

Compartido por:



FORMATO PQRS

Código: CCE-PQRS-FM-08

Versión: 02 DEL 28 DE SEPTIEMBRE DE 2022

Agencia Nacional de Contratación Pública



Colombia Compra Eficiente

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

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

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

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

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

ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN – Excepciones – Regímenes especiales

[...] las entidades de régimen especial están facultadas legalmente para aplicar reglas distintas a las establecidas en la Ley 80 de 1993 y sus normas complementarias, su régimen contractual estará definido en la norma que crea el régimen especial y será desarrollado en el manual de contratación de la respectiva entidad, con el fin de que se puedan identificar las reglas que aplican en la contratación. La Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente expidió la Guía para las



DEPARTAMENTO
NACIONAL DE PLANEACIÓN

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente

Tel. (601) 7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



www.colombiacompra.gov.co

Versión:

02

Código:

CCE-PQRS-FM-08

Fecha:

28 de septiembre de 2022

Página 1 de 21

Compartido por:



FORMATO PQRS

Código: CCE-PQRS-FM-08

Versión: 02 DEL 28 DE SEPTIEMBRE DE 2022

Agencia Nacional de Contratación Pública



Colombia Compra Eficiente

entidades estatales con régimen especial de contratación, que las define como aquellas que contratan con un régimen distinto a las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007.

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

[...]las entidades de régimen especial administran recursos públicos, sus manuales de contratación deben ceñirse a unas reglas mínimas que garanticen el cumplimiento de los principios de la función pública, el control fiscal y los principios rectores de la contratación estatal. Dentro de estas reglas deben indicar el contenido de las propuestas y los procedimientos de selección, llevar una descripción precisa del procedimiento, los plazos de las etapas y los criterios de evaluación y desempate, y todos los criterios necesarios para garantizar la selección objetiva y la protección del interés general.

ENTIDADES DE RÉGIMEN ESPECIAL – Reglamento Interno de Contratación – Límites

[...]el manual de contratación de las entidades exceptuadas es un acto administrativo y, de manera más concreta, un reglamento, pues, además de consistir en una manifestación unilateral de voluntad efectuada por la Entidad Estatal, en ejercicio de función administrativa, dirigida a producir efectos jurídicos, tiene vocación de permanencia en el tiempo. Esto significa que el manual de contratación despliega sus efectos de manera indefinida en el futuro, no agotándose con una sola aplicación.

Sin embargo, la libertad de configuración reglamentaria de las entidades estatales, expresada en el manual de contratación, no es absoluta, ya que, a pesar de que están facultadas para regular ciertos temas relacionados con la actividad contractual, deben hacerlo respetando la reserva legal de la que gozan ciertas materias. En tal sentido, asuntos como: i) los requisitos de existencia y validez del contrato, ii) sanciones, sin perjuicio de las que pueden pactar de acuerdo con las normas civiles y comerciales, iii) procedimientos para su imposición, iv) causales de inhabilidad e incompatibilidad, v) el principio de anualidad del gasto, y vi) restricciones al acceso a la administración de justicia para discutir las controversias contractuales, son, entre otros, temas cuya regulación está reservada al legislador y que, por tanto, las entidades exceptuadas no pueden reglamentar en su manual de contratación.

ENTIDADES DE RÉGIMEN ESPECIAL – Reglamento Interno de Contratación – Vacíos

[...]si el manual de contratación de la entidad de régimen especial no prevé normas –es decir, si tiene vacíos – sobre: i) los elementos de existencia y validez del contrato, ii) los vicios que pueden generar su anulación, iii) la tipología de los negocios jurídicos, iv) los criterios de interpretación de las estipulaciones contractuales, v) el concepto y los requisitos de la oferta, vi) las formas de extinción de las obligaciones, vii) la responsabilidad contractual, y otras materias similares relacionadas con el régimen sustantivo del contrato, la ausencia de tales disposiciones en el reglamento interno de contratación de la entidad exceptuada debe suplirse con las normas del Código Civil y del Código de



DEPARTAMENTO
NACIONAL DE PLANEACIÓN

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente

Tel. (601) 7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



www.colombiacompra.gov.co

Versión:

02

Código:

CCE-PQRS-FM-08

Fecha:

28 de septiembre de 2022

Página 2 de 21

Compartido por:



FORMATO PQRS

Código: CCE-PQRS-FM-08

Versión: 02 DEL 28 DE SEPTIEMBRE DE 2022



Agencia Nacional de Contratación Pública



Colombia Compra Eficiente

Comercio, con la costumbre mercantil y con los principios generales que rigen las relaciones contractuales de los particulares, que ingresan dentro de la categoría de la *lex mercatoria*.

[...]Por el contrario, si el vacío del manual de contratación tiene que ver con asuntos asociados a los procedimientos administrativos, como: i) la forma de iniciar la actuación administrativa, ii) los derechos y deberes de las entidades y de los particulares en los procedimientos administrativos, iii) el trámite de las peticiones, iv) la notificación, comunicación o publicación de los actos administrativos, v) la presunción de legalidad, firmeza y ejecutoriedad de los actos administrativos, vi) los recursos contra los actos administrativos, etc. –asuntos que, como se dijo, gozan de reserva de ley–, la entidad de régimen especial debe aplicar el principio de subsidiariedad previsto en los artículos 2, 34 y 47 de la Ley 1437 de 2011; o sea, debe llenar tales lagunas con las normas de la primera parte del CPACA.



