

Panorama y análisis de la configuración legal y de la reglamentación interna de los Regímenes Especiales y Exceptuados de Contratación

Overview and analysis of the legal configuration and internal regulations of the Special and Excepted Contracting Regimes

Autor: John Eliécer Maldonado Rincón

DOI: <https://doi.org/10.25058/1794600X.2262>

Panorama y análisis de la configuración legal y de la reglamentación interna de los Regímenes Especiales y Exceptuados de Contratación*

Overview and analysis of the legal configuration and internal regulations of the Special and Excepted Contracting Regimes

Panorama e análise da configuração jurídica e do regimento interno dos Regimes Especiais e Excetuados de Contratação

John Eliécer Maldonado Rincón^a
jemrabogado@live.com

Fecha de recepción: 25 de abril de 2023
Fecha de revisión: 3 de mayo de 2023
Fecha de aceptación: 9 de mayo de 2023

DOI: <https://doi.org/10.25058/1794600X.2262>

Para citar este artículo:

Maldonado Rincón, E. (2023). Panorama y análisis de la configuración legal y de la reglamentación interna de los Regímenes Especiales y Exceptuados de Contratación. *Revista Misión Jurídica*, 16, (25), 217-244.

RESUMEN

Los regímenes especiales o exceptuados de contratación son instrumentos bajo los cuales se flexibilizan las normas de contratación estatal; sin embargo, se han convertido en regla general para la ejecución de recursos públicos en Colombia y un asunto problemático que genera interés de análisis.

En tal sentido, el presente escrito aborda el panorama general de los regímenes especiales o exceptuados de contratación, sus rasgos característicos y la normativa actual que los afecta. Se comentan las regulaciones que asignan regímenes especiales y exceptuados de contratación en los últimos años y la manera como en Bogotá D.C., y en algunas entidades del orden nacional, sujetas a regímenes especiales o exceptuados de contratación, plasman en sus políticas o manuales de contratación los diferentes aspectos para llevar a cabo sus contratos.

Se concluye con el análisis de los criterios para la fundamentación y consagración legal de regímenes especiales o exceptuados de contratación y, se identifican algunos aspectos que pueden aportar a mejorar la construcción de las políticas o manuales de contratación del régimen especial o exceptuado.

* Artículo de reflexión, a partir de la investigación doctoral "Reforma al sistema de contratación estatal colombiano; regímenes especiales, esquemas predominantes a redefinir para la adecuada ejecución de los recursos públicos".
a. Abogado de la Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca, especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Libre de Colombia, Magister en Administración y Derecho Público de la Universitat Rovira i Virgili - España, Doctor en Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid - España, servidor público, investigador; formador en materia de contratación y compras públicas.

PALABRAS CLAVE

Compras públicas; principios de la función administrativa; manual de contratación; régimen exceptuado; régimen especial; derecho público; derecho privado.

ABSTRACT

Special or exempt contracting regimes are instruments under which state contracting rules are relaxed, however, they have become the general rule of execution of public resources in Colombia and a problematic issue that generates interest to analyze.

In this sense, this paper addresses the general overview of special or exempt contracting regimes, their characteristic features and the current regulations that affect them. The regulations that assign special regimes and exempt from contracting in recent years are discussed, as well as the way in which Bogotá D.C and some national entities subject to special regimes or excepted from contracting reflect in their policies or contracting manuals the different aspects for carry out their contracts.

It concludes with the analysis with the criteria for the foundation and legal consecration of special or excepted contracting regimes and some aspects that can contribute to improve the construction of contracting policies or manuals of the special or excepted regime are identified.

KEYWORDS

Public procurement; principles of the administrative function; contracting manual; excepted regime; special regime; public law; private law.

RESUMO

Os regimes especiais ou isentos de adjudicação de contratos são instrumentos ao abrigo dos quais as regras em matéria de contratos públicos são flexibilizadas; no entanto, tornaram-se uma regra geral para a execução de recursos públicos na Colômbia e uma questão problemática que gera interesse para análise.

Nesse sentido, este artigo aborda o panorama geral dos regimes especiais ou isentos de contratação, suas características e

as regulamentações vigentes que os afetam. Os regulamentos que atribuem regimes especiais e isentos de contratação nos últimos anos e a forma como em Bogotá D.C., e em algumas entidades da ordem nacional, sujeitas a regimes de contratação especiais ou isentas, refletem em suas políticas ou manuais de contratação os diferentes aspectos para a realização de seus contratos.

Conclui com a análise dos critérios de fundamentação e consagração legal dos regimes especiais ou isentos de contratação e identifica alguns aspectos que podem contribuir para o aprimoramento da construção das apólices ou manuais de contratação do regime especial ou excetuado.

PALAVRAS CHAVE

Contratos públicos; princípios da função administrativa; manual de contratação; regime excepcionado; regime especial; direito público; direito privado.

INTRODUCCIÓN

La contratación estatal en Colombia ha estado gobernada y nutrida por un sinnúmero de cánones de tipo constitucional, legal, reglamentario, incluso de materias ajenas a su normativa natural. Ello ha llevado a que no sea de fácil manejo ni comprensión para los involucrados en los asuntos contractuales del Estado, por el alto volumen de información y normativa que ha de tenerse en cuenta, para adelantar la gestión de contratación, lo que involucra evidentes riesgos y responsabilidades legales que, por su omisión, desconocimiento o, errada aplicación, puedan emanar.

En este sentido y como una de las problemáticas de la contratación estatal en Colombia, apelando a los tiempos de cambio, bien merecería la pena analizar la forma como una gran cantidad de entidades estatales contratan y ejecutan sus recursos públicos. Hacerlo, implica estudiar la forma como en la normativa colombiana se han asignado regímenes especiales o exceptuados de contratación a nuevas entidades estatales o a fondos para la ejecución de planes, programas y proyectos bajo el derecho privado.

Echar de menos este asunto es darle la espalda a la correcta ejecución de los recursos públicos, al

llamado de la sociedad para que la contratación pública sea más transparente y accesible y, al cumplimiento irrestricto de los fines esenciales del Estado y de los principios de la función administrativa.

Por lo anterior, la finalidad de la investigación se centró en responder si para la correcta ejecución de recursos públicos y, para materializar la agilidad y eficiencia en los procesos contractuales de las entidades estatales, es necesario definir como regla general de contratación el derecho privado, que en su desarrollo dista de los principios de la función administrativa; y si la materialización de las reglas de las políticas, instructivos o manuales de contratación de las entidades de régimen exceptuado o especial, suponen la transposición de la Ley 80 de 1993 en contravía de la agilidad y eficiencia que debe predicarse de este tipo de regímenes.

Para este efecto, se aborda en primer lugar el panorama general de los regímenes especiales o exceptuados de contratación, sus rasgos característicos y la normativa actual que los afecta, se comentan las regulaciones que asignan regímenes especiales y exceptuados de contratación en los últimos años y la manera como en Bogotá D. C., y en algunas entidades del orden nacional, sujetas a regímenes especiales o exceptuados de contratación, regulan en sus manuales de contratación los diferentes aspectos para llevar a cabo su contratación.

Por lo que, para aportar en la solución a los problemas planteados, se define la manera o análisis para justificar la creación de regímenes especiales o exceptuados de contratación y, la identificación de aspectos que aporten a mejorar la construcción de los instructivos, políticas o manuales de contratación de régimen especial o exceptuado.

METODOLOGÍA

El estudio se abordó desde la metodología cualitativa y comparativa, en la que se describe la situación actual, las características y regulaciones de los regímenes especiales y exceptuados de contratación y, el estudio jurídico crítico de diferentes regímenes excepcionales y especiales de contratación, vistos desde la justificación de sus normas de creación y, desde sus políticas,

mandatos y regulaciones internas o manuales de contratación, con los cuales instrumentalizan la adquisición de bienes y servicios para cumplir con el objeto misional de las entidades que ostentan dichos regímenes de contratación.

Breve panorama de los regímenes especiales o exceptuados en la contratación pública en Colombia

La aplicación del derecho privado contractual por parte de entidades estatales o con participación estatal no es nuevo, data por lo menos del año 1968, cuando en el Decreto Ley 3130, artículo 34, se definió el régimen contractual de las empresas industriales y comerciales del Estado y de las sociedades de economía mixta, allí estipuló que para el desarrollo de su actividad no estarían sujetas a las formalidades de ley exigidas para el gobierno.

Posteriormente, el Decreto Ley 1670 de 1975, que sería el primer estatuto de contratación estatal colombiano y los subsiguientes, Decreto Ley 150 de 1976 y, el Decreto Ley 222 de 1983, también contemplaron el régimen especial o exceptuado de contratación para estos tipos de entidades estatales o con participación estatal. Ideas ratificadas en los años 90 con la Constitución Política de 1991, con la Ley 80 de 1993 y la necesidad en medio de la competencia económica por la apertura, de regímenes contractuales más eficaces y eficientes para los sectores descentralizados por servicios y demás nuevas entidades creadas en la estructura del Estado.

La Ley 80 de 1993 y sus modificaciones como normas actuales que contienen el estatuto general de contratación de la administración pública – EGCAP, son la regla general para la contratación de las entidades estatales a ella sometidas.

Sin embargo, existen sectores y entidades que no necesariamente aplican sus mandatos. A ellos se les denomina regímenes especiales o exceptuados de contratación, que pueden ser del orden nacional o territorial y han sido figuras que siempre han preocupado a entes de control y ciudadanía en general, por el alto volumen de recursos públicos que manejan y porque en su gran mayoría se desatiende a la convocatoria pública para contratar.

También se denomina regímenes especiales a la facultad de suscribir contratos o convenios que no se regulan en sus procedimientos o causales de contratación definidas en el EGCAP, sino por normas especiales propiamente dichas.

En consecuencia, puede entenderse por régimen especial o exceptuado de contratación, como la potestad legal que tienen las entidades estatales o con participación estatal de no aplicar las normas para la contratación y gestión de sus contratos, obviando todo o en parte lo regulado por el EGCAP, y que, por tanto, pueden contratar conforme lo realizan los particulares, aplicando el derecho civil y comercial o la normativa particular o especial que aplique al contrato o convenio especial.

Esta aplicación del derecho privado para contratar por parte de las entidades públicas tiene límites en lo normado en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, en cuanto ordena la aplicación de los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política de Colombia y el acatamiento del régimen de inhabilidades e incompatibilidades para contratar.

Los artículos 14, 15 y 16 de la Ley 1150 de 2007, consagran algunos de los regímenes especiales o exceptuados del EGCAP referidos a las entidades. Los demás pueden hallarse, por lo menos en lo que corresponde al nivel nacional, en más de 90 leyes y decretos leyes expedidos por el Congreso de la República y por el presidente de la república en uso de facultades extraordinarias.

Este documento de investigación no abordó la cantidad de normativa que asigna a entidades un régimen especial o exceptuado en el nivel territorial; sin embargo, tomando la información del portal www.datos.gov.co de un total de 6298 entidades estatales o que tienen participación estatal, tanto a nivel nacional como a nivel territorial, cerca de 1785 entidades del nivel territorial ostentan un régimen especial o exceptuado de contratación, en su mayoría, empresas sociales del Estado territoriales, empresas de servicios públicos domiciliarios oficiales y mixtas territoriales, empresas industriales y comerciales del Estado territoriales, sociedades de economía mixta territoriales, entes universitarios autónomos territoriales, entre otros. Y alrededor de 106 son las entidades

del nivel nacional que contratan bajo dichos regímenes, en su mayoría, sociedades de economía mixta, entes universitarios autónomos, empresas de servicios públicos oficiales y mixtas, entes autónomos e independientes, entre otras.

Al no aplicar la normativa del EGCAP, las entidades de régimen especial o exceptuado deben contar con políticas, instructivos o manuales de contratación, mediante los cuales materialicen los procesos, procedimientos, roles, responsabilidades y demás aspectos para llevar a cabo su contratación y darlos a conocer al público en garantía de lo definido en la ley de transparencia.

