extremo de la relación jurídico negocial que asuma. Al respecto, el Consejo de Estado ha sostenido que el criterio definitorio de un contrato estatal es que haya sido celebrado por una Entidad Estatal:

“Nótese cómo, elemento esencial para calificar de estatal un contrato, es que haya sido celebrado por una entidad estatal, es decir, una entidad pública con capacidad legal para celebrarlo. Dicho de otro modo, no existen contratos estatales celebrados entre particulares, ni siquiera cuando éstos han sido habilitados legalmente para el ejercicio de funciones públicas”[[4]](#footnote-5).

Así pues, el contrato estatal es el acto jurídico creador de obligaciones en cuya celebración concurre una de las Entidades Estatales, independientemente de que se trate de contratos previstos o tipificados en el derecho privado, en disposiciones especiales o que sencillamente resulten del ejercicio de la autonomía de la voluntad, como sucede con los que se clasifican como atípicos e innominados –artículo 32 de la Ley 80–. Por lo tanto, la Ley 80 de 1993 adoptó un criterio eminentemente subjetivo u orgánico, esto es, en atención a la naturaleza de los sujetos u órganos que intervienen en la formación del vínculo contractual, para efectos de determinar que los contratos podrán catalogarse como estatales únicamente en cuanto en uno de sus extremos, al menos, se encuentre una Entidad Estatal[[5]](#footnote-6), con independencia del régimen de derecho aplicable.

Este entendimiento encuentra, además, recepción en los artículos 13 y 40 de la Ley 80 de 1993, los cuales integran al derecho contractual estatal “las disposiciones comerciales y civiles pertinentes”, cuando indican que estos se regirán de forma supletiva por ese régimen jurídico, salvo en las materias expresa y particularmente reguladas por el EGCAP, lo que permite concluir que “mediante la Ley 80, se pretendió que la actividad contractual del Estado quedará bajo la égida del contrato estatal, caracterizado por tener un régimen jurídico mixto, integrado por normas de derecho público y derecho privado”[[6]](#footnote-7). En armonía con lo anterior, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, expresó que, en tal virtud, por regla general:

“[…] las entidades estatales dentro del ámbito de aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Púbica, cuando celebren contratos deben cumplir las disposiciones del derecho privado (comerciales y civiles) que resulten aplicables, excepto en aquellas materias expresamente reguladas por el citado Estatuto y las normas que lo modifiquen o adicionen, verbigracia, los mecanismos de selección, los principios de transparencia, economía y responsabilidad, el deber de selección objetiva, las inhabilidades e incompatibilidades para contratar, los requisitos de perfeccionamiento y ejecución del contrato, el equilibrio económico y financiero del contrato, las cláusulas excepcionales (interpretación, modificación y terminación unilaterales, caducidad, reversión y sometimiento de a las leyes nacionales), la imposición y efectividad de las multas y cláusula penal una vez pactadas, las garantías del contrato, las nulidades específicas del contrato estatal, el silencio administrativo positivo, la liquidación del contrato, entre otras”[[7]](#footnote-8).

Ahora bien, como el contrato estatal corresponde al acuerdo de voluntades en que uno de los extremos es una entidad pública, no solo pertenecen a esta categoría los celebrados por las entidades a las que se refiere la Ley 80 de 1993, sino también aquellos en los que interviene como parte cualquier Entidad Pública, independiente del régimen jurídico aplicable. Este criterio es el que ha sido adoptado por el Consejo de Estado, para quien el carácter de contrato estatal se establece por la presencia de una Entidad Estatal como parte del mismo:

“[L]a Jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que la naturaleza del contrato no depende de su régimen jurídico, por tanto, al adoptar un criterio orgánico, se ha expuesto que serán considerados contratos estatales aquellos que celebren las entidades de igual naturaleza. En este sentido se ha pronunciado esta Sala: “De este modo, son contratos estatales ‘todos los contratos que celebren las entidades públicas del Estado, ya sea que se regulen por el Estatuto General de Contratación Administrativa o que estén sujetos a regímenes especiales’”.[[8]](#footnote-9)

Dicha calidad de contrato estatal tampoco depende de que la relación contractual implique o no la erogación de recursos públicos, ya que, se reitera, ello obedece a un criterio eminentemente orgánico. De acuerdo con esto, independientemente de que las Entidades Estatales realicen o no desembolsos de dinero a título de contraprestación, los contratos estatales, en tanto son celebrados para satisfacer necesidades de las Entidades Estatales, las cuales están asociadas al cumplimiento de sus funciones administrativas y cometidos misionales, involucran un interés público.