DEPARTAMENTO
NACIONAL DE PLANEACIÓN

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente

Tel. [601] 7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



www.colombiacompra.gov.co

Versión:

02

Código:

CCE-PQRS-FM-08

Fecha:

28 de septiembre de 2022

Página 3 de 21

Compartido por:



FORMATO PQRS

Código: CCE-PQRS-FM-08

Versión: 02 DEL 28 DE SEPTIEMBRE DE 2022

Agencia Nacional de Contratación Pública



Colombia Compra Eficiente



Colombia Compra Eficiente

Rad No. RS20221214014838

Anexos: No Con copia: No

Fecha: 13/12/2022 19:15:12



Colombia Compra Eficiente

Señor
Diego Ospina Agudelo
Ciudad

Concepto C – 857 de 2022

Temas: EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO – Naturaleza Jurídica – Régimen de contratación / EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES – Actividades en competencia – Derecho privado – Justificación – Principios – Función administrativa y gestión fiscal / ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN – Excepciones – Regímenes especiales / ENTIDADES DE RÉGIMEN ESPECIAL – Reglamento Interno de Contratación – Límites / ENTIDADES DE RÉGIMEN ESPECIAL – Reglamento Interno de Contratación – Vacíos

Radicación: Respuesta a la consulta # P20221027010857

Estimado señor Ospina Agudelo,

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, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 27 de octubre de 2022.

1. Problemas planteados

Usted formula la siguiente consulta:

«[...] 2. ¿una empresa industrial y comercial del estado, cuyo régimen de acciones es el privado y por ende tiene manual de contratación propio, todos sus contratos deben regirse por el manual o existen algunos contratos que deba celebrar que deben regirse



DEPARTAMENTO
NACIONAL DE PLANEACIÓN

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente

Tel. [601] 7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



www.colombiacompra.gov.co

Versión:

02

Código:

CCE-PQRS-FM-08

Fecha:

28 de septiembre de 2022

Página 4 de 21

Compartido por:



FORMATO PQRS

Código: CCE-PQRS-FM-08

Versión: 02 DEL 28 DE SEPTIEMBRE DE 2022

Agencia Nacional de Contratación Pública



Colombia Compra Eficiente

por el estatuto general de la contratación, como por ejemplo el equipo de cómputo para la oficina que abastece para el funcionamiento administrativo de la empresa?.

3. Informar ¿cuáles contratos que celebren las empresas industriales y comerciales del estado deben registrarse por el estatuto general de la contratación y cuáles contratos deben registrarse por manual de contratación de la empresa? [...]

5. ¿cuáles son los límites al manual de contratación de una empresa industrial y comercial del estado, con relación a los montos establecidos en cada modalidad contractual? O si por el contrario, en el manual se puede establecer cualquier monto en cualquiera de las modalidades de contratación.

6. ¿Que debe entenderse por actividades en competencia con sector privado en las empresas industriales y comerciales del estado para que sean un régimen privado?».

2. Consideraciones

Es necesario tener en cuenta que esta entidad solo tiene competencia para responder solicitudes 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 de la contratación estatal.

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 pública¹. Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, ni a brindar asesorías sobre casos puntuales. Por lo anterior, previo concepto de

¹ La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente fue creada por el Decreto Ley 4170 de 2011. Su objetivo es servir como ente rector de la política de compras y contratación del Estado. Para tales fines, como órgano técnico especializado, le corresponde formular políticas públicas y normas y unificar los procesos de contratación estatal, con el fin de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado. El artículo 3 *ibidem* señala, de manera precisa, las funciones de Colombia Compra Eficiente. Concretamente, el numeral 5º de este artículo establece que le corresponde a esta entidad: «[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general y expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública». Seguidamente, el numeral 8º del artículo 11 *ibidem* señala que es función de la Subdirección de Gestión Contractual: «[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general».



DEPARTAMENTO
NACIONAL DE PLANEACIÓN

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente
Tel. (601) 7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



www.colombiacompra.gov.co

Versión:

02

Código:

CCE-PQRS-FM-08

Fecha:

28 de septiembre de 2022

Página 5 de 21

Compartido por:



FORMATO PQRSD

Código: CCE-PQRSD-FM-08

Versión: 02 DEL 28 DE SEPTIEMBRE DE 2022

Agencia Nacional de Contratación Pública



Colombia Compra Eficiente

sus órganos asesores, la solución de estos temas corresponde a la entidad que adelanta el procedimiento de selección y, en caso de conflicto, a las autoridades judiciales, fiscales y disciplinarias; razón por la cual, corresponde cada Entidad Estatal definir la viabilidad técnica, jurídica y financiera de celebrar determinado negocio jurídico en específico.

Sin perjuicio de lo anterior, –dentro de los límites de sus atribuciones– la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente realizará algunas consideraciones sobre los siguientes temas: i) régimen contractual de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado; y ii) obligaciones transversales a las entidades exceptuadas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública o que cuentan con un régimen contractual especial; y, iii) el deber de publicidad de la información oficial de la contratación que se realice con recursos públicos.

La Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente– unificó su doctrina sobre el deber de las entidades exceptuadas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –o con régimen especial– de publicar sus actuaciones contractuales en el SECOP, en el concepto CU-003 del 15 de enero de 2020. Además, se ha referido previamente al régimen contractual de las empresas industriales y comerciales del Estado, según desarrollen o no sus actividades en competencia con el sector privado o en mercados regulados, en los conceptos 2201913000009314 del 17 de diciembre de 2019 –dentro del radicado 4201913000001662, C–251 del 27 de mayo de 2020, C-280 del 6 de julio de 2020, C–253 del 2 de junio de 2021, C–616 del 3 de noviembre de 2021 y C-176 del 6 de abril de 2022. Las tesis desarrolladas en estos conceptos se complementarán y actualizarán a continuación con la respuesta a la consulta objeto de análisis.

2.1. El régimen contractual de las empresas industriales y comerciales del Estado

Dentro de la estructura de la Administración pública se encuentran las entidades descentralizadas por servicios, y dentro de dicha categoría se ubican las empresas industriales y comerciales del Estado, las cuales –sin perjuicio del control de tutela– tienen personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio. Estas entidades, como su nombre lo indica, se caracterizan por desarrollar actividades de carácter industrial o comercial. Así, por ejemplo, son empresas industriales y comerciales del Estado la Imprenta Nacional de Colombia, Coljuegos, Indumil, la Caja Promotora de Vivienda Militar y de Policía, Colpensiones, entre otras.