En tal sentido, las políticas o manuales de contratación son el pilar mediante el cual se concretarán los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal y el principio de legalidad como norte principal de su actuar y bajo el cual inclusive se derivarán y controlarán las responsabilidades siendo estos vinculantes y de obligatoria aplicación para estas.

Aspectos distintivos o característicos de los regímenes especiales o exceptuados de contratación

Por regla general los regímenes especiales o exceptuados de contratación son de origen constitucional o legal, de allí que le compete al Congreso de la República expedir el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y en especial el de la administración nacional. Ello conforme al inciso final del artículo 150 de la Constitución Política de Colombia. Por tanto, la creación de regímenes contractuales, inclusive de orden particular, se encuentra en cabeza del legislativo mediante la expedición de leyes, teniendo un margen de configuración amplio en tal sentido.

El derecho civil y el comercial nutren con sus disposiciones tanto al régimen del EGCAP como a los regímenes especiales o exceptuados, en el primero conforme la remisión del artículo 13 de la Ley 80 de 1993 y, en los segundos como normas naturales bajo las cuales se adelanta la contratación.

Los contratos o convenios de régimen especial tiene reglamentaciones un poco más detalladas, como ejemplo de ello se tiene, los contratos de

exploración y explotación de petróleo del Decreto 1056 de 1953; los contratos de exploración y explotación de hidrocarburos de propiedad de la Nación contenidos en el Decreto Ley 1760 de 2003; los convenios de apoyo del artículo 355 de la Constitución Política de Colombia, los de asociación de los artículos 95 y 96 de la Ley 489 de 1998, estos dos últimos reglamentados por el Decreto Autónomo Constitucional 092 de 2017; los de ciencia y tecnología del Decreto Ley 393 de 1991 y, del Decreto Ley 591 de 1991; y, los contratos de aporte del Decreto 2388 de 1979, entre otros.

Las entidades sometidas al EGCAP pueden suscribir contratos y convenios de régimen especial, sin que por ello se entienda que cambien de régimen contractual. En tal sentido pueden acudir a figuras como el convenio de cooperación del artículo 20 de la Ley 1150 de 2007, a los de asociación público-privada de la Ley 1508 de 2012 y, a los de ciencia y tecnología bajo la normativa citada, entre otros.

No es posible afirmar que existan regímenes especiales o exceptuados, puros o sujetos única y exclusivamente a las formalidades del derecho privado, pues la aplicación de los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal imponen cargas bajo normas de derecho público, así por ejemplo, no es admisible una plena e ilimitada manifestación de la voluntad de las entidades estatales como la ejercería el particular, por los controles que tienen en desarrollo de su objeto misional o legal, igualmente por las normas de orden presupuestal a ellas aplicables, que por ejemplo, imponen la existencia de contratos escritos, aun cuando los contratos verbales sean válidos en el derecho privado y se puedan celebrar sin los recursos del caso o sin mayor motivación.

A contrario sensu existen entidades de régimen especial o exceptuado que hacen uso de normativa privada y del EGCAP, ejemplo de ello los contratos que celebraba el Fondo Adaptación en virtud del Decreto Legislativo 4819 de 2010, modificado por el artículo 155 de la Ley 1753 de 2015 y por la Ley 1955 de 2019 en su artículo 46, frente al programa de reducción de la vulnerabilidad fiscal ante desastres y riesgos climáticos es decir sus recursos de inversión, que ejecutaban bajo derecho privado y en los cuales podían incluirse las cláusulas excepcionales al derecho común contenidas en la Ley 80 de 1993. En cambio, sus

recursos de funcionamiento los ejecutaban bajo el EGCAP, por lo que puede afirmarse que este fondo tenía un régimen contractual dual.

Igualmente en tipologías contractuales especiales que combinan normativa privada y del EGCAP, puede encontrarse los contratos del artículo 376 del Decreto Ley 1333 de 1986 entre entes territoriales y juntas de acción comunal, sociedades de mejora y ornato, juntas y asociaciones de recreación, defensa civil y usuarios, que estando sujetos al derecho privado, pueden incorporar cláusulas de interpretación, modificación y terminación unilaterales, multas, garantías, sujeción de los pagos a las apropiaciones presupuestales y caducidad del EGCAP.

De allí que también pueda afirmarse que los contratos de régimen especial o exceptuado, dada la trascendencia de ciertos objetos a contratar, pueden estar fuera del alcance procedimental de las reglas del EGCAP, de ello se tienen los de asociación público-privada, los de concesión, los convenios de apoyo, los convenios o contratos de cooperación internacional, todos ellos con reglamentaciones más detalladas o ágiles, sin que deban llevarse a cabo bajo los procedimientos del EGCAP o con mecanismos de selección particularmente diferenciados.

Existen entidades o fondos sujetas a un régimen especial o exceptuado de contratación con actuación limitada en el tiempo. Como ejemplo, algunas de las entidades de Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y no Repetición –SIVJRNR– (Acto legislativo 01 de 2017), como la Jurisdicción Especial para la Paz y la Comisión de la Verdad, con plazo para el cumplimiento de sus funciones máxima de 15 y 3 años respectivamente, o el Fondo de Mitigación de Emergencias – FOME, creado para la atención de la pandemia causada por el Coronavirus COVID-19 según el Decreto Legislativo 444 de 2020, con duración atada a la declaratoria de emergencia económica, social y ecológica.

La jurisdicción contenciosa administrativa es la que conoce de las controversias derivadas de los contratos de las entidades de régimen especial o exceptuado, según el criterio orgánico que adoptó el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en sus artículos 141, 152 y 155.

Por último, los recursos que se ejecutan a través de entidades de régimen especial o exceptuado y mediante contratos o convenios especiales, no son nada despreciables, pues de acuerdo con los datos disponibles¹, en el año 2022 se suscribieron un aproximado de 1.302.766 contratos y convenios a través de SECOP I y II, de

los cuales 334.741 correspondían a contratos y convenios de régimen especial o exceptuado por un monto \$35.979.070.939.047, que representa el 13.47% de la contratación general del Estado colombiano que entre enero a diciembre de 2022 ascendió a la suma de \$267.086.439.633.896.

Tabla 1. Contratación pública Colombia 2022

MODALIDAD DE SELECCIÓN	VALOR AÑO 2022
Contratos y convenios con más de dos partes	\$ 40.282.263.780.540
Contratación directa	\$ 33.275.669.650.569
Contratación Mínima Cuantía	\$ 26.103.280.054.968
Régimen Especial	\$ 17.435.365.441.430
Licitación pública	\$ 16.681.259.093.072
Asociación Público-Privada	\$ 16.044.629.090.023
Contratación Directa (con ofertas)	\$ 14.823.428.864.780
Contratación régimen especial	\$ 12.025.601.105.934
Licitación pública Obra Publica	\$ 11.856.963.444.556
Selección abreviada subasta inversa	\$ 6.686.941.003.302
Contratación régimen especial (con ofertas)	\$ 6.518.104.391.683
Contratación Directa Ley 1150 de 2007	\$ 6.489.833.683.157
Licitación obra pública	\$ 5.735.746.332.771
Selección Abreviada de Menor Cuantía	\$ 4.639.933.025.368
CCE-20-Concurso_Meritos_Sin_Lista_Corta_1Sobre	\$ 3.052.570.560.794
Licitación Pública	\$ 2.704.999.009.273
Selección Abreviada Menor Cuantía Sin Manifestación Interés	\$ 1.584.193.265.274
Selección Abreviada de Menor Cuantía Ley 1150 de 2007	\$ 1.552.157.079.322
Mínima cuantía	\$ 1.391.410.315.676
Subasta	\$ 1.301.657.391.492
Concurso de Méritos Abierto	\$ 635.638.431.040
Enajenación de bienes con sobre cerrado	\$ 94.423.819.833
Selección Abreviada servicios de Salud	\$ 84.962.129.157
No Definido	\$ 39.097.775.641
Concurso de méritos abierto	\$ 32.493.866.435
Concurso de diseño Arquitectónico	\$ 17.860.582.759
Selección Abreviada del literal h del numeral 2 de la Ley 1150 de 2007	\$ 9.659.381.068
CCE-19-Concurso_Meritos_Con_Lista_Corta_1Sobre	\$ 4.171.063.384
Concurso de Méritos con Lista Corta	\$ 1.660.671.685

1. A fecha 28 de febrero, 2023 desde <https://www.datos.gov.co/d/rpmr-utcd/visualization>

MODALIDAD DE SELECCIÓN	VALOR AÑO 2022
Enajenación de bienes con subasta	\$ 1.394.389.860
Licitación Pública Acuerdo Marco de Precios	\$ 4

TOTAL, AÑO 2022	\$267.086.439.633.896
-----------------	-----------------------

Fuente: Elaboración propia con información de www.datos.gov.co

Implementación de medidas de control y participación indistintas a entidades sujetas al EGCAP y a regímenes especiales o exceptuados

Anteriormente se mencionó la posibilidad de utilizar reglas del EGCAP en algunos contratos y convenios de régimen especial o exceptuado, en particular la inclusión de cláusulas de multas o penales, así como de cláusulas exorbitantes al derecho común y su procedimiento para hacerlas efectivas. Estas inclusiones particulares en los contratos en principio no afectan la agilidad, eficacia y eficiencia característicos de un régimen especial o exceptuado de contratación.

Sin embargo, las entidades de régimen especial o exceptuado también deben aplicar algunas reglas generales del EGCAP y de la normativa en común, tal como se expresa en la Guía para las entidades estatales con régimen especial de contratación de la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente -CCE (<https://www.colombiacompra.gov.co>).

Allí se mencionan algunas de las normas a tener en cuenta dentro de los procesos y procedimientos de este tipo de entidades, entre otras, la Ley 816 de 2003 o de apoyo a la industria nacional, la Ley 996 de 2005 o de garantías electorales, la Ley 1474 de 2011 o estatuto anticorrupción particularmente frena a inhabilidades y supervisión contractual, la Ley 1712 de 2014 o de transparencia y del derecho de acceso a la información pública, así como lo pertinente de la Ley 80 de 1993, 1150 de 2007 y el Decreto 1082 de 2015 frente al Plan Anual de Adquisiciones, reportes a las cámaras de comercio, estudios de sector, publicidad y acuerdos comerciales.

Igualmente, en los últimos tres años se han expedido por parte del legislativo y del Gobierno Nacional medidas a implementar durante la planeación y el desarrollo de los procesos contractuales de las entidades de régimen especial o exceptuado de contratación, patrimonios autónomos constituidos por entidades estatales y los particulares que ejecutan recursos públicos. Esas medidas pueden resumirse en los siguientes apartados:

Acceso de las micro, pequeña y medianas empresas - Mipymes a las compras públicas

La Ley 2069 de 2020, por medio de la cual se impulsa el emprendimiento en Colombia, modificó en su artículo 33, el artículo 12 de la Ley 590 de 2000, referida a la promoción del acceso del Mipymes al mercado de compras públicas. Con dicha modificación se incluyó la obligación para que todas las entidades estatales, indistintamente de su régimen de contratación permitan la participación y beneficien a las Mipymes en sus procesos contractuales. Anteriormente, esta obligación solo aplicaba a entidades sujetas al EGCAP.

Obligación de elaborar estudios y análisis de sector

El numeral 1 del artículo 12 de la Ley 590 de 2000, modificado por la Ley de Emprendimiento, obligó a que las entidades de régimen especial o exceptuado elaboren estudios y análisis de sector, como uno de los soportes de sus contrataciones, análisis que únicamente aplicaba a entidades sujetas al EGCAP. Esta disposición contiene un mandato relevante que imprime mayor seriedad y responsabilidad en la estructuración de los

procesos contractuales y para que dicho estudio sobrepase el nivel de una simple buena práctica contractual como se maneja en algunos manuales de contratación de estas entidades.