Finalmente, si bien la regla general en la contratación pública es que la entidad se presenta como el comprador de un bien o servicio, –lo que en el mercado usualmente representa la demanda–, ello no obsta para que algunas entidades asuman la posición del vendedor u oferente de bienes o el prestador de servicios. Lo importante es que ello esté relacionado con el objeto de sus funciones. En este caso también estaremos en presencia de un contrato estatal.

En atención a lo expuesto, se concluye que, el contrato estatal, sea sujeto al ámbito del EGCAP o por fuera de él, es un acuerdo de voluntades celebrado por una Entidad Estatal con un particular u otra entidad que genera, extingue o modifica obligaciones para quienes lo suscriben, regida por un derecho mixto, en los términos explicados.

Teniendo en cuenta el contenido de su consulta, resulta importante mencionar que los contratos estatales – al igual que los que se celebran en el derecho privado – pueden clasificarse en contratos típicos y contratos atípicos. Los contratos atípicos se caracterizan por ser contratos en los cuales su causa o función socioeconómica no corresponde a ninguna de los contratos tipificados por la ley[[9]](#footnote-10).

 Tanto la jurisprudencia como la doctrina de derecho administrativo aceptan la presencia de contratos administrativos atípicos. En efecto, el Consejo de Estado, ha señalado que: “Como tampoco corresponde el negocio jurídico celebrado por las partes a ninguno otro de los tipificados en el Decreto Ley 222 de 1983, no obstante, lo cual, subsiste su naturaleza vinculante como acuerdo de voluntades creador de obligaciones a cargo de los cocontratantes y regido por las cláusulas pactadas por éstos”[[10]](#footnote-11).

 Tratándose de contratos atípicos estatales y su contenido el mismo, estos son admisibles en nuestro ordenamiento jurídico, siempre y cuando esté dentro del orden público, que no tenga objeto ilícito o causa ilícita, que no estén presentes vicios del consentimiento y que, en aquellos casos que se exigen formalidades, se cumplan para el nacimiento del contrato. Dado que se trata de contratos de la administración, además de cumplir con los anteriores requisitos el contrato debe constar por escrito.

En atención su consulta, es importante señalar que, la Ley 1469 de 2011 creó los Macroproyectos de Interés Social Nacional- en adelante MISN – como el conjunto de decisiones administrativas y actuaciones urbanísticas, definidas de común acuerdo entre el Gobierno Nacional y las administraciones municipales y distritales, para ejecutar operaciones urbanas integrales de impacto municipal, metropolitano o regional, que garanticen la habilitación de suelo para la construcción de vivienda y otros usos asociados a la misma, con la infraestructura de soporte para el sistema vial, de transporte, de servicios públicos, espacios públicos y equipamientos colectivos.

Los Macroproyectos de Interés Social Nacional son un conjunto de decisiones y actuaciones de orden administrativo y urbanístico, orientadas hacia construir vivienda o soluciones asociadas a vivienda y, de forma complementaria, además infraestructura de soporte para el sistema vial, de transporte, de servicios públicos, espacios públicos y equipamientos colectivos (Ley 1469 de 2011 art 2).[[11]](#footnote-12) Los MISN pueden construirse en suelo urbano, rural o de expansión urbana, de conformidad con la caracterización que se hace de cada una de estas clases en el Capítulo IV de la Ley 388 de 1997 (art 2 parágrafo). Según el Capítulo IV de la Ley 388 de 1997 hay tres grandes clases de suelo: urbano, rural y de expansión urbana.

La Ley 1469 de 2011 fue sancionada con el objetivo de revivir los macroproyectos de interés social nacional que fueron declarados inexequibles por la Corte Constitucional.