Las empresas industriales y comerciales del Estado –en adelante EICE–, bajo la denominación de entidades estatales, quedaron sometidas al Estatuto General de Contratación



DEPARTAMENTO
NACIONAL DE PLANEACIÓN

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente

Tel. [601] 7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



www.colombiacompra.gov.co

Versión:

02

Código:

CCE-PQRSD-FM-08

Fecha:

28 de septiembre de 2022

Página 6 de 21

Compartido por:



FORMATO PQRS

Código: CCE-PQRS-FM-08

Versión: 02 DEL 28 DE SEPTIEMBRE DE 2022

Agencia Nacional de Contratación Pública



Colombia Compra Eficiente

de la Administración Pública –Ley 80 de 1993, artículo 2, numeral 1, literal a–². Posteriormente, la Ley 489 de 1998³, mediante el cual se regula la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, en su artículo 93 estableció el régimen jurídico aplicable a los contratos celebrados por las empresas industriales y comerciales del Estado, como sigue:

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

No obstante las dificultades hermenéuticas que suscitaba la disposición anterior, el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007 –modificado por el artículo 93 de la Ley 1474 de 2011–dispuso un régimen exceptivo de aplicación del derecho privado para la actividad contractual de las EICE que ejercen su actividad en competencia con el sector público o privado, o en mercados regulados, quedando las otras EICE dentro del ámbito de aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública⁴. Así, la norma vigente respecto a su régimen contractual establece:

² El estatuto estableció como regla general para la selección del contratista la licitación pública o el concurso público, con algunas excepciones en las cuales la selección se haría mediante el procedimiento de contratación directa, entre ellas, la prevista en el literal m) del numeral 1 del artículo 24: «m) Los actos y contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las empresas industriales y comerciales estatales y de las sociedades de economía mixta, con excepción de los contratos que a título enunciativo identifica el artículo 32 de esta ley», o sea, los de obra, consultoría, prestación de servicios, concesión, encargos fiduciarios y fiducia pública, que se regirían por la regla general, salvo los casos de menor cuantía –previstos en el ordinal a), numeral 1 del artículo 24, original, de la Ley 80 de 1993–. Además, en el párrafo del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, se señaló que «en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2º de este artículo (...) se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales».

³ El artículo 85 de la ley 489 de 1998 definió a las empresas industriales y comerciales del Estado como «organismos creados por la ley o autorizados por ésta, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial y de gestión económica conforme a las reglas del Derecho Privado, salvo las excepciones que consagra la ley, y que reúnen las siguientes características: a) Personería jurídica; b) Autonomía administrativa y financiera; c) Capital independiente, constituido totalmente con bienes o fondos públicos comunes, los productos de ellos, o el rendimiento de tasas que perciban por las funciones o servicios, y contribuciones de destinación especial en los casos autorizados por la Constitución [...]».

⁴ Sin perjuicio de la regla indicada, es importante señalar que el literal g, numeral 2, artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, prevé como causal de selección abreviada: «Los actos y contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las Empresas Industriales y Comerciales Estatales y de las Sociedades de Economía Mixta, con excepción de los contratos que a título enunciativo identifica el artículo 32



DEPARTAMENTO
NACIONAL DE PLANEACIÓN

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente

Tel. (601) 7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



www.colombiacompra.gov.co

Versión:

02

Código:

CCE-PQRS-FM-08

Fecha:

28 de septiembre de 2022

Página 7 de 21

Compartido por:



FORMATO PQRS

Código: CCE-PQRS-FM-08

Versión: 02 DEL 28 DE SEPTIEMBRE DE 2022

Agencia Nacional de Contratación Pública



Colombia Compra Eficiente

«Artículo 14. Del régimen contractual de las empresas industriales y comerciales del estado, las sociedades de economía mixta, sus filiales y empresas con participación mayoritaria del estado. Las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, las Sociedades de Economía Mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), sus filiales y las Sociedades entre Entidades Públicas con participación mayoritaria del Estado superior al cincuenta por ciento (50%), estarán sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, con excepción de aquellas que desarrollen actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, nacional o internacional o en mercados regulados, caso en el cual se registrarán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a sus actividades económicas y comerciales, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 13 de la presente ley. Se exceptúan los contratos de ciencia y tecnología, que se registrarán por la Ley 29 de 1990 y las disposiciones normativas existentes⁵.»

El sometimiento parcial de las empresas industriales y comerciales del Estado al régimen de derecho privado, se ha justificado por «la necesidad de que en su actividad industrial y comercial, tradicionalmente ajena al Estado y propia de los particulares, ellas actúen en términos equivalentes a éstos cuando realicen actividades similares, sin tener prerrogativas exorbitantes que atenten contra el derecho a la igualdad ni estar sujetas a procedimientos administrativos que entraben sus actuaciones y las pongan en situación de desventaja frente a sus competidores [...]. Por ello, la regla general es que en sus actos y contratos rijan las normas de derecho privado, salvo en cuanto a sus relaciones con la administración [otras Entidades Estatales -convenios o contratos interadministrativos] y en aquellos casos en los que por expresa disposición legal

de la Ley 80 de 1993 [obra, concesión, prestación de servicios, consultoría, fiducia pública]». g) Los actos y contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las Empresas Industriales y Comerciales Estatales y de las Sociedades de Economía Mixta, con excepción de los contratos que a título enunciativo identifica el artículo 32 de la Ley 80 de 1993. Por su parte, el Decreto 1082 del 2015, artículo 2.2.1.2.1.2.24, prescribió: «Contratación de empresas industriales y comerciales del Estado. Las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta, sus filiales y las empresas en las cuales el Estado tenga más del cincuenta por ciento (50%) del capital social que no se encuentren en situación de competencia, deben utilizar el procedimiento de selección abreviada de menor cuantía para los contratos que tengan como objeto su actividad comercial e industrial, salvo para los contratos de obra pública, consultoría, prestación de servicios, concesión, encargo fiduciario y fiducia pública para los cuales se aplicará la modalidad que corresponda».