En tal sentido, en el estudio de sector es necesario identificar las Mipymes que podrían ser potenciales proveedoras de bienes y servicios y establecer reglas que permitan su participación. Así mismo el artículo 33 de la Ley de Emprendimiento incluyó los numerales 5, 6, 7 y 8 al artículo 12 de la Ley 590 de 2000, con el fin que se prefiera en condiciones de igual precio, calidad y capacidad de suministros y servicio a las Mipymes nacionales; para que se promueva la participación en lotes o segmentos; y, para que se evalúe y reporte la efectividad de la inclusión de las Mipymes en el mercado de compra pública.

Requisitos habilitantes y ponderaciones diferenciales para emprendimientos y empresas de mujeres públicas

También ordena la Ley de Emprendimiento en su artículo 32, reglamentado en el artículo 3 del Decreto 1860 de 2021, que resultado del análisis de sector, se identifique la necesidad de incluir requisitos o condiciones de habilitación y puntajes diferenciales en los procesos competitivos que permitan la promoción de emprendimientos y empresas de mujeres nacionales, dejando con condiciones más exigentes a aquellos participantes que no sean empresas y emprendimientos de mujeres. Lo que se marca como una acción afirmativa que permite incluir a las mujeres en el mercado de compras públicas en condiciones de igualdad y resulta en una nueva regla de aplicación a entidades del EGCAP y sujetas a regímenes especiales o exceptuados.

Igualmente se definió el otorgamiento de un puntaje de hasta el cero punto veinticinco por ciento (0.25%) en los documentos del proceso en favor de las empresas y emprendimientos de mujeres que acrediten los requisitos definidos en la normativa.

Convocatorias limitadas a Mipymes

El artículo 34 de la Ley 2069 de 2020, reglamentado por el artículo 5 del Decreto 1860 de 2021, ordena adelantar convocatorias limitadas a Mipymes en los procesos competitivos de las entidades de régimen especial o exceptuado,

obligación que ya existía para entidades sujetas al EGCAP. Como requisitos fundamentales para limitar la participación dentro de lo contractual a únicamente Mipymes, el valor del proceso debe estar por debajo de los US125.000 y que en curso de la convocatoria se hubiesen recibido al menos dos (2) solicitudes de limitación de Mipymes colombianas con mínimo un (1) año de existencia. Las solicitudes de limitación para participar deben ser recibidas cuando menos un día hábil antes de la apertura formal del proceso de contratación.

Medidas para fomentar la ejecución contractual con población en situación o condición especial

El artículo 34 de la Ley 2069 de 2020, reglamentado por el artículo 3 del Decreto 1860 de 2021, dispone que, en el pliego de condiciones o documento equivalente, se fomente la inserción y participación en la ejecución contractual de población en pobreza extrema, desplazados por la violencia, personas en proceso de reintegración o reincorporación y sujetos de especial protección constitucional, garantizando condiciones de calidad y sin perjuicio de los Acuerdos Comerciales vigentes.

La necesidad de participación de este tipo de sujetos debe constar en los documentos del proceso. La provisión se establecerá en un porcentaje que no será superior al diez por ciento (10%), ni inferior al cinco por ciento (5%) de los bienes o servicios requeridos para la ejecución del contrato. Esta obligación es nueva para EGCAP y regímenes especiales o exceptuados.

Criterios de desempate

De acuerdo con la Guía para las Entidades Estatales con régimen especial de contratación de CCE, este tipo de entidades debían incluir en sus manuales de contratación los criterios de desempate. Sin embargo, la normativa general ya contaba con al menos dos situaciones de preferencia de ofertas en caso de un empate en procesos de régimen especial o exceptuado. Una de ellas, la preferencia de oferta de Mipyme conforme a lo indicado en la Ley 590 de 2000 y la referida a la preferencia de ofertas de bienes y servicios de origen nacional conforme lo define la Ley 816 de 2003, aunque olvidadas en algunos manuales de contratación de entidades de régimen especial o exceptuado.

En consecuencia, el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, definió los factores de desempate en los procesos de contratación adelantados con cargo a recursos públicos por entidades sujetas al EGCAP o a un régimen especial o exceptuado, así como los adelantados por patrimonios autónomos constituidos por Entidades Estatales.

Con esta norma se configuran doce posibilidades de desempate en la adjudicación de un contrato, ello actualmente ha resultado problemático por la cantidad de documentos y requisitos para acreditar alguna de las circunstancias especiales consignadas en la norma, tanto para los proponentes, quienes deben obtener y acreditar esas condiciones en la oportunidad específica, así como para la entidad estatal, que debe adelantar la verificación de dicha documental, con mayores trámites administrativos en la adjudicación del contrato.

Aplicación de documentos tipo

El artículo 56 de la Ley 2195 de 2022, expresa que cuando las entidades sujetas al EGCAP celebren convenios o contratos interadministrativos o cualquier otro tipo de contrato, con otra entidad estatal o con patrimonios autónomos o con personas naturales o jurídicas de derecho privado, cuyo régimen de contratación sea especial o de derecho privado, deberán aplicar los documentos tipo adoptados por Colombia Compra Eficiente - CCE, así como los procedimientos de selección del EGCAP.

La norma busca limitar una práctica recurrente en la ejecución de recursos públicos por parte de entidades sometidas al EGCAP, quienes mediante convenio o contrato interadministrativo y similares, transfieren sus recursos a entidades de régimen exceptuado o especial haciendo que su ejecución sea más ágil o en casos particulares limitando la competencia.

En todo caso quedan exceptuadas de esta norma las Instituciones de Educación Superior públicas, las empresas sociales del Estado, las sociedades de economía mixta y las empresas industriales y comerciales del Estado, únicamente en cuanto a la contratación de su giro ordinario y, finaliza la norma recomendando que se fomente como buena práctica la aplicación de los pliegos tipo.

Aplicación de principios del EGCAP al régimen exceptuado o especial

La Ley 2160 de 2021, modificó la Ley 1150 de 2007, en la modalidad de selección de contratación directa, incluyendo en su artículo 2, el parágrafo 8, que se adiciona al artículo 2 de la Ley 1150 de 2007. Este parágrafo resulta particular en la medida que indica que la contratación directa debe sujetarse a lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, o en los regímenes especiales o exceptuados de contratación, que disponen los requisitos jurídicos, técnicos y financieros. A reglón seguido establece que: “en todo caso teniendo en cuenta los principios de transparencia, responsabilidad, selección objetiva, economía, celeridad, imparcialidad, publicidad, eficacia y eficiencia”.

En ese sentido, frente a que las entidades sujetas al EGCAP deban acatar estos principios, no hay ninguna duda o inconveniente,; sin embargo, frente al cumplimiento por parte de las entidades de régimen especial o exceptuado de los principios de transparencia y selección objetiva del EGCAP, lo sitúa en el plano de cumplir con los trámites y requisitos previstos en dicho estatuto en especial frente a sus modalidades de selección, lo cual es una evidente contradicción frente a la flexibilidad que tiene el régimen para adelantar sus procesos y contratos.

Inhabilidad por incumplimiento reiterado en contratos de alimentación escolar

La Ley 2195 de 2022 en su artículo 51, creó una inhabilidad especial por incumplimiento reiterado en contratos de alimentación escolar. El incumplimiento en estos contratos es más bien recurrente y como tal solo acarrea las consecuencias generales de la inhabilidad por incumplimiento reiterado contemplada en el artículo 90 de la Ley 1474 de 2011, por lo que con la norma se contempla un número de multas menor para ser objeto de la inhabilidad la cual se extenderá por 10 años.

Cláusulas excepcionales en contratos de alimentación escolar

El artículo 52 de la Ley 2195 de 2022 que modifica el numeral 2 del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, incluye a los contratos relacionados con el programa de alimentación escolar - PAE, dentro de los cuales es posible el pacto de cláusulas

excepcionales al derecho común, que, aunque no se incluyan expresamente dentro del contrato se entenderán inmersas como cláusulas naturales de los mismos. Esta medida también era necesaria por los recursos involucrados, las malas prácticas de los contratistas y los incumplimientos graves y severos en este tipo de contratos, que por ejemplo no podían ser objeto de declaratoria de caducidad.

Publicidad de la actividad contractual de las entidades de régimen especial o exceptuado

La contratación con dineros públicos de entidades de régimen especial o exceptuado debe ser publicada y llevada a cabo a través de sus propios sistemas de contratación, páginas web y/o en el SECOP, obligación derivada del artículo 3 de la Ley 1150 de 2007.

A su vez la Ley de Transparencia 1712 de 2014 y su Decreto Reglamentario 1081 de 2015, marcaron de manera más expresa los documentos e información a publicar por estas entidades en sus páginas Web y en el SECOP.

Por su parte y en su momento, Colombia Compra Eficiente, mediante Circulares Externas No. 1 de 21 de junio de 2013 y 20 de 27 de agosto de 2015, dio un alcance a las obligaciones de publicidad que se desprendían de la normativa vigente al época; sin embargo, con auto del 25 de febrero de 2021, el Consejo de Estado suspendió provisionalmente algunos apartes de las circulares que contenían la expresión “actividad contractual”, dado que se equipararon “las obligaciones de publicidad de las entidades regidas por derecho privado con los deberes de publicidad de las entidades regidas por el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública”², en clara falta de competencia, pues ello debía proceder con la reglamentación correspondiente por parte del Gobierno Nacional, no vía circulares.

2. Auto de la Sección Tercera del Consejo de Estado, Subsección B, (25 de febrero de 2021), que decide una solicitud de suspensión provisional, Radicaciones: 11001-03-26-000-2016-00003-00 (56151), acumulado con 11001-03-26-000-2016-00001-00 (56160), 11001-03-26-000-2016-00002-00 (56163), 11001-03-26-000-2016-00004-00 (56162) y 11001-03-26-000-2017-00026-00 (58711) (CP Martín Bermúdez Muñoz).

En consecuencia, el artículo 53 de la Ley 2195 de 2022, que adicionó dos incisos al artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, que trata de los principios generales de la actividad contractual para entidades no sujetas al EGCAP, viene a zanjar la discusión frente a la obligación de publicidad de la actividad contractual de las entidades de régimen especial o exceptuadas, con origen en la expedición de las Circulares Externas No. 1 de 21 de junio de 2013 y 20 de 27 de agosto de 2015 de Colombia Compra Eficiente.

La norma es diáfana en definir lo que se entiende por actividad contractual y obliga a que los documentos, contratos, actos e información generada por oferentes, contratistas, contratantes, supervisor o interventor, tanto en la etapa precontractual, como en la contractual y postcontractual se publiquen en el SECOP II por parte de las entidades no sometidas al EGCAP.

En síntesis, se evidencian propósitos de regular las actuaciones contractuales de las entidades de régimen exceptuado o especial, que como se observó, buscan preservar entre otras, la moralidad administrativa, publicidad, iniciativa privada, el emprendimiento empresarial, así como la libre competencia y acceso a las compras públicas, no siendo esto menor, teniendo en cuenta la cantidad de recursos públicos que estas ejecutan.

Pero lo visto no es más que el intento de dar paso a una eventual real unificación del estatuto de contratación, pues sin lugar a duda, en el caso de la estandarización y la imposición de procedimientos propios del EGCAP a los procesos de las entidades de régimen especial o exceptuado, distan y podrían entrar en choque con principios como el de eficacia, economía y celeridad constitucionales, que estas deben observar y cuyas bases axiológicas se encuentran allí como fundamento de su existencia.