Los objetivos de la Ley 1469 de 2011 son:

* Promover la sostenibilidad del desarrollo territorial y urbano
* Controlar la especulación del suelo
* Velar por la defensa del espacio público y la protección del medio ambiente
* Promover una política integral de la gestión del riesgo

La Ley 1469 de 2011 contempla dos categorías de MISN y, en consunto con sus normas complementarias, establece una serie de condiciones y procedimientos generales para la implementación de los MISN, y unos requisitos especiales para hacerlo en suelo rural. Además las normas fijan también un procedimiento con el mismo fin.

Hay dos categorías de MISN (art 4). La categoría 1 está integrada por los Macroproyectos cuyos términos y condiciones de gestión y ejecución se sujetan a *“los contenidos, actuaciones o normas urbanísticas del plan de ordenamiento territorial vigente”* (art 4 num 1). En cuanto a su forma de perfeccionamiento requiere como base un convenio entre el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio y el alcalde del respectivo municipio o distrito (ídem). La Ley prevé que *“en ningún caso”* pueden modificarse las disposiciones del respectivo plan de ordenamiento territorial vigente con la adopción de MISN de esta categoría (ídem). La categoría 2 la conforman los MISN cuya implementación supone, además, la posibilidad adicional de introducir modificaciones a las normas urbanísticas previstas en el plan de ordenamiento territorial cuando resulte necesario para viabilizar el Macroproyecto. Cuando se requiera modificar el plan de ordenamiento territorial, dentro de esta categoría de MISN, la propuesta convenida entre el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio y la alcaldía municipal o distrital sobre oportunidad, conveniencia y posibilidad de realizarlo se supedita a la previa aprobación del respectivo concejo (art 4 num 2).[[12]](#footnote-13)

Respecto del segundo problema jurídico, debe advertirse que, las inhabilidades son circunstancias establecidas por la Constitución o en la ley que impiden que personas naturales o jurídicas sean elegidas o designadas en un cargo público o celebren contratos con el Estado, con el objetivo de garantizar la idoneidad, imparcialidad, probidad, transparencia y moralidad de la función pública, garantizando el interés general.

El régimen de inhabilidades para contratar con el Estado es un conjunto de restricciones establecidas por el constituyente o por el legislador que afectan directamente la capacidad de las personas para establecer relaciones contractuales con el Estado, que pueden resultar de condenas, sanciones o situaciones previamente establecidas por el ordenamiento jurídico.

La consagración de limitaciones que afectan la capacidad jurídica para contratar desarrolla los principios de la función administrativa consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política, con especial énfasis el de moralidad. Así lo entiende el Consejo de Estado:

De manera primordial en esta reflexión debe advertirse que la consagración legal de las incompatibilidades e inhabilidades en materia contractual, no es sino desarrollo del Principio de Moralidad que la Constitución Política consagra como uno de los rectores de la Función Administrativa, instituido en el artículo 209 de la Carta, toda vez que este Principio –en su carácter jurídico, ordenador y orientador del derecho– constituye la Finalidad, el Deber Ser, la Razón de Primer Orden en la cual se inspira, justifica y legitima la existencia de las normas que definen y regulan las inhabilidades e incompatibilidades.

Adicionalmente, toda vez que la Jurisprudencia Constitucional se ha referido a la protección del Interés General como causa que legitima la estructuración legal de las incompatibilidades e inhabilidades, se puede precisar que la regulación de sus causales para contratar con el Estado debe orientarse por el Principio de Moralidad que obviamente –como es propio de todos los Principios de la Función Administrativa– se despliega ordenado con base en la protección prevalente del interés general y, por ello, se entiende que la potestad de configuración legislativa en materia de incompatibilidades e inhabilidades para contratar con el Estado puede concretarse a través de una regla de carácter excluyente para determinados potenciales contratistas, la cual se impone entonces por razón de ese fin de interés general como regla legal prevalente, esto es que puede ser impuesta sobre el derecho individual a contratar con el Estado[[13]](#footnote-14).

Conforme lo anterior, se puede afirmar que las inhabilidades son medios que garantizan la transparencia y eficiencia en la actividad contractual del Estado, imponiendo restricciones en la personalidad jurídica, la igualdad, la libre empresa y, particularmente, en el derecho a participar en procesos de selección y celebrar contratos con el Estado.