⁵ El artículo 14 original de la Ley 1150 de 2007 excluía además aquellas cuya actividad se realizaba en «mercados monopolísticos», pero, con buen tino, se eliminó en el artículo 93 de la Ley 1474 de 2011, pues en ese caso no se está en presencia de los fundamentos que soportan la excepción de no aplicar el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, cual es la «competencia y el libre juego del mercado».



DEPARTAMENTO
NACIONAL DE PLANEACIÓN

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente

Tel. (601) 7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



www.colombiacompra.gov.co

Compartido por:



FORMATO PQRS

Código: CCE-PQRS-FM-08

Versión: 02 DEL 28 DE SEPTIEMBRE DE 2022

Agencia Nacional de Contratación Pública



Colombia Compra Eficiente

ejerzan alguna función administrativa, puesto que allí sí deberá dar aplicación a las reglas de derecho público pertinentes [...]»⁶. (corchetes fuera de texto)

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

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

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

Ahora bien, es importante destacar, que el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 93 de la Ley 1474 de 2011, esclareció las dudas que producía el confuso artículo 93 de la Ley 489 de 1998 a propósito del régimen contractual de estas entidades. Por lo tanto, las empresas industriales y comerciales del Estado, las Sociedades de Economía Mixta, sus filiales y las Sociedades entre Entidades Públicas en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), están sometidas, por regla general, al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, excepto aquellas EICE que: i) desarrollen actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, nacional o internacional o ii) desarrollen actividades en mercados regulados, eventos en los cuales ellas se rigen por las disposiciones que regulen su actividad. Lo anterior, sin perjuicio de dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, esto es, del deber que le incumbe a la EICE de aplicar, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa

⁶ Consejo de Estado. Sección Tercera, Sentencia del 19 de agosto de 2004 Exp. 12.342, reiterada en sentencia de 6 de febrero de 2006, Exp. 13.414.



DEPARTAMENTO
NACIONAL DE PLANEACIÓN

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente

Tel. (601) 7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



www.colombiacompra.gov.co

Compartido por:



FORMATO PQRS

Código: CCE-PQRS-FM-08

Versión: 02 DEL 28 DE SEPTIEMBRE DE 2022

Agencia Nacional de Contratación Pública



Colombia Compra Eficiente

y de la gestión fiscal consagrados en los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal⁷.

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

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

2.2. Regímenes especiales en la contratación estatal. Excepciones al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública: derecho privado matizado por las reglas y principios del derecho administrativo

⁷ Ley 1150 de 2007, artículo 13: «Principios generales de la actividad contractual para entidades no sometidas al estatuto general de contratación de la administración pública. Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal».



DEPARTAMENTO
NACIONAL DE PLANEACIÓN

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente

Tel. (601) 7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



www.colombiacompra.gov.co

Versión:

02

Código:

CCE-PQRS-FM-08

Fecha:

28 de septiembre de 2022

Página 10 de 21

Compartido por:



FORMATO PQRS

Código: CCE-PQRS-FM-08

Versión: 02 DEL 28 DE SEPTIEMBRE DE 2022

Agencia Nacional de Contratación Pública



Colombia Compra Eficiente

Las entidades de régimen especial son aquellas que, por expresa disposición legal y por su naturaleza o situación de competencia, tienen condiciones diferenciales respecto de la normativa de contratación pública. Esto quiere decir que no están sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, y por ende sus procedimientos contractuales tienen su normativa propia para su desarrollo, esto es, el derecho privado, lo cual está determinado en las normas de creación de las entidades de régimen especial y en sus manuales de contratación. Esto es lo que sucede con algunas de las EICE, que de acuerdo con lo establecido en el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007, se encuentren exceptuadas de aplicar el EGCAP, conforme se explicó en el numeral anterior.

Teniendo en cuenta que las entidades de régimen especial están facultadas legalmente para aplicar reglas distintas a las establecidas en la Ley 80 de 1993 y sus normas complementarias, su régimen contractual estará definido en la norma que crea el régimen especial y será desarrollado en el manual de contratación de la respectiva entidad, con el fin de que se puedan identificar las reglas que aplican en la contratación. La Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente expidió la Guía para las entidades estatales con régimen especial de contratación, que las define como aquellas que contratan con un régimen distinto a las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007⁸.

No obstante, las entidades de régimen especial cumplen una finalidad pública y utilizan recursos públicos para lograrlo, por lo que no son ajenas a los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, entre otras reglas dispuestas en la normativa de contratación pública que son transversales a todas las entidades, sin importar su régimen contractual. Lo anterior es reafirmado por el Consejo de Estado, que destaca las reglas que sigue la contratación de las entidades de régimen especial:

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

⁸ Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente. Guía para las Entidades Estatales con régimen especial de contratación: «Entidad Estatal de régimen especial: Entidad Estatal que realiza sus Procesos de Contratación con un régimen distinto al previsto en las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007».



DEPARTAMENTO
NACIONAL DE PLANEACIÓN

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente

Tel. (601) 7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



www.colombiacompra.gov.co

Versión:

02

Código:

CCE-PQRS-FM-08

Fecha:

28 de septiembre de 2022

Página 11 de 21

Compartido por:



FORMATO PQRS

Código: CCE-PQRS-FM-08

Versión: 02 DEL 28 DE SEPTIEMBRE DE 2022

Agencia Nacional de Contratación Pública



Colombia Compra Eficiente

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 transparencia y en general los demás valores propios de la gestión de lo público⁹.»

Teniendo en cuenta que las entidades de régimen especial administran recursos públicos, sus manuales de contratación deben ceñirse a unas reglas mínimas que garanticen el cumplimiento de los principios de la función pública, el control fiscal y los principios rectores de la contratación estatal. Dentro de estas reglas deben indicar el contenido de las propuestas y los procedimientos de selección, llevar una descripción precisa del procedimiento, los plazos de las etapas y los criterios de evaluación y desempate, y todos los criterios necesarios para garantizar la selección objetiva y la protección del interés general. Lo anterior, sin perjuicio de que algunas de estas reglas se establezcan, complementen o detallen en los documentos que se expiden en desarrollo de sus procedimientos contractuales.