De otra parte, sea en uno u otro régimen contractual, la adhesión de más requisitos, procedimientos y documentación a las convocatorias para contratar no está promoviendo la concurrencia a los procesos adelantados, por el contrario, ante tanto menester, condiciones y documentos a acreditar, es posible que los interesados prefieran abstenerse de participar en estos al considerar que venderle al estado es

engorroso, lleno de burocracia y con bastantes obstáculos formales.

Análisis de la configuración legal de regímenes especiales o exceptuados de contratación de creación reciente en la normativa colombiana

Parte de la problemática de la contratación estatal en Colombia, se centra en la creación sin control de regímenes especiales y exceptuados de contratación, en razón a la especialidad de la entidad contratante, o por el tipo de contrato o convenio, o por la ejecución de políticas públicas puntuales, que datan de antes y después de la expedición del EGCAP, y como se ha anotado, con sus particulares maneras para la ejecución de los recursos públicos.

En tal sentido con el fin de resolver parte de la pregunta de investigación, se analizaron las normas de creación de regímenes especiales de los años 2017 a 2019, que incluye los del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y no Repetición de que trata el Acto Legislativo 01 de 2017 y, los Fondos Públicos creados a partir del Plan Nacional de Desarrollo - PND de 2018-2022. Por último, se dará un breve comentario a los regímenes especiales incluidos en el proyecto de PND 2022 a 2026 del actual Gobierno Nacional.

Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y no Repetición - SIVJRNR

El artículo transitorio 1 del Acto Legislativo 01 de 2017, indica que el SIVJRNR está conformado por tres entidades estatales: la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la no Repetición - CEV, la Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas - UBPD en el contexto y a razón del conflicto armado y la Jurisdicción Especial para la Paz - JEP.

La CEV es “un ente autónomo del orden nacional con personería jurídica, con autonomía administrativa, presupuestal y técnica, sujeta a un régimen legal propio” (Art transitorio 2 Acto Legislativo 01 de 2017). El régimen contractual de la CEV es el del derecho privado conforme al artículo 3 del Decreto Ley 588 de 2017.

La UBPD es “un ente del orden nacional con personería jurídica y con autonomía administrativa, presupuestal y técnica” (Art

transitorio 3 Acto Legislativo 01 de 2017). El régimen contractual asignado es el EGCAP, pues a diferencia de la CEV y de la JEP, la UBPD no es un ente autónomo e independiente y, se organizó como unidad administrativa especial, por tanto, el examen será solo comparativo frente a las demás entidades del SIVJRNR.

La JEP “estará sujeta a un régimen legal propio, con autonomía administrativa, presupuestal y técnica” (Art transitorio 5 Acto Legislativo 01 de 2017), su régimen contractual es del derecho privado conforme lo define el artículo 118 de la Ley Estatutaria 1957 de 2019.

Para verificar si encuentra justificación la asignación de un régimen especial para las entidades del SIVJRNR que lo ostentan, se tuvieron en cuenta las exposiciones de motivos de las normas que las crean³ y lo correspondiente a distintivos normativos: autonomía, la disposición de un régimen legal propio, transitoriedad de sus funciones, régimen presupuestal, régimen disciplinario, fiscal y penal, objeto o fines misionales.

- La autonomía administrativa y técnica: entendida como aquella capacidad para gestionarse y autodeterminarse técnica y administrativamente para el cumplimiento del objeto de ley. Sin embargo, esta capacidad no es absoluta precisamente por los límites de las regulaciones legales. No obstante, la autonomía administrativa y técnica no necesariamente se pueden traducir en que una entidad no aplique el EGCAP, ejemplo de ello: la Procuraduría General de la Nación, la Contraloría General de la República y la Defensoría del Pueblo, son entes autónomos e independientes de las tres ramas del poder público en los términos del artículo 113 de la Constitución Política, gozan de autonomía técnica y administrativa, pero su actividad contractual se encuentra sometidas al EGCAP.
- Contar con un régimen legal propio: característica de estirpe constitucional, se traduce en la posibilidad que la entidad pueda

3. Exposición de motivos de la Ley Estatutaria de la JEP https://dacn.mininterior.gov.co/sites/default/files/noticias/exposicion_de_motivos_jep.pdf; y justificación contenida en el Decreto Ley 588 de 2017 <http://es.presidencia.gov.co/normativa/normativa/DECRETO%20588%20DEL%2005%20DE%20ABRIL%20DE%202017.pdf>

tener un régimen legal particular o propio según la materia específica cuya finalidad deba gestionar o sobre la que ejerce un poder. Dentro de estas entidades se encuentran, el Banco de la República que tiene régimen legal propio y en materia de contratación se rige por el derecho privado. También, en su momento, la Comisión Nacional de Televisión establecida por el artículo 76 de la Constitución Política (hoy derogado), estaba sujeta a un régimen legal propio, pero sus contratos se regían por el EGCAP conforme al artículo 5 literal k) de la Ley 182 de 1995.⁴

Lo anterior conduce a afirmar que la definición de un régimen legal propio no es un argumento suficiente para soportar la excepción de aplicar el EGCAP, ya que esto dependerá de varios factores, entre otros, las funciones específicas que tenga la entidad dentro de la estructura del Estado, su financiación y su naturaleza jurídica entre otros.

- La transitoriedad en el cumplimiento de funciones: La norma de creación de las entidades estatales, indicarán si tendrán un plazo definido para ejercer sus funciones, por lo cual este podría ser un argumento razonable para plantear una excepción de aplicar el EGCAP. Sin embargo, esta característica tiene relación con lo anterior, ya que, de la naturaleza jurídica, funciones, financiación y gastos que deba atender, podría concluirse que ello no es un fundamento suficiente para generar la excepción.

En el caso puntual de las entidades del SIVJRNR. El plazo para el cumplimiento de las funciones la CEV se limitó a 3 años (Artículo 1 del Decreto Ley 588 de 2017), con un periodo previo de seis meses para preparar su funcionamiento y entró a operar el 29 de noviembre de 2018; sin embargo, de acuerdo con el último pronunciamiento judicial de la Corte Constitucional⁵, el período de la CEV por las medidas de aislamiento generadas por el COVID-19 fue hasta el 27 de junio de 2022,

4. Ley 182 de 1995, "Art 5. Funciones. En desarrollo de su objeto, corresponde a la Comisión Nacional de Televisión": [...] "k) Ejecutar los actos y contratos propios de su naturaleza y que sean necesarios para el cumplimiento de su objeto, para lo cual se sujetará a las normas previstas en el Código Contencioso Administrativo y en la Ley 80 de 1993, y en las normas que las sustituyan, complementen o adicionen".

5. Corte Constitucional, Sala Plena (1 de octubre de 2021) Sentencia C-337 de 2021, referencia: expediente D-14.338, (MP Jorge Enrique Ibáñez Najjar).

seguido del período de socialización del informe, que era de dos meses, que culminó el 27 de agosto de 2022.

El plazo para el cumplimiento de las funciones de la CEV podría ser razón válida para asignarle un régimen contractual exceptuado del EGCAP; sin embargo, al revisar su Plan Anual de Adquisiciones en SECOP II para las vigencias 2018, 2019, 2020, 2021 y 2022, se pudo observar que las compras planeadas son muy similares a las que cualquier otra entidad estatal puede adelantar bajo el EGCAP. Sus contratos más representativos son los del arrendamiento de sus diferentes sedes, las dotaciones de estas, los contratos de aseo, vigilancia, papelería, seguros y demás necesarios dentro del funcionamiento común; el componente de tecnología y herramientas informáticas y el componente de talento humano vinculado por contratos de prestación de servicios. De allí que pueda indicarse que, con las herramientas disponibles en el EGCAP, la mayoría de estas contrataciones pueden realizarse de manera ágil a través de contratación directa u otras modalidades, cuyas varias de sus causales se asimilan con los objetos planeados.

En lo que respecta a la JEP, su período de duración será hasta un máximo de 15 años (Artículo transitorio 15 del Acto Legislativo 01 de 2017), entrando a funcionar el 15 de marzo de 2018. Revisado su Plan Anual de Adquisiciones en SECOP II para las vigencias 2018, 2019, 2020, 2021 y 2022, sus contrataciones son las de cualquier entidad estatal, siendo sus compras más representativas, las de arriendo de sus sedes, la protección de altos funcionarios, protección de comparecientes víctimas e intervinientes, las prestaciones de servicios administrativos y de defensa jurídica de comparecientes, convenios de cooperación internacional de diferente índole y las herramientas y soporte tecnológico necesarios para su funcionamiento. De allí que, la temporalidad de la JEP no es reducida para poder aplicar en su contratación las reglas y procedimientos contractuales del EGCAP, tampoco lo es el tipo de contratación que realiza, la cual es la común de cualquier otra entidad estatal.

También se considera que, el Acto Legislativo 01 de 2017, cuando en su artículo transitorio 5 creó la JEP con un régimen legal propio, quiso indicar que, a pesar de ello, su contratación debería ser la del EGCAP, ello se concluye de lo

mencionado en el párrafo segundo, cuando previó lo siguiente:

Con el fin de garantizar el funcionamiento y la autonomía administrativa, presupuestal y técnica de la jurisdicción especial para la paz, el Secretario Ejecutivo y el Presidente o la instancia de gobierno de la JEP que los magistrados de la misma definan, ejercerán de manera exclusiva, y solo durante el tiempo de vigencia de la misma, todas las funciones asignadas a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura establecidas en el Acto Legislativo 02 de 2015 y en la Ley 270 de 1996 respecto al gobierno y administración de esta Jurisdicción.

Las funciones de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura que específicamente se refieren a la administración y contratación para la Rama Judicial, detalladas en el artículo 85 de la Ley 270 de 1996, para el cumplimiento de estas se acude al EGCAP.

Ahora bien, la UBPD, también es una entidad estatal del sector justicia de naturaleza especial y su período de duración conforme al art 1 del Decreto Ley 589 de 2017, es de 20 años prorrogables. No obstante, su régimen contractual es el del EGCAP. En tal sentido se puede observar, como la UBPD teniendo una duración similar a la de la JEP, e igualmente, naturaleza especial, no cuenta con el mismo régimen contractual de la JEP o de la CEV y haciendo parte del SIVJRNR, si puede adelantar sus contratos bajo el norte del EGCAP.

- El Régimen presupuestal: Las entidades del SIVJRNR hacen parte de la cadena presupuestal estatal, financiándose y sometándose a las normas orgánicas de la ley de presupuesto⁶. Por tanto, los principios de planificación, anualidad, universalidad, unidad de caja, entre otros y las facultades de ordenación del gasto y del pago, deben ser acatados en la actividad contractual de estas entidades, tal como lo hacen ordinariamente las entidades cuyo régimen de contratación es el del EGCAP. Y aunque las normas presupuestales son independientes de las contractuales en el ámbito estatal, lo cual no es más que un claro divorcio, los

principios de eficacia y eficiencia podrían cobrar un valor real, en especial cuando se trata de la anualidad que es una limitante que encuentran las entidades en desarrollo de sus actuaciones contractuales.

- El régimen disciplinario, fiscal y penal de los funcionarios de dichas entidades, es el general para los servidores públicos, por lo que esta situación si bien no motiva la asignación del régimen especial de las entidades del SIVJRNR, marca la uniformidad que existe en materia de responsabilidad para los funcionarios, sea que apliquen o no el EGCAP.

Fondos Públicos

La exposición de motivos que dio lugar a la Ley 1955 de 2019 no manifiesta expresamente los móviles por los cuales era necesario asignar un régimen especial o exceptuado de contratación a los fondos dispuestos para cumplir el Plan Nacional de Desarrollo.