Con relaciona su pregunta, resulta pertinente señalar que, independientemente del régimen aplicable al contrato estatal se aplican las inhabilidades e incompatibilidades del EGCAP. Al respecto, las entidades de régimen especial cumplen una finalidad pública y utilizan recursos públicos para lograrlo. En virtud de ello, este tipo de entidades no son ajenas a los principios de la función administrativa, de la gestión fiscal y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades para contratar, entre otros imperativos jurídicos dispuestos en la normativa de contratación pública que son trasversales a todas las entidades, sin importar su régimen contractual. Lo anterior, es reafirmado por el Consejo de Estado, que destaca las normas que sigue la contratación de las entidades de régimen especial:

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

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

La función que cumplen los principios públicos también se representa en la necesidad práctica —normalmente no por orden de una norma— de expedir un reglamento interno de contratación que concrete la mayor parte de aportes de esos principios a la transformación de las reglas del derecho privado. Es por esta influencia que surge la necesidad de contar con procesos de selección de contratistas que garanticen la libre concurrencia, la igualdad de oportunidades de acceso a los negocios del Estado, la trasparencia y en general los demás valores propios de la gestión de lo público”[[14]](#footnote-15).

De esta manera, las Entidades Estatales con régimen especial de contratación deben cumplir unas obligaciones transversales a la contratación pública. Entre ellas se destaca la elaboración del Plan Anual de Adquisiciones, la publicación de sus procedimientos de selección a través de la herramienta SECOP II, hacer uso del clasificador de bienes y servicios de las Naciones Unidas, analizar el sector económico de los oferentes – a lo cual se hará referencia más adelante –, aplicar los Acuerdos Comerciales, en los casos en que les resulten aplicables, observar el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, entre otras.

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

|  |
| --- |
| * Ley 80 de 1993: Artículo 8.
* Ley 1150 de 2007: Artículo 13.
* Ley 1469 de 2011: Artículo1.
* Decreto 1310 de 2012: Artículo 24.
 |

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

La Agencia Nacional de Contratación Pública ― Colombia Compra Eficiente estudió el alcance de la definición del contrato estatal en los conceptos 4201912000006493 del 15 de noviembre de 2019, 4201912000006710 del 19 de noviembre de 2019, C-466 del 21 de julio de 2022, C-604 del 23 de septiembre de 2022 y C-823 del 21 de diciembre de 2022.Así mismo, analizó el régimen de inhabilidades e incompatibilidades en la contratación pública, sus criterios de interpretación –restrictivo y *pro libertate*– y sus efectos en la capacidad contractual, entre otros, en los conceptos: C-090 del 24 de febrero de 2020, C-125 del 3 de marzo de 2020, C-157 del 17 de marzo de 2020, C-273 del 21 de mayo de 2020, C-402 del 26 de junio de 2020, C-386 del 24 de julio de 2020, C-701 del 6 de enero de 2021, C-004 del 12 de febrero de 2021, C-210 del 12 de mayo de 2021, C-275 del 11 de junio de 2021, C-449 del 31 de agosto de 2021, C-028 del 28 de febrero de 2022, C-318 del 18 de mayo de 2022, C-252 del 30 de mayo de 2022, C-619 del 27 de septiembre de 2022, entre otros. Estos y otros conceptos se encuentran disponibles para consulta en el Sistema de relatoría de la Agencia, al cual se puede acceder a través del siguiente enlace: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos>

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró:  | Diana Lucia Saavedra CastañedaContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó | Alejandro Sarmiento CantilloGestor T1 ‒ 15 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó:  | Carolina Quintero GacharnáSubdirectora de Gestión Contractual ANCP – CCE |