Así mismo, estas entidades deben cumplir unas obligaciones transversales a la contratación pública, entre ellas la elaboración del Plan Anual de Adquisiciones, la publicación de sus procedimientos de selección a través de la herramienta SECOP —en la sección Régimen Especial—, hacer uso del clasificador de bienes y servicios de las Naciones Unidas, reportar inhabilidades e incompatibilidades de los proveedores de la entidad y analizar el sector económico de los oferentes, entre otras. En particular, en relación con este asunto en la «Guía para las Entidades Estatales con régimen especial de Contratación», por ser relevante para la consulta se señaló lo siguiente:

«Por otra parte, la normativa del Sistema de Compra Pública incluye algunas normas transversales a todas las Entidades Estatales, que son de obligatorio cumplimiento

⁹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Radicado No. 45.607 del 24 de octubre de 2016. Consejera Ponente: María Nubia Velásquez Rico.



DEPARTAMENTO
NACIONAL DE PLANEACIÓN

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente

Tel. (601) 7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



www.colombiacompra.gov.co

Versión:

02

Código:

CCE-PQRS-FM-08

Fecha:

28 de septiembre de 2022

Página 12 de 21

Compartido por:



FORMATO PQRS

Código: CCE-PQRS-FM-08

Versión: 02 DEL 28 DE SEPTIEMBRE DE 2022

Agencia Nacional de Contratación Pública



Colombia Compra Eficiente

para las Entidades Estatales de régimen especial. Entre estas se encuentran las siguientes:

B. Decreto 1082 de 2015

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

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

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

Por último, deben tener en cuenta la obligación de adoptar un manual de contratación con base en los lineamientos que expide Colombia Compra Eficiente (artículo 2.2.1.2.5.3.)»¹⁰.

Además, se debe tener en cuenta que las cláusulas excepcionales no están contempladas en el derecho común. Estas se encuentran limitadas no solo al uso del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública sino a algunos tipos de contratos específicos. En ese sentido, la única forma en que una entidad sujeta a un régimen especial pueda usar estas cláusulas es si su norma de creación lo establece, como sucede con las empresas sociales del Estado. De modo que, si una Entidad sujeta al régimen especial requiere sancionar o dar por terminado el contrato, por regla general, debe acudir al juez competente¹¹.

¹⁰ COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. «Guía para las Entidades Estatales con régimen especial de Contratación» Identificada con la referencia G-EEREC-01 y publicada en el siguiente enlace: https://colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_guia_regimen_especial.pdf

¹¹ Sobre las entidades de régimen especial, se puede consultar su definición y un listado aproximado de este tipo de entidades en: BARRETO MORENO, Antonio A. El derecho de la compra pública. Legis - Universidad de la Sabana, primera edición, Bogotá, 2019.



DEPARTAMENTO
NACIONAL DE PLANEACIÓN

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente

Tel. (601) 7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



www.colombiacompra.gov.co

Versión:

02

Código:

CCE-PQRS-FM-08

Fecha:

28 de septiembre de 2022

Página 13 de 21

Compartido por:



FORMATO PQRS

Código: CCE-PQRS-FM-08

Versión: 02 DEL 28 DE SEPTIEMBRE DE 2022

Agencia Nacional de Contratación Pública



Colombia Compra Eficiente

2.3. Manual o reglamento interno de contratación de las entidades de régimen especial: límites derivados de la reserva de ley y forma de llenar sus vacíos

Según se indicó anteriormente, las entidades estatales que, por disposición legal, cuentan con un régimen especial¹², exceptuado del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y normas complementarias¹³– pueden expedir un reglamento interno de contratación –comúnmente denominado *manual de contratación*–, que regule aspectos asociados a la actividad contractual, como los procedimientos de selección, los requisitos de participación, las condiciones de ejecución del contrato, etc. En otras palabras, el manual de contratación de las entidades exceptuadas es un acto administrativo y, de manera más concreta, un reglamento, pues, además de consistir en una manifestación unilateral de voluntad efectuada por la Entidad Estatal, en ejercicio de función administrativa, dirigida a producir efectos jurídicos, tiene vocación de permanencia en el tiempo. Esto significa que el manual de contratación despliega sus efectos de manera indefinida en el futuro, no agotándose con una sola aplicación.

Sin embargo, la libertad de configuración reglamentaria de las entidades estatales, expresada en el manual de contratación, no es absoluta, ya que, a pesar de que están facultadas para regular ciertos temas relacionados con la actividad contractual, deben hacerlo respetando la reserva legal de la que gozan ciertas materias. En tal sentido, asuntos como: i) los requisitos de existencia y validez del contrato, ii) sanciones, sin perjuicio de las que pueden pactar de acuerdo con las normas civiles y comerciales, iii) procedimientos para su imposición, iv) causales de inhabilidad e incompatibilidad, v) el principio de anualidad del gasto, y vi) restricciones al acceso a la administración de justicia para discutir las controversias contractuales, son, entre

¹² Es el caso de: i) las empresas sociales del Estado (art. 195, num. 6, Ley 100/1993), ii) las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios (arts. 31 y 32, Ley 142/94); iii) las empresas industriales y comerciales del Estado, sociedades públicas y sociedades de economía mixta con capital público mayoritario, siempre que las tres entidades mencionadas anteriormente se encuentren en competencia con el sector público o privado, a nivel nacional o internacional, o ejerzan su actividad en un mercado regulado (art. 14, Ley 1150/07); iv) las universidades públicas (art. 93, Ley 30/92); entre otras.

¹³ Leyes que, a su vez, han sido modificadas por otras posteriores, como las Leyes 1474 de 2011 y 1882 de 2018, entre otras. Así mismo, se recuerda que el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública se encuentra reglamentado actualmente por el Decreto 1082 de 2015.