Dentro de los fondos creados o reformados se tienen, el Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles dispuesto en el artículo 33 de la ley; los actos y contratos para la Administración de activos y pasivos financieros de la Nación que según el artículo 37 de la Ley se regirán por el derecho privado; el Aeropuerto del Café cuyos recursos se manejan por el derecho privado de acuerdo a su artículo 67; los recursos del Fondo Dian previstos en el artículo 55 que son provenientes de un empréstito con el Banco Interamericano de Desarrollo - BID y, por ende, los procedimientos contractuales aplicables son las políticas para la selección y contratación de consultores y para la adquisición de bienes y obras del BID, es decir por derecho privado; la contratación de la Unidad Administrativa Especial de Alimentación Escolar conforme al artículo 189, correspondiéndole entre otras suscribir los contratos especiales de aporte para el desarrollo del PAE; Fondo para el buen vivir y la equidad de los pueblos indígenas de Colombia previsto en el artículo 218; Fondo de estabilización de precios del café del artículo 226 y el Fondo Nacional de Modernización del parque automotor de carga previsto en el artículo 307.

En la Gaceta del Congreso Año XXVI No. 713 la exposición de motivos no prevé la justificación del

6. Decreto Ley 111 de 1996, Ley 819 de 2003, Ley 1473 de 2011, Ley 1508 de 2012, y sus decretos reglamentarios.

parágrafo 2do del artículo 7 que trata del régimen de contratación, venta de servicios y vinculación de personal de las sociedades de economía mixta, integrantes del sistema general de seguridad social en salud, siendo el del Derecho Privado. Este parágrafo fue incluido en la Cámara de Representantes de acuerdo con la Gaceta del Congreso Año XXVIII No. 507 así: “Se propone texto alternativo, guardando el principio de unidad de materia y consecutividad, acompasando las discrepancias surgidas entre los textos de Senado y Cámara, facilitando la interpretación del operador jurídico y lector en general. Se cambia numeración queda como artículo 7”. A pesar de la inclusión no se refiere expresamente al porqué de ello.

La exposición de motivos de la Ley 1978 de 2019 que en su artículo 30 define el Régimen jurídico de los Canales Regionales de Televisión siendo el del derecho privado, no hace referencia a esa particularidad, no obstante, ratifica el régimen definido desde la Ley 182 de 1995 en su artículo 37 numeral 3, hoy derogada por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007.

El Fondo de Mitigación de Emergencias - FOME creado por el Decreto Legislativo 444 de 2020, es un fondo sin personería jurídica del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Fue constituido en atención a la emergencia sanitaria por el COVID-19, su justificación se encuentra en el texto del decreto legislativo. La aplicación del derecho privado a la contratación para mitigar los riesgos derivados del COVID-19 fue implementada a nivel mundial, siendo justificante el actuar con rapidez y eficiencia para atender las diferentes situaciones sanitarias y sociales que se derivaron de la pandemia.

El Patrimonio autónomo para el emprendimiento, la formalización y el fortalecimiento empresarial de las mujeres se le asignó régimen contractual de derecho privado, fue creado por el Decreto Legislativo 810 de 2020, sin que en su justificación se ahondara sobre dicha particularidad, más allá atender la necesidad de mitigar y superar los efectos económicos negativos producidos por el COVID-19 a las mujeres y sus emprendimientos o empresas. Este fondo según el proyecto de ley del Plan Nacional de Desarrollo 2022-2026 que se discute actualmente en el legislativo, sería transformado para que tenga vocación de permanencia y

opere bajo la figura de patrimonio autónomo. Su régimen de contratación y administración de recursos continuará siendo el derecho privado.

El Acto Legislativo 05 de 2011 creó el Fondo de Ahorro y Estabilización, reglamentado en la Ley 1530 de 2012 que fue derogada por la Ley 2056 de 2020. En el artículo 111 se mantuvo la continuidad del Fondo administrado por el Banco de la República. Desde la Ley 1530 de 2012 el régimen de contratación del Fondo es el derecho privado. La exposición de motivos de la Ley 2056 de 2020 argumenta la necesidad del fondo, pero no porqué debe tener un régimen de derecho privado.

La Ley 2070 de 2020 creó el Fondo para la promoción de patrimonio, la cultural, las artes, y la creatividad - Foncultura, la administración del fondo estará a cargo del Fondo Mixto Nacional de Promoción de la Cultura y las Artes “Colombia Crea Talento” que está regido por el derecho privado en materia de contratación. La exposición de motivos indica que es necesario crear esta cuenta especial bajo “un esquema que propicie de manera ágil y eficiente el manejo centralizado y organizados de recursos de diferentes fuentes”, no obstante, no se justifica concretamente la necesidad del régimen privado de contratación a pesar que se mencionen la agilidad y la eficiencia, que son cualidades que pueden encontrarse en algunas modalidades de selección del EGCAP.

Por último, el proyecto de ley del Plan Nacional de Desarrollo 2022-2026, prevé la creación de nuevos fondos y modificaciones a algunos existentes⁷, con ello se continua la línea

7. Artículo 11 modifica el Fondo Colombia en Paz.
Artículo 57 transforma el Fondo Mujer Emprende.
Artículo 95 crea el Fondo Cuenta Mindeporte.
Artículo 102 crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG como entidad de naturaleza especial, que para efectos presupuestales y contractuales será asimilada a una empresa industrial y comercial del estado de carácter financiero.
Artículo 200 modifica el Fondo Único de Soluciones Energéticas – FONENERGÍA.
Artículo 205 modifica el Fondo para la Promoción del Ascenso Tecnológico.
Artículo 214 modifica el Fondo Nacional para el Desarrollo de la Infraestructura – FONDES
Artículo 226 transforma el Fondo Regional para los pactos territoriales.
Artículo 235 fortalece el Fondo para el Desarrollo de Plan Todos Somos Pacífico.
Artículo 249 modifica el Fondo Nacional del Turismo.
Artículo 265 crea el Fondo “Colombia potencia mundial de la vida”
Artículo 266 crea el Fondo para la Igualdad y la Equidad.

de proliferación de excepciones y regímenes especiales alejados del EGCAP, independiente que su justificación sea para la administración o como vehículo de financiación de políticas o planes puntuales o de ejecución de recursos y contratación en estricto sentido, ello dado que los presupuestos que a ellos se destine serán considerables y por ende gran parte de estos no se contrataran bajo convocatorias públicas con los rigorismos del EGCAP, sino por el derecho privado.

Análisis de la reglamentación interna, instructivos, políticas o manuales de

Artículo 294 crea el Fondo del Buen vivir. Y en el artículo 298 del proyecto se asignan facultades al Presidente de la República para entre otras "g) Crear, escindir, fusionar, suprimir o modificar la naturaleza jurídica de fondos cuenta con o sin personería jurídica, o de patrimonios autónomos, destinados a la administración y/o ejecución de recursos públicos".

contratación de regímenes especiales o exceptuados

A la par del análisis de la configuración legal o fundamentos para crear regímenes especiales o exceptuados de contratación, que dan lugar a presentar algunas ideas que soporten adecuadamente los mismos como se expondrá en las conclusiones, también se consideró la revisión de algunas reglamentaciones internas, instructivos, políticas o manuales de contratación de regímenes especiales o exceptuados disponibles en las páginas web de las entidades a fecha: abril de 2022, con el fin de identificar aspectos que también aporten a mejorar la construcción de dichas reglamentaciones para las entidades de régimen especial o exceptuado.

Los reglamentos, instructivos, políticas o manuales de contratación de entidades con régimen especial o exceptuado revisados, se reflejan en las Tablas 2 y 3.

Tabla 2. Entidades del orden distrital*

1. Instituto Distrital de Ciencia, Biotecnología e Innovación en Salud	11. Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente E. S. E.
2. Universidad Distrital	12. Empresa de Energía de Bogotá S.A ESP
3. Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A E.S. P.	13. Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá ESP
4. Terminal de Transportes S. A.	14. Águas de Bogotá S.A E. S. P
5. Transmilenio S. A.	15. Sociedad Canal Capital
6. Empresa de Renovación y Desarrollo Urbano de Bogotá D.C	16. Corporación para el Desarrollo y la productividad "Bogotá Región" – Invest in Bogotá
7. Capital Salud EPS	17. Entidad Asesora de Gestión Administrativa y Técnica
8. Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E. S. E.	18. Lotería de Bogotá
9. Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E. S. E.	19. Empresa Metro de Bogotá S. A.
10. Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente E. S. E.	20. Colvatel S.A ESP

* Esta revisión cubre al 100% de entidades de régimen especial o exceptuado del distrito capital de Bogotá D.C., a abril de 2022.

Tabla 3. Entidades del orden nacional*

1. Fondo especial para la administración de bienes de la fiscalía:	16. FOGAFIN
2. Unidad de Planeación Minero Energética	17. Fondo Nacional del Café
3. Comisión de la Verdad	18. Fondo Francisco José de Caldas
4. Caja Promotora de Vivienda Militar y de Policía	19. Fiduciaria la Previsora S. A.
5. Ecopetrol	20. Jurisdicción Especial para la Paz
6. FONTUR	21. Banco de la República
7. Fondo Colombia en Paz	22. Servicios Postales Nacionales
8. FOMAG	23. SATENA
9. FOME	24. Universidad Pedagógica Nacional
10. Fondo de Financiamiento de la Infraestructura Educativa Preescolar, Básica y Media	25. Instituto Nacional de Cancerología E. S. E.
11. ICFES	26. Fondo para el desarrollo integral del distrito especial de buenaventura
12. ICETEX	27. Fondo para el Financiamiento del Sector Agropecuario – Finagro
13. FOGACOOP	28 ENTERRITORIO Empresa Nacional Promotora del Desarrollo Territorial
14. Fondo Nacional del Ahorro	29. Fondo Mixto de Promoción Cinematográfica
15. Fondos Especiales para la Paz	30. Patrimonio Autónomo AEROCAFE

* Esta revisión cubre al 28% de entidades de régimen especial o exceptuado del orden nacional a abril de 2022.

Como parámetros de revisión cualitativa del contenido o regulaciones de los manuales de contratación, se tomaron los lineamientos contenidos en la Guía para las entidades estatales con régimen especial de contratación de CCE, como son:

- a) Una descripción detallada de los procedimientos para seleccionar a los contratistas.
- b) Los plazos de cada una de las etapas de los procedimientos.
- c) Los criterios de evaluación y desempate.
- d) El contenido que deben tener las propuestas.
- e) Los Procedimientos para la aplicación de las restricciones de la Ley 996 de 2005.
- f) Todos los demás aspectos que garanticen el cumplimiento de los objetivos del Sistema de Compra Pública en todas las etapas del Proceso de Contratación, con base en su autonomía.

Lo anterior dado, estos se consideran como parámetros mínimos que deberían cumplir los manuales de contratación de este tipo de entidades.

Análisis entidades distritales

Criterio a) Una descripción detallada de los procedimientos para seleccionar a los contratistas

Fundamento: este criterio se refiere a la necesidad de regular con claridad y de manera expresa en el Manual de Contratación, todos aquellos procesos, etapas y procedimientos que se llevarán a cabo dentro de las tratativas preliminares o fase precontractual en desarrollo de los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad, publicidad, legalidad y de la libre competencia y concurrencia al proceso (Constitución política de Colombia, Art. 333.) todos ellos de rango constitucional.

Análisis: en esta revisión se pudo determinar que dos (2) de veinte (20) entidades distritales y una (1) parcialmente, no tienen detallados sus procedimientos para seleccionar contratistas en sus manuales o políticas de contratación. Aquellas entidades que no cumplen el criterio reenvían a procedimientos de su sistema de gestión u otras políticas internas donde detallan estos pasos, no obstante, estos documentos no se encuentran publicados, lo que no permite evidenciar que el criterio sea atendido debidamente. A pesar de lo anterior, es el criterio que más se atiende en los manuales o políticas de contratación de régimen especial o exceptuado, pues las entidades indican puntualmente los mecanismos de selección de contratistas y los diferentes requisitos y pasos aplicables a ello.