1. CLARO SOLAR, Luis. Explicaciones de derecho civil chileno y comparado. Tomo Décimo – Obligaciones y contratos 1. Santiago de Chile, Nascimiento, 1936. [↑](#footnote-ref-2)
2. “[...]el negocio jurídico es un acto de autonomía privada jurídicamente relevante; acto de autorregulación de los propios intereses: la ley no delimita totalmente su contenido, señala orientaciones y límites a la actividad dispositiva, indaga sobre su observancia y, no hallando reparo que formular, interpreta el comportamiento, lo ubica dentro del marco de circunstancias en que se realizó y, una vez encasillado dentro de uno de los tipos socialmente reconocidos, le asigna los efectos que mejor correspondan a la determinación particular así alindada y calificada”. (HINESTROSA, Fernando, Tratado de las Obligaciones II De las fuentes de las obligaciones: *El Negocio Jurídico*, Volumen I, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015, pág. 107). [↑](#footnote-ref-3)
3. El artículo 2º define, para los efectos del ámbito de sujeción del estatuto, que se denominan entidades estatales: a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles. b) El Senado de la República, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, distritales y municipales, la Procuraduría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil, los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, las unidades administrativas especiales y, en general, los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos. [↑](#footnote-ref-4)
4. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 4 de abril de 2002, M.P. Alier E. Hernández Enríquez. Rad. 1999-0290-01 (17.244). [↑](#footnote-ref-5)
5. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera, Auto del 30 de enero de 2008. Rad. 32.867, M.P. Mauricio Fajardo Gómez. [↑](#footnote-ref-6)
6. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia de 23 de septiembre de 1997, Rad. S-701. [↑](#footnote-ref-7)
7. CONSEJO DE ESTADO, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 15 de mayo de 2018, Rad. 2335. [↑](#footnote-ref-8)
8. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia de 31 de marzo de 2011, Rad. 16246, M.P. Hernán Andrade Rincón. Al adoptar un criterio orgánico o subjetivo, en el que la sola presencia de una entidad estatal como parte del mismo le imprime al negocio jurídico la naturaleza o categoría jurídica de contrato estatal, “tiene la virtud de englobar todos los contratos que celebren las entidades públicas del Estado, ya sea que se regulen por el estatuto general de contratación administrativa o que estén sujetos a regímenes especiales. De tal manera es dable hablar genéricamente de dos tipos de contratos: 1. Contratos estatales regidos por la Ley 80 de 1993. 2. Contratos estatales especiales...”. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto del 8 de febrero de 2001, Rad. No. 16661) En igual sentido, auto de 20 de agosto de 1998, Rad. 14.202; auto de 7 de octubre de 2004, Rad.2675 y sentencia de 20 de abril de 2005, Rad. 14519, entre otras providencias. [↑](#footnote-ref-9)
9. Messineo Ob. Cit. Pág. 394 [↑](#footnote-ref-10)
10. Consejo de Estado, Sección Tercera en Sentencia del 21 de abril de 2005 radicado No 14651 C.P. Ramiro Saavedra Becerra [↑](#footnote-ref-11)
11. En lo que sigue, dentro de este acápite, los artículos que se mencionen corresponde a la Ley 1469 de 2011, a menos que se diga expresamente lo contrario. [↑](#footnote-ref-12)
12. El artículo 4 de la Ley 1469 de 2011 prevé también tres parágrafos. “PARÁGRAFO 1o. Con el fin de promover la articulación de las diferentes categorías de macroproyectos de que trata este artículo, con las políticas y estrategias de vivienda de interés social de los planes de ordenamiento territorial, el Gobierno Nacional reglamentará las condiciones mínimas de área y suelo útil destinado a vivienda de interés social y prioritaria que deban cumplir los Macroproyectos, teniendo en cuenta las categorías de municipios de que trata la Ley [617](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0617_2000.html#1) de 2000 y el déficit habitacional de las entidades territoriales. || PARÁGRAFO 2o. Para efectos de lo previsto en esta ley, cuando se haga referencia al Plan de Ordenamiento Territorial se entenderá que hace alusión a todos los tipos de planes previstos en el artículo [9](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0388_1997.html#9)o de la Ley 388 de 1997. || PARÁGRAFO 3o.  Con el fin de preservar la integridad étnica, social económica y cultural de los pueblos indígenas y comunidades étnicas afrodescendientes y garantizar su participación en las decisiones que los afectan, cuando se adelanten Macroproyectos, total o parcialmente, en suelo donde se asienten dichas comunidades, se deberá realizar la consulta previa específica, exigida en el Convenio 169 de la OIT, artículo 6o, numeral 1, literal a), durante la etapa de formulación previa la adopción del respectivo Macroproyecto”. [↑](#footnote-ref-13)
13. Consejo De Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 13 de noviembre de 2013. Rad. 25.646. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. [↑](#footnote-ref-14)
14. Consejo de Estado. Sección Tercera. Radicado No. 45.607 del 24 de octubre de 2016. Consejera Ponente: María Nubia Velásquez Rico. [↑](#footnote-ref-15)