DEPARTAMENTO
NACIONAL DE PLANEACIÓN

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente

Tel. [601] 7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



www.colombiacompra.gov.co

Versión: 02

Código: CCE-PQRS-FM-08

Fecha: 28 de septiembre de 2022

Página 14 de 21

Compartido por:



FORMATO PQRS

Código: CCE-PQRS-FM-08

Versión: 02 DEL 28 DE SEPTIEMBRE DE 2022

Agencia Nacional de Contratación Pública



Colombia Compra Eficiente

otros, temas cuya regulación está reservada al legislador y que, por tanto, las entidades exceptuadas no pueden reglamentar en su manual de contratación¹⁴.

Ahora bien, ¿a qué normas deben acudir las entidades estatales y los interesados, cuando se presenten lagunas jurídicas –es decir, vacíos o ausencia de regulación de ciertos temas–¹⁵, en los manuales de contratación de las entidades de régimen especial? Como lo establece la «Guía para las Entidades Estatales con régimen especial de Contratación»¹⁶, proferida por esta Agencia, en principio, la actividad contractual de las entidades excluidas de la aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública «se somete a las reglas del derecho privado». En consecuencia, si bien deben cumplir algunas obligaciones transversales propias del sistema de compra pública, señaladas en dicha guía y que se mencionaron en el

¹⁴ Así lo sostuvo el Consejo de Estado: «Esta Sala, en sentido contrario al del tribunal, recuerda que las normas que establecen la manera como se perfecciona un contrato son de orden público, por tanto indisponibles por las partes, así que para las entidades excluidas de la Ley 80, un contrato existe si cumple las exigencias del ordenamiento privado; ni siquiera las del manual de contratación que expide cada hospital, ni las que prevean las partes en un contrato específico, porque los últimos no pueden reducirlas o adicionarlas, puesto que semejante acuerdo adolecerá de nulidad, al transgredir el derecho público de la nación.

»Lo anterior explica por qué en el derecho privado las partes no pueden condicionar la existencia de un contrato, que por ley sea consensual, al hecho de que conste por escrito; ni uno que requiere escritura pública al hecho de que el acuerdo verbal sea suficiente. Esto significa que si la ley impuso formalidades especiales para que exista un contrato, las partes no sólo no pueden obviarlas, sino que tampoco las pueden incrementar o adicionar; y a la inversa, si la ley no estableció formalidades especiales para que exista determinado negocio, las partes no las pueden crear con ese propósito –aunque sí podrían hacerlo para otros efectos, pero no para que exista el acuerdo de voluntades-. Lo expresado hasta ahora debe entenderse en los siguientes sentidos:

»a. Si la norma aplicable al contrato es la Ley 80, los requisitos de perfeccionamiento son los que ella establezca; de manera que las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad –que autorizan los arts. 13, 32 y 40- no pueden atenuar ni hacer más exigentes los que contempla.

»b. Si la norma aplicable al contrato estatal es el derecho privado más los principios de la función administrativa, los requisitos de perfeccionamiento también son los que aquél establezca; por tanto, las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, tampoco pueden atenuar ni hacer más exigentes los que contempla.

»c. Si la entidad excluida de Ley 80 profirió un reglamento o manual de contratación, para señalar con certidumbre la manera como contratará los bienes, obras y servicios de su interés, los requisitos de perfeccionamiento de sus contratos tampoco son disponibles por ese estatuto, porque esta materia está reservada a la ley. Por tanto, cuándo existe un contrato es un aspecto que define el derecho privado, y la entidad no lo puede alterar, ni para atenuar ni para hacer más exigentes los requisitos» (Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 8 de abril de 2014. Exp. 25.801 C.P. Enrique Gil Botero).

¹⁵ Sobre el concepto de *lagunas* en el sistema normativo, es decir, de *vacíos* de regulación, puede verse: GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. *Filosofía del Derecho*. 17ª ed. México: Porrúa, 2011. pp. 222-245.

¹⁶ Identificada con la referencia G-EEREC-01 y publicada en el siguiente enlace: https://colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_guia_regimen_especial.pdf



DEPARTAMENTO
NACIONAL DE PLANEACIÓN

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente

Tel. [601] 7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



www.colombiacompra.gov.co

Versión:

02

Código:

CCE-PQRS-FM-08

Fecha:

28 de septiembre de 2022

Página 15 de 21

Compartido por:



FORMATO PQRS

Código: CCE-PQRS-FM-08

Versión: 02 DEL 28 DE SEPTIEMBRE DE 2022

Agencia Nacional de Contratación Pública



Colombia Compra Eficiente

numeral anterior, el régimen jurídico de base es el derecho privado, o sea el integrado por los preceptos civiles y comerciales.

Sin embargo, para determinar el método hermenéutico que ha de seguirse al momento de llenar el vacío de regulación presente en los manuales de contratación de las entidades con régimen especial, el operador jurídico debe indagar sobre en qué materia existiría una laguna. Ello por cuanto existen *tres* remisiones legales, que deben interpretarse sistemáticamente: i) la que efectúa hacia el derecho privado la norma legal que constituye el régimen especial de la entidad correspondiente –por ejemplo, el artículo 31 de la Ley 142 de 1994 o el artículo 195, numeral 6, de la Ley 100 de 1993, por mencionar solo estos dos casos–; ii) la que prevén los artículos 2, 34 y 47 de la Ley 1437 de 2011, los cuales disponen que las normas de la primera parte del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –CPACA– deben aplicarse en ausencia de lo establecido en leyes especiales; y iii) la que establece el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 respecto de la aplicación de los principios de la función administrativa –artículo 209 C.P.– y de la gestión fiscal –artículo 267 C.P.–, así como del régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto para la contratación estatal.