Criterio b) Los plazos de cada una de las etapas de los procedimientos

Fundamento: delimitar los plazos de los procedimientos de selección es necesario en los manuales o políticas de contratación, pues estos permiten materializar claramente el principio de igualdad, moralidad, imparcialidad y publicidad. Inobservar este criterio es dejar al libre albedrío del operador jurídico de la entidad para que defina en uno u otro caso plazos particulares, y que, por cuenta de la celeridad, se impida la concurrencia y oportunidad de participar en períodos razonables y justificados, creando reglas puntuales que puedan escaparse de un control efectivo y una posible pugna entre principios.

Análisis: en esta revisión se pudo determinar que diez (10) de veinte (20) entidades distritales y dos (2) de manera parcial, no detallan los plazos de los procedimientos de selección o lo hacen de manera incompleta, regulando solo algunas etapas. Las entidades que no plasman los plazos generales, no los indican, o reenvían a lo que se defina en los documentos del proceso contractual, términos de referencia, condiciones o reglas de participación.

Criterio c) Los criterios de evaluación y desempate

Fundamento: la definición previa y conocida por los interesados de criterios de evaluación permite la garantía de los principios de igualdad, moralidad, publicidad e imparcialidad. Estos

corresponderán a factores objetivos para aceptar oferta o adjudicar el contrato.

Frente a los criterios de desempate, actualmente se encuentran regulados en la Ley 2069 de 2020, artículo 35, reglamentado por el Decreto 1860 de 2021. Los factores de desempate previstos antes de la norma correspondían al apoyo a la industria nacional de que trata la Ley 816 de 2003, la preferencia de las Mipymes, y la preferencia de oferentes que acreditasen que por lo menos el 10% de su nómina está en condición de discapacidad a la que se refiere la Ley 361 de 1997. Las opciones para desempatar un proceso de contratación, cuando existe igualdad en la puntuación garantizan principios como el de igualdad, moralidad, imparcialidad y publicidad.

Análisis: cuatro (4) de veinte (20) entidades y siete (7) de manera parcial, no regulan los criterios de evaluación y desempate. Son pocos los manuales de contratación que están actualizados a las normas citadas. Así mismo, tampoco contemplan los factores previstos en normas anteriores como el apoyo a la industria nacional, el apoyo a las Mipymes y a proponentes que acreditasen contar con personal en situación de discapacidad. En algunos manuales se remiten a los documentos del proceso de contratación, la inclusión de factores de evaluación y desempate, que mal concebidos podrían afectar principios como el de igualdad, moralidad e imparcialidad.

Criterio d) El contenido que deben tener las propuestas

Fundamento: los documentos mínimos que se deben acreditar con la oferta deben preverse en las políticas o manual de contratación para materializar principios como el de igualdad, publicidad, e imparcialidad. Con ello se advierte y anticipa que se evite la inclusión de requisitos fútiles o excesivos que no aporten a la ejecución del contrato o que favorezcan condiciones de aceptación de oferta o adjudicación.

No obstante, lo anterior, puede ser discutible que el manual de contratación defina detalladamente estas particularidades, pues esto resultará del análisis de la naturaleza o alcance de cada proceso contractual. Aunque si existen requisitos mínimos en los procesos de contratación como la capacidad jurídica

y financiera y, la experiencia, con lo cual se concluiría, que la mención general de estos requisitos es necesaria en la elaboración de un reglamento o manual de contratación de régimen especial o exceptuado.

Análisis: ninguno de los manuales de contratación revisados definía el contenido mínimo de las propuestas. A excepción del Terminal de Transporte de Bogotá que exige el Registro Único de Proponentes -RUP para acreditar los requisitos de los proponentes; sin embargo, este documento no es obligatorio en los procesos de régimen especial, pero si para algunas modalidades de selección de la Ley 80 de 1993, por lo cual ello se torna en una condición restrictiva para participar.

Criterio e) Los Procedimientos para la aplicación de las restricciones de la Ley 996 de 2005

Fundamento: la Ley 996 de 2005 en su artículo 33 prohíbe la contratación directa para todos los entes del estado durante cuatro (4) meses antes de la elección presidencial y hasta la segunda vuelta si la hubiere. En tal sentido el reglamento o manual de contratación debe plasmar las modalidades de selección aplicables en dicha restricción para atender las necesidades contractuales. La convocatoria pública debería ser la regla general.

Análisis: únicamente la Universidad Distrital a través de la Circular 001534 publicada en su página web, establece las restricciones de la ley de garantías electorales en materia contractual y reenvía a las demás modalidades previstas en su estatuto contractual para atender las necesidades que se presenten durante la restricción.

Los restantes manuales de contratación no hacen alusión expresa a los procedimientos para la aplicación de las restricciones de la Ley 996 de 2005.

En síntesis, del análisis de las reglamentaciones internas o manuales de contratación de las entidades distritales de régimen especial o exceptuado, se puede indicar que estos documentos inobservan uno o varios de los criterios definidos en la Guía para las entidades con régimen especial de contratación,

lo que puede ir en desmedro de la materialización efectiva de los principios de la función administrativa a los cuales están sometidas y de la efectiva participación de los interesados en contratar con el Estado.

Análisis entidades nacionales

Los fundamentos de cada uno de los criterios fueron detallados anteriormente, por tanto, se mencionará únicamente el análisis efectuado.

Criterio a) Una descripción detallada de los procedimientos para seleccionar a los contratistas:

Análisis: veintinueve (29) entidades cumplen con el criterio. Solo una (1) detalla parcialmente los procedimientos para seleccionar contratistas. Ello, dado que no es claro cuáles son las modalidades de selección aplicables a su contratación.

El criterio, es el más cumplido en los manuales de contratación de régimen especial o exceptuado, pues las entidades indican puntualmente las modalidades de selección y los diferentes requisitos y procedimientos aplicables a esta, aunque sea de manera general.

Criterio b) Los plazos de cada una de las etapas de los procedimientos:

Análisis: veinte (20) de treinta (30) entidades y tres (3) de manera parcial, no detallan los plazos de los procedimientos de selección o lo hacen de manera incompleta regulando solo ciertas etapas. Las entidades que no plasman los plazos a manera general, no los indican, o remiten a lo que se defina en los documentos del proceso contractual.

Criterio c) Los criterios de evaluación y desempate:

Análisis: dieciséis (16) de treinta (30) entidades y nueve (9) de manera parcial, no regulan los criterios de evaluación y desempate. En varios de estos manuales remiten a los documentos del proceso contractual, pero sin el soporte del propio manual que los debe contener.

Criterio d) El contenido que deben tener las propuestas

Análisis: en ninguno de los manuales de contratación revisados se determina el contenido mínimo de las propuestas. La Comisión de la Verdad exigía el RUP en el parágrafo 3 del numeral 5.1.5.4 Invitación Abierta de su Manual de Contratación.

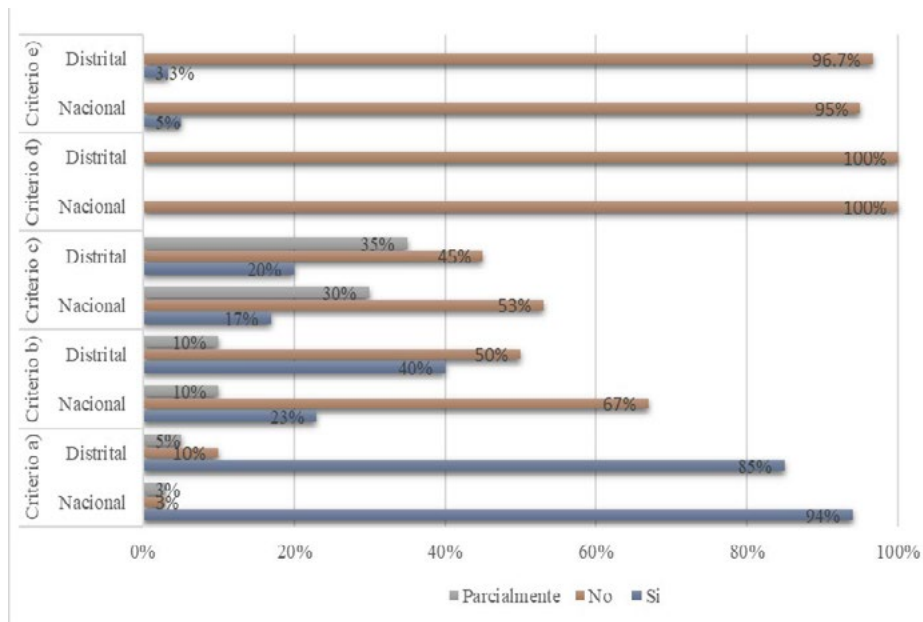
Criterio e) Los Procedimientos para la aplicación de las restricciones de la Ley 996 de 2005

Análisis: una (1) de treinta (30) entidades, hace alusión expresa a los procedimientos para

contratar cuando se encuentran vigentes las restricciones de la Ley 996 de 2005.

Resumiendo, de la revisión de los reglamentos o manuales de contratación de las entidades de régimen especial o exceptuado del orden nacional, se inobservan uno o varios de los criterios definidos en la Guía para las entidades con régimen especial de contratación, lo que puede ir en desmedro de la materialización efectiva de los principios de la función administrativa a los cuales están sometidas y de la efectiva participación de los interesados en contratar con el estado.

Figura 1. Cumplimiento de criterios



Fuente: Elaboración propia

El distrito capital a través de los reglamentos o manuales de las entidades revisadas presentan un mayor nivel de cumplimiento de los criterios de la Guía para las Entidades Estatales con Régimen Especial de Contratación de CCE, no obstante, la diferencia no es palmaria frente a las del nivel nacional, dado que en comparación sus cifras y datos son similares. Por último, la estructura, etapas y particularidades de las políticas o manuales de contratación de las entidades del orden distrital y nacional de régimen especial, son

semejantes a como se plantean en los manuales de contratación de entidades regidas por Ley 80 de 1993.

CONCLUSIONES

Como respuesta al interrogante de investigación se puede concluir que no es necesario definir como régimen de contratación general para aquellas entidades que se creen el derecho privado en estricto sentido. Ello por

cuanto de los diferentes aspectos analizados se pudo concluir que el EGCAP ofrece herramientas o posibilidades para adelantar la contratación oportunamente. No obstante, el EGCAP principalmente lo que requiere es la reingeniería de sus modalidades de selección y la disminución de términos para contratar o que ello pueda ser más flexible para atender las necesidades con celeridad cuando ello se requiera.

En tal sentido, actualmente la asignación de un régimen especial o exceptuado de contratación parece ser la regla general, mas no la excepción, en las nuevas entidades y fondos creados en el nivel nacional. Al punto que en el proyecto de ley del Plan Nacional de Desarrollo 2022-2026, se prevé la creación de nuevos fondos y modificaciones a algunos existentes, con lo cual se sigue la línea de excepción que bien podría reconducirse hablando de tiempos de cambio.

Existen proyectos de ley como el 207-2022 en el cual se propone que las entidades estatales sujetas a un régimen especial o exceptuado de contratación cuando ejecuten recursos de una entidad sometida al EGCAP, contraten bajo el EGCAP y utilicen pliegos tipo. Sin embargo, es importante que se avance en la implementación de pliegos tipo para todos los bienes y servicios y no solo para algunos sectores como hoy en día ocurre, obra pública de infraestructura de transporte, de agua potable y saneamiento básico, gestión catastral e infraestructura social, educativa, de salud y cultural. Claro está atendiendo a las diferencias que existen cuando se contrata en el centro del país frente a como se hace y las posibilidades existentes en los territorios. El proyecto de ley también contempla la prohibición de ejecutar recursos públicos a través de contratos o convenios de cooperación, que son instrumentos de régimen especial de frecuente utilización por parte de las entidades estatales.