En consecuencia, si el manual de contratación de la entidad de régimen especial no prevé normas –es decir, si tiene vacíos–¹⁷ sobre: i) los elementos de existencia y validez del contrato, ii) los vicios que pueden generar su anulación, iii) la tipología de los negocios jurídicos, iv) los criterios de interpretación de las estipulaciones contractuales, v) el concepto y los requisitos de la oferta, vi) las formas de extinción de las obligaciones, vii) la responsabilidad contractual, y otras materias similares relacionadas con el régimen sustantivo del contrato, la ausencia de tales disposiciones en el reglamento interno de contratación de la entidad exceptuada debe suplirse con las normas del Código Civil y del Código de Comercio¹⁸, con la costumbre mercantil¹⁹ y con

¹⁷ Bien por la reserva legal de las materias o porque no las reguló.

¹⁸ El artículo 1º del Código de Comercio establece que: «Los comerciantes y los asuntos mercantiles se regirán por las disposiciones de la ley comercial, y los casos no regulados expresamente en ella serán decididos por analogía de sus normas»; mientras que el artículo 2º señala que: «En las cuestiones comerciales que no pudieren regularse conforme a la regla anterior, se aplicarán las disposiciones de la legislación civil». Esto significa que en el derecho privado las normas comerciales prevalecen sobre las civiles en asuntos mercantiles.

¹⁹ «La costumbre mercantil tendrá la misma autoridad que la ley comercial, siempre que no la contraríe manifiesta o tácitamente y que los hechos constitutivos de la misma sean públicos, uniformes y reiterados en el lugar donde hayan de cumplirse las prestaciones o surgido las relaciones que deban regularse por ella.

»En defecto de costumbre local se tendrá en cuenta la general del país, siempre que reúna los requisitos exigidos en el inciso anterior» (art. 3 del Código de Comercio).



DEPARTAMENTO
NACIONAL DE PLANEACIÓN

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente

Tel. [601] 7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



www.colombiacompra.gov.co

Versión:

02

Código:

CCE-PQRS-FM-08

Fecha:

28 de septiembre de 2022

Página 16 de 21

Compartido por:



FORMATO PQRS

Código: CCE-PQRS-FM-08

Versión: 02 DEL 28 DE SEPTIEMBRE DE 2022

Agencia Nacional de Contratación Pública



Colombia Compra Eficiente

los principios generales que rigen las relaciones contractuales de los particulares, que ingresan dentro de la categoría de la *lex mercatoria*²⁰.

Por el contrario, si el vacío del manual de contratación tiene que ver con asuntos asociados a los procedimientos administrativos, como: i) la forma de iniciar la actuación administrativa, ii) los derechos y deberes de las entidades y de los particulares en los procedimientos administrativos, iii) el trámite de las peticiones, iv) la notificación, comunicación o publicación de los actos administrativos, v) la presunción de legalidad, firmeza y ejecutoriedad de los actos administrativos, vi) los recursos contra los actos administrativos, etc. –asuntos que, como se dijo, gozan de reserva de ley–, la entidad de régimen especial debe aplicar el principio de subsidiariedad previsto en los artículos 2, 34 y 47 de la Ley 1437 de 2011; o sea, debe llenar tales lagunas con las normas de la primera parte del CPACA.

De otro lado, si lo que falta en el manual –precisamente porque está reservado a la ley– son normas que regulen las inhabilidades e incompatibilidades, en este caso sí se debe acudir a las disposiciones que las consagran y que establecen sus consecuencias, tanto en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, como en leyes complementarias.

En síntesis, los vacíos de los manuales de contratación de las entidades con régimen especial no siempre se llenan de la misma manera, pues ello depende de las materias sobre las cuales exista ausencia de regulación en dicho reglamento interno. En tal sentido, sin perjuicio del deber de cumplir ciertas obligaciones transversales a la contratación pública, los vacíos en los aspectos sustantivos y en la regulación del contrato se deben llenar con las normas civiles y comerciales, según el caso; los que tengan que ver con asuntos relacionados con el procedimiento administrativo se deben integrar con las normas de la primera parte del CPACA; los relacionados con las normas sobre inhabilidades e incompatibilidades, con las disposiciones que las regulen, contenidas bien sea en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública o en leyes complementarias. Finalmente, pero no por ello menos importante, los vacíos en la definición o alcance de los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal –a los que aluden los artículos 209 y 267 de la Constitución– deben llenarse con una interpretación integral de la carta política, así como con la jurisprudencia constitucional que exista sobre la materia, emanada de la Corte Constitucional o del Consejo de Estado –cuando actúe como tribunal constitucional–.

²⁰ Dentro de tales principios se encuentran, por ejemplo, los principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales. Ver: <https://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2010/blackletter2010-spanish.pdf>



DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente
Tel. (601) 7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



www.colombiacompra.gov.co

Compartido por:



FORMATO PQRS

Código: CCE-PQRS-FM-08

Versión: 02 DEL 28 DE SEPTIEMBRE DE 2022

Agencia Nacional de Contratación Pública



Colombia Compra Eficiente

3. Respuesta

«[...] 2. ¿una empresa industrial y comercial del estado, cuyo régimen de acciones es el privado y por ende tiene manual de contratación propio, todos sus contratos deben regirse por el manual o existen algunos contratos que deba celebrar que deben regirse por el estatuto general de la contratación, como por ejemplo el equipo de cómputo para la oficina que abastece para el funcionamiento administrativo de la empresa?»

3. Informar ¿cuáles contratos que celebren las empresas industriales y comerciales del estado deben regirse por el estatuto general de la contratación y cuáles contratos deben regirse por manual de contratación de la empresa? [...]

5. ¿cuáles son los límites al manual de contratación de una empresa industrial y comercial del estado, con relación a los montos establecidos en cada modalidad contractual? O si por el contrario, en el manual se puede establecer cualquier monto en cualquiera de las modalidades de contratación.

6. ¿Que debe entenderse por actividades en competencia con sector privado en las empresas industriales y comerciales del estado para que sean un régimen privado?»