En tal sentido se proponen los criterios para la fundamentación y consagración legal de regímenes especiales o exceptuados de contratación, ante los vacíos legales en la materia y la falta de control en su creación. En consecuencia, al momento de planificar la creación de un fondo o una entidad frente a la cual se pretenda asignar un régimen especial o exceptuado de contratación se plantea considerar:

1. Que se revise particularmente la naturaleza jurídica de la entidad o fondo y las funciones a desempeñar, de tal forma que la asignación de un régimen legal propio o especial, no deba comportar la inaplicación o exclusión del EGCAP, pues su naturaleza o la finalidad legal concreta para la que va a ser creada no impondría la necesidad de un tratamiento diferencial.

2. Analizar si con las existentes normas del EGCAP se pueden suplir las necesidades para atender el funcionamiento y proyectos de inversión, con el fin de ir reduciendo la ampliación de regímenes especiales o excepcionales, de tal forma que pueda organizarse de mejor manera la actividad contractual estatal, controlando igualmente la generosa potestad de configuración del legislador en la concepción y creación de regímenes especiales o exceptuados de contratación.

3. Analizar la posibilidad de disponer de un régimen privado de contratación, únicamente para el inicio de la operación de la entidad o fondo por espacio temporal limitado que coadyuve a la estructuración física y tecnológica en tiempo de aquellas.

4. Determinar si dentro del marco de las funciones asignadas deban adelantarse compras que, por determinada especialidad, no sea necesario exceptuarlas de los procedimientos del EGCAP o, por el contrario, si se requiera excluirlas del mismo.

5. Verificar si con el plazo previsto para el cumplimiento de funciones de la entidad o fondo, así sea corta su duración, puede hacer uso del EGCAP para cumplir con los fines encomendados.

6. En cuanto, a los fondos, revisar si con los que actualmente se cuenta es posible suplir la necesidad de contratación, ya que la tendencia encontrada es a aumentar su número. Para este efecto el artículo 298 del proyecto de PND le asigna facultades al Presidente de la República para entre otras "g) Crear, escindir, fusionar, suprimir o modificar la naturaleza jurídica de fondos cuenta con o sin personería jurídica, o de patrimonios

autónomos, destinados a la administración y/o ejecución de recursos públicos”, lo que se espera atendiendo a la necesidad de la correcta ejecución de los recursos públicos, es que sea utilizada esta facultad para fusionar o suprimir y no para crear o escindir, de tal manera que se evite el aumento en los mismos.

Se espera que estos criterios aporten a suplir los vacíos legales y la falta de orden y control, buscando que se justifiquen claramente las exposiciones de motivos de las normas en esta materia, así como la planeación y fundamentación en su concepción y normativa.

Así mismo, se concluye que la materialización de los instructivos, políticas, reglamentos o manuales de contratación de las entidades de régimen exceptuado o especial, suponen la transposición de la normativa de la Ley 80 de 1993, lo que sería contradictorio frente a los ideales de agilidad y eficiencia que debe predicarse de este tipo de regímenes.

De la revisión de las políticas, reglamentos o manuales de contratación de entidades de régimen especial o exceptuado se encontraron algunos aspectos inadecuados o que podrían afectar la agilidad, eficiencia y eficacia y la correcta ejecución de los recursos públicos, así como la materialización del principio de moralidad pública, entre otros:

1. Se definen expresamente cuales son actos administrativos cuando las normas de creación del régimen y de la naturaleza jurídica aplicable a la entidad o fondo no lo hacen, o se interpreta erróneamente la norma mencionando como administrativos o contractuales a actos que no tiene dicha naturaleza.
2. Se concibe el proceso de contratación como un procedimiento o actuación administrativa especial sujeta al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.
3. Se establecen recursos administrativos según las disposiciones del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo frente a actos

contractuales, no administrativos, expedidos en desarrollo de actuaciones regidas por el derecho privado.

4. Se otorga categoría de irrevocabilidad a actos puramente contractuales.
5. Se asignan funciones en instancias o comités que no tienen competencia para decidir conflictos de interés, impedimentos o recusaciones.
6. Se delegan funciones similares a pluralidad de funcionarios de la misma entidad para los mismos supuestos, de hecho, como una coexistencia de delegaciones. Siendo diferente al régimen de principales y suplentes de la normativa privada.
7. Se reenvía la reglamentación que debe estructurar la misma entidad en desarrollo de sus facultades a las normas de las modalidades de selección, al régimen de garantías y al de incumplimientos del EGCAP.
8. Se excluyen actos y contratos que necesariamente se rigen por el derecho privado de la aplicación del manual que debería regular las actuaciones y procedimientos contractuales privados de la entidad, lo que determinaría inclusive más excepciones al mismo.
9. Se prevé la contratación de necesidades contractuales vía resoluciones o actos administrativos que pueden adelantarse con pluralidad de oferentes o por convocatoria pública y que no hacen parte del objeto específico o negocial de la entidad.
10. Se definen pasos, términos y etapas similares a los de las modalidades de selección de contratistas del EGCAP.
11. Se crean inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones particulares y supuestos de hecho no objetivos y que no son causa legal, cercenando la posibilidad de participación.
12. No se establece o se obvia el procedimiento de la aseguradora contenido en su clausulado para la efectividad del siniestro de las pólizas de seguros y no se determina o sigue lo indicado en el Código de Comercio.

13. No se señala en el reglamento o manual de contratación las actuaciones o procedimientos en caso de incumplimiento contractual, o se señala únicamente en el contrato o convenio. El solo acuerdo entre las partes, por tratarse de entidades estatales sujetas a un régimen privado de contratación, no le da el soporte necesario a la situación.

14. Se definen cambios sin soporte claro de métodos de selección, pasando por ejemplo de convocatoria pública a contratación directa o a cerrada, por cuenta de una declaratoria de desierta o situación particular.

15. No se analizan ni incluyen las responsabilidades de los acuerdos comerciales suscritos por el Estado Colombiano en materia de compras públicas que inclusive podrían traer inconvenientes en materia diplomática por el incumplimiento de la convocatoria pública como regla general de participación y recibo de ofertas extranjeras.

16. Se deja las regulaciones particulares que deben constar en las políticas o manuales de contratación a documentos del sistema de gestión de calidad que no son publicados en los sitios web de la entidad.

17. Se definen riesgos que no están contemplados en los clausulados uniformes de las compañías aseguradoras, ni en los amparos específicos.

18. Se obliga a la acreditación y presentación del RUP para poder participar.

19. Usar terminología y alcance de las figuras del EGCAP.

20. No actualizar las políticas o manuales de contratación con las disposiciones que el legislador o el gobierno emiten en materia contractual, a pesar que el régimen de la entidad le permite actuar con flexibilidad para cumplir los principios de la función administrativa.

21. No se establecen los plazos de cada una de las etapas, los criterios de evaluación y selección, ni el contenido mínimo de las propuestas, como práctica aceptable que respeta el principio de legalidad, moralidad, igualdad y libre concurrencia.

22. Cuando se definen bancos de proponentes, no actualizar constantemente los elegibles o privilegiar la contratación con uno o pocos de ellos o, listas cortas predefinidas en desmedro de los principios de la función administrativa.

BIBLIOGRAFÍA

- *Acto Legislativo 01 (04 de abril de 2017), por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones.* Congreso de la República de Colombia.
- Arenas M. H. (2016). (Edit.). *Instituciones de derecho administrativo Tomo I la administración y su actividad*, Ibáñez.
- Arenas M. H. (2016). (Edit.). *Instituciones de derecho administrativo Tomo II, responsabilidad, contratos y procesal*, Ibáñez.
- Asamblea Nacional Constituyente. (4 de julio de 1991) *Constitución Política de Colombia*.
- Beltrán J. H. (2016). *Guía para la contratación transparente en el Distrito de Bogotá*, Alcaldía Mayor de Bogotá D.C.
- Benavides J. L. (2020). (Edit.). *Fallos referentes en contratación estatal*, Universidad Externado de Colombia.
- Chavarro C. J. (2016) *Contratación Estatal y Registro Único de Proponentes*, Nueva Legislación.
- Dávila V. L. (2016) *Régimen jurídico de la contratación estatal*, Legis.

- Decreto 1056 (20 de abril de 1953), por el cual se expide el Código de Petróleos. *Diario oficial*: 28.199.
- Decreto Ley 3130 (26 de diciembre de 1968), por el cual se dicta el estatuto orgánico de las entidades descentralizadas del orden nacional. *Diario oficial*: 32.687.
- Decreto 410 (27 de marzo de 1971), por el cual se expide el Código de Comercio. *Diario oficial*: 33.339.
- Decreto Ley 1670 (18 de agosto de 1975), por el cual se dictan normas para la celebración de contratos por parte de la Nación y sus entidades descentralizadas. *Diario oficial*: 34.388.
- Decreto 2388 (29 de septiembre de 1979), por el cual se reglamentan las leyes 75 de 1968, 27 de 1974 y 7 de 1979. *Diario oficial*: 35.376.
- Decreto Ley 222 (02 de febrero de 1983), por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones. *Diario oficial*: 36.189.
- Decreto Ley 1333 (25 de abril de 1986), por el cual se expide el Código de Régimen Municipal. *Diario oficial*: 37.466.
- Decreto Ley 393 (08 de febrero de 1991), por el cual se dictan normas sobre asociación para actividades científicas y tecnológicas, proyectos de investigación y creación de tecnologías. *Diario oficial*: 39.672.
- Decreto Ley 591 (26 de febrero de 1991), por el cual se regulan las modalidades específicas de contratos de fomento de actividades científicas y tecnológicas. *Diario oficial*: 39.702.
- Decreto Legislativo 4819 (29 de diciembre de 2010), por el cual se crea el Fondo Adaptación. *Diario oficial*: 47.937.
- Decreto 1081 (26 de mayo de 2015), por medio del cual se expide el Decreto Reglamentario Único del Sector Presidencia de la República. *Diario oficial*: 49523.
- Decreto 1082 (26 de mayo de 2015), por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del sector Administrativo de Planeación Nacional. *Diario oficial*: 49523.
- Decreto Constitucional 092 (23 de enero de 2017), por el cual se reglamenta la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro a la que hace referencia el inciso 2° del artículo 355 de la Constitución Política. *Diario oficial*: 50.125.
- Decreto Ley 588 (05 de abril de 2017), por el cual se organiza la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición. *Diario oficial*: 50.197.
- Decreto Legislativo 444 (21 de marzo de 2020), por el cual se crea el Fondo de Mitigación de Emergencias -FOME y se dictan disposiciones en materia de recursos, dentro del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica. *Diario oficial*: 51.263.
- Decreto 1860 (24 de diciembre de 2021), por el cual se modifica y adiciona el Decreto 1082 de 2015, Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional, con el fin reglamentar los artículos 30, 31, 32, 34 y 35 de la Ley 2069 de 2020, en lo relativo al sistema de compras públicas y se dictan otras disposiciones. *Diario oficial*: 51.898.
- Gil B. E. (2015) *Tesaurus de Responsabilidad Contractual de la Administración Pública Tomo I*, Temis.
- Gil B. E. (2015) *Tesaurus de Responsabilidad Contractual de la Administración Pública Tomo II*, Temis.
- Jojoa B. A. (2012) *Los regímenes exceptuados en los contratos estatales*, Ibáñez.
- Ley 84 de 1873, Código Civil. (mayo 26 de 1873). *Diario Oficial*: 2.867.
- Ley 80 (28 de octubre de 1993), por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. *Diario oficial*: 41.094.
- Ley 590. (10 de julio de 2000), por la cual