De acuerdo con las consideraciones previamente realizadas y, en armonía con las competencias de esta Agencia señaladas al inicio de este concepto, se precisa que el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 93 de la Ley 1474 de 2011, actualmente regula el régimen contractual de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado –EICE–. En este sentido, las empresas industriales y comerciales del Estado, las Sociedades de Economía Mixta, sus filiales y las Sociedades entre Entidades Públicas en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), están sometidas, por regla general, al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –EGCAP–, excepto aquellas que: i) desarrollen actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, nacional o internacional o ii) desarrollen actividades en mercados regulados, eventos en los cuales ellas se rigen por las disposiciones que regulen su actividad. Lo anterior, sin perjuicio de dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, esto es, del deber que le incumbe a las EICE exceptuadas del EGCAP de aplicar, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal consagrados en los artículos 209 y 267 de la



DEPARTAMENTO
NACIONAL DE PLANEACIÓN

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente

Tel. (601) 7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



www.colombiacompra.gov.co

Versión:

02

Código:

CCE-PQRS-FM-08

Fecha:

28 de septiembre de 2022

Página 18 de 21

Compartido por:



FORMATO PQRS

Código: CCE-PQRS-FM-08

Versión: 02 DEL 28 DE SEPTIEMBRE DE 2022

Agencia Nacional de Contratación Pública



Colombia Compra Eficiente

Constitución Política, y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal²¹.

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

De conformidad con las explicaciones anteriores, en torno a los fundamentos jurídicos que regulan el régimen contractual aplicable a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, a cada Entidad Estatal le corresponde analizar si se encuentra en alguno de los supuestos establecidos en el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007, para definir si su régimen contractual es el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública o si están exceptuadas de él y, por tanto, si se rigen por un régimen especial, como sería el derecho privado. En caso de que la EICE se rija por el EGCAP le resultará aplicable el Decreto 1082 de 2015; no obstante, en caso de que se rija por el derecho privado, el Decreto 1082 de 2015, en principio no les resultará aplicable, salvo aquellas disposiciones que excepcionalmente le resulten aplicables incluso a las entidades de régimen especial, como se analizó en el numeral 2.2. de este concepto, donde se señaló que incluso estas entidades deben cumplir unas obligaciones transversales a la contratación pública, entre ellas la elaboración del Plan Anual de Adquisiciones, la publicación de sus procedimientos de selección a través de la herramienta SECOP —en la sección Régimen Especial—, hacer uso del clasificador de bienes y servicios de las Naciones Unidas, reportar inhabilidades e incompatibilidades de los proveedores de la entidad y analizar el sector

²¹ Ley 1150 de 2007, artículo 13: «Principios generales de la actividad contractual para entidades no sometidas al estatuto general de contratación de la administración pública. Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal».



DEPARTAMENTO
NACIONAL DE PLANEACIÓN

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente

Tel. (601) 7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



www.colombiacompra.gov.co

Versión:

02

Código:

CCE-PQRS-FM-08

Fecha:

28 de septiembre de 2022

Página 19 de 21

Compartido por:



FORMATO PQRS

Código: CCE-PQRS-FM-08

Versión: 02 DEL 28 DE SEPTIEMBRE DE 2022

Agencia Nacional de Contratación Pública



Colombia Compra Eficiente

económico de los oferentes, entre otras, como se señala en la «Guía para las Entidades Estatales con régimen especial de Contratación»²².

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,

Original Firmado
Nohelia del Carmen Zawady Palacio

Nohelia del Carmen Zawady Palacio
Subdirectora de Gestión Contractual ANCP-CCE

²² En dicha Guía se establece lo siguiente: «Por otra parte, la normativa del Sistema de Compra Pública incluye algunas normas transversales a todas las Entidades Estatales, que son de obligatorio cumplimiento para las Entidades Estatales de régimen especial. Entre estas se encuentran las siguientes:

[...]

»B. Decreto 1082 de 2015

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

»Con base en esta norma, las Entidades Estatales de régimen especial, como parte del Sistema de Compra Pública (artículo 2.2.1.1.2.1.), deben procurar el logro de los objetivos del Sistema definidos por Colombia Compra Eficiente (artículo 2.2.1.1.1.1.); elaborar y publicar su Plan Anual de Adquisiciones (artículo 2.2.1.1.4.1.); enviar mensualmente a las cámaras de comercio la información relativa a la inhabilidad por incumplimiento reiterado (artículo 2.2.1.1.5.7.); realizar análisis del sector y de Riesgos (artículos 2.2.1.1.6.1. y 2.2.1.1.6.3.); y, publicar su actividad contractual en el Secop (artículo 2.2.1.1.7.1.).

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

»Por último, deben tener en cuenta la obligación de adoptar un manual de contratación con base en los lineamientos que expide Colombia Compra Eficiente (artículo 2.2.1.2.5.3.)» (COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Guía para las Entidades Estatales con régimen especial de Contratación. Identificada con la referencia G-EEREC-01 y publicada en el siguiente enlace: https://colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_guia_regimen_especial.pdf)



DEPARTAMENTO
NACIONAL DE PLANEACIÓN

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente

Tel. [601] 7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



www.colombiacompra.gov.co

Versión:

02

Código:

CCE-PQRS-FM-08

Fecha:

28 de septiembre de 2022

Página 20 de 21

Compartido por:



FORMATO PQRS

Código: CCE-PQRS-FM-08

Versión: 02 DEL 28 DE SEPTIEMBRE DE 2022



Agencia Nacional de Contratación Pública



Colombia Compra Eficiente

Elaboró: Gabriel Alejandro Murcia Taboada
Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual

Revisó: Any Alejandra Tovar Castillo
Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual

Aprobó: Nohelia del Carmen Zawady Palacio
Subdirectora de Gestión Contractual



DEPARTAMENTO
NACIONAL DE PLANEACIÓN

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente

Tel. [601] 7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



www.colombiacompra.gov.co

Versión: 02

Código: CCE-PQRS-FM-08

Fecha:

28 de septiembre de 2022

Página 21 de 21