- se dictan disposiciones para promover el desarrollo de las micro, pequeñas y medianas empresa. *Diario oficial*: 44.078.
- Ley 816 (7 de julio de 2003), por medio de la cual se apoya a la industria nacional a través de la contratación pública. *Diario oficial*: 45.242.
 - Ley 1150 (13 de diciembre de 2007), por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos. *Diario oficial*: 46.691.
 - Ley 1437 (18 de enero de 2011), por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. *Diario oficial*: 47.956.
 - Ley 1474 (12 de julio de 2011), por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública. *Diario oficial*: 48.128.
 - Ley 1508 (10 de enero de 2012), por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones. *Diario oficial*: 48.308.
 - Ley 1712 (6 de marzo de 2014), por medio de la cual se crea la Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional y se dictan otras disposiciones. *Diario oficial*: 49.084.
 - Ley 1753 (9 de junio de 2015), por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “Todos por un nuevo país”. *Diario oficial*: 49.538.
 - Ley 1955 (25 de mayo de 2019), por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022. *Diario oficial*: 50.964.
 - Ley 2069 (31 de diciembre de 2020), por medio de la cual se impulsa el emprendimiento en Colombia. *Diario oficial*: 51.544.
 - Ley 2195 (18 de enero de 2022) por medio de la cual se adoptan medidas en materia de transparencia, prevención y lucha contra la corrupción y se dictan otras disposiciones. *Diario oficial*: 51.921.
 - *Manual de contratación Fondo Especial para la Administración de Bienes de la Fiscalía*, <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/2018-RES-FEAB-0012-MANUAL-CONTRATACION%20C3%93N-FEAB.pdf>
 - *Manual de contratación Unidad de Planeación Minero Energética*, https://www1.upme.gov.co/Normatividad/184_2020.pdf
 - *Manual de contratación Comisión de la Verdad*, <https://comisiondelaverdad.co/la-comision/mapa-de-procesos/gestion-juridica-y-contractual/2-guias-manuales-metodologias-protocolos-cinstructivos/m1-jc-manual-de-contratacion/m1-jc-manual-de-contratacion-v3>
 - *Manual de contratación Caja Promotora de Vivienda Militar y de Policía*, https://www.cajahonor.gov.co/documentos/ARCON/Manual_Interno_Contratacion_CajaHonor_.pdf
 - *Manual de contratación Ecopetrol*, <https://www.ecopetrol.com.co/wps/portal/Home/es/GruposInteres/GestionDeAbastecimiento/ComoSerProveedor/NormativaProveedores>
 - *Manual de contratación FONTUR*, <https://fontur.com.co/sites/default/files/2021-06/Manual%20Contratacion%20FONTUR%20-%20Junio%202021.pdf>
 - *Manual de contratación Fondo Colombia en Paz*, https://www.fiduprevisora.com.co/wp-content/uploads/2019/11/COD_MAN_001_ManualContratacion_v4_ActaCF44_20032019.pdf
 - *Manual de contratación del FOMAG*, <https://www.fomag.gov.co/manual-de-contratacion/>

- *Manual de contratación del FOME*, http://portal.gestiondelriesgo.gov.co/Documents/Resoluciones/RESOLUCION_0296_del_04_de_Mayo_de_2020.PDF
- *Manual de contratación Fondo de Financiamiento de la Infraestructura Educativa Preescolar, Básica y Media*, <https://www.alianza.com.co/documents/20182/99623/090816+-+Manual+de+Contratacion+%281%29.pdf/5ea09dce-db2a-454c-8859-9bad9778a673?version=1.0>
- *Manual de contratación ICFES*, <https://www.icfes.gov.co/documents/20143/139388/Acuerdo+002+de+2019.pdf/cc65e67c-2878-3b39-b5a0-b57c6d14daec>
- *Manual de contratación del ICETEX*, <https://portal.icetex.gov.co/Portal/docs/default-source/contratacion/manual-contratacion-icetex.pdf>
- *Manual de contratación de FOGACOOP*, <https://www.fogacoop.gov.co/entidad/contratacion/manual-de-contratacion>
- *Manual de contratación del Fondo Nacional del Ahorro*, <https://www.fna.gov.co/sobre-el-fna/contratacion/manual-de-contratacion>
- *Manual de Contratación Fondos Especiales para la Paz*, <https://dapre.presidencia.gov.co/dapre/DocumentosSIGEPRE/M-BS-01-Manual-Contratacion.pdf>
- *Manual de contratación Fondo de Garantías de Instituciones Financieras* (mayo de 2020).
- *Manual de contratación Fondo Nacional del Café*, https://federaciondecafeteros.org/app/uploads/2020/03/RESOL8-2000_low.pdf <https://federaciondecafeteros.org/app/uploads/2020/03/Resoluci%C3%B3n-No-9-modifica-Resoluci%C3%B3n-8-de-2000-Estatuto-de-Contrataci%C3%B3n.pdf>
- *Manual de contratación de Fondo Francisco José de Caldas*, https://minciencias.gov.co/sites/default/files/upload/resolucion_1607-2020.pdf
- *Manual de contratación de la Fiduciaria la Previsora S. A.*, https://www.fiduprevisora.com.co/wp-content/uploads/2020/11/ML-GAD-01-003_V9-Contrataci%C3%B3n-de-Bienes-y-Servicios.pdf
- *Manual de contratación Jurisdicción Especial para la Paz*, <https://www.jep.gov.co/Paginas/Manual-de-contrataci%C3%B3n-adquisici%C3%B3n-o-compras.aspx>
- *Manual de contratación de Banco de la República*, https://www.banrep.gov.co/sites/default/files/reglamentacion/reglamento_regimen_contratacion.pdf
- *Manual de contratación Servicios Postales Nacionales*, <http://www.4-72.com.co/sites/default/files/TextoImagenArchivo/Manual%20de%20ContratacionAcuerdo%20Junta%20Directiva%2005%20de%202019.pdf>
- *Manual de contratación de SATENA*, <https://www.satena.com/viewer.php?id=189&&rlsk=%27YUhSMGNITTZMeTkzZDNjdWMyRjBaVzVoTG10dmJTOWtiMk4xYldWdWRHOXpMMlpwYkdWekwxTkjWQzFOTURaZlRVRk9WVUZNWDBSRlgwTlBUbFJTUVZSQIwbFBUBDIXTVRFdWNHUm0=%27>
- *Manual de contratación de Universidad Pedagógica Nacional*, http://boletines.pedagogica.edu.co/uploadimages/files/acuerdo_027_cs_3_septiembre_2018.pdf?utm_source=phplist1384&utm_medium=email&utm_content=HTML&utm_campaign=Lista+de+aspirantes+a+la+deca+natura+de+la+Facultad+de+Educaci%C3%B3n+F%C3%ADsica
- *Manual de contratación de Instituto Nacional de Cancerología ESE*, https://www.cancer.gov.co/recursos_user/Transparencia/manual_de_contratacion,.pdf

- *Manual de contratación de Fondo para el desarrollo integral del distrito especial de Buenaventura*, http://portal.gestiondelriesgo.gov.co/Documents/Fonbuenaventura/MANUAL_DE_CONTRATACION_FONBUENAVENTURA_APROBADO_2708.pdf
- *Manual de contratación del Fondo Para El Financiamiento Del Sector Agropecuario – Finagro*, https://www.finagro.com.co/sites/default/files/manual_contratacion_vs.9_-_24092020.pdf
- *Manual de contratación de ENTERRITORIO Empresa Nacional Promotora del Desarrollo Territorial*, www.enterritorio.gov.co/web/sites/default/files/2021-01/documentos/manual-contratacion-v1.pdf
- *Manual de contratación de Fondo Mixto de Promoción Cinematográfica*, <https://www.proimagenescolombia.com/secciones/proimagenes/interna.php?nt=4>
- *Manual de contratación del Patrimonio Autónomo AEROCAFE*, <https://scotiabankfiles.azureedge.net/scotiabank-colombia/Colpatria/pdf/fiduciaria/fiduciaria-publica-aerocafe/Manual-de-Contrataci%C3%B3n-PA-Aerocaf%C3%A9.pdf>
- *Manual de contratación Instituto Distrital de Ciencia, Biotecnología e Innovación en Salud*, <https://idcbis.org.co/pdf/manual-de-contratacion.pdf>
- *Manual de contratación Universidad Distrital*, <http://www1.udistrital.edu.co:8080/web/vicerrectoria-administrativa-y-financiera/contratacion1>
- *Manual de contratación ETB*, [https://etb.com/corporativo/Uploads/Normativas/directiva%2000701%20de%202020%20manual%20contrataci%C3%B3n%20etb%20\(1\).pdf](https://etb.com/corporativo/Uploads/Normativas/directiva%2000701%20de%202020%20manual%20contrataci%C3%B3n%20etb%20(1).pdf)
- *Manual de contratación Terminal de Transportes de Bogotá*, <https://www.terminaldetransporte.gov.co/contratacion/normas-de-contratacion>
- *Manual de contratación Transmilenio*, https://www.transmilenio.gov.co/publicaciones/146115/manual_de_contratacion/
- *Manual de contratación ERU*, <http://www.eru.gov.co/sites/default/files/contratacion/Manual%20Operativo%20Colpatria%2006%20sep%202019.pdf>
- *Manual de contratación Capital Salud*, https://capitalsalud.gov.co/sites/default/files/manual_contratacion/M02-Manual_de_Contratacion_2020.pdf
- *Manual de contratación Sub-Red Suroccidente*, <https://www.subredsuroccidente.gov.co/sites/default/files/contratacion/Manual%20de%20contrataci%C3%B3n%20Subred%20Sur%20Occidente.pdf>
- *Manual de contratación Sub-Red Norte*, <https://www.subrednorte.gov.co/sites/default/files/contratacion/2.%20RESOLUCION%201200-2017-%20POR%20EL%20QUAL%20SE%20ADOPTA%20EL%20MANUAL%20DE%20CONTRATACI%C3%93N.pdf>
- *Manual de contratación Sub-Red Sur*, https://www.subredsur.gov.co/sites/default/files/contratacion/CO-CBS-MA-01%20V2%20MANUAL%20CONTRATACION_0.pdf
- *Manual de contratación Sub-Red Centro Oriente*, https://www.subredcentrooriente.gov.co/?q=transparencia/contratacion/manual_contrataciones
- *Manual de contratación Grupo de Energía de Bogotá*, <https://www.grupoenergiabogota.com/proveedores-y-contratistas/lineamientos-de-contratacion>
- *Manual de contratación Empresa de Acueducto de Bogotá*, <https://www.acueducto.com.co/wps/wcm/connect/EAB2/5b8eb8fc-e99e-411f-b860-90011df6d730/>

Resolucion_No0791_2019.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=ROOTWORKSPACE.Z18_K862HG82NOTF70QEKDBLFL3000-5b8eb8fc-e99e-411f-b860-90011df6d730-mWeLtnB

- *Manual de contratación Canal Capital*, <https://www.canalcapital.gov.co/sites/default/files/AGJC-CN-MN-001%20MANUAL%20DE%20CONTRATACION%CC%81N.pdf>
- *Manual de contratación Entidad Asesora de Gestión Administrativa y Técnica*, <https://www.egat.com.co/web/sites/default/files/institucional/Manual%20de%20Contratacion.pdf>
- *Manual de contratación Corporación para el Desarrollo y la productividad "Bogotá Región" INVEST IN BOGOTÁ*, <https://es.investinbogota.org/ley-de-transparencia-e-informacion-publica-1712-de-2014>
- *Manual de contratación Lotería de Bogotá*, https://loteriadebogota.com/wp-content/uploads/files/normatividad/MANUAL_CONTRATACION2021.pdf
- *Manual de contratación ColvateL*, <https://www.colvateL.com/wp-content/uploads/2020/11/MANUAL-DE-CONTRATACION-Y-SUPERVISION-COLVATELSA.-E.S.P.pdf>
- *Manual de contratación Aguas de Bogotá SA ESP*, <https://www.aguasdebogota.co/wp-content/uploads/2022/03/GJC-MN-001-Manual-de-Contratacion-V02.pdf>
- *Manual de contratación Empresa Metro de Bogotá*, <https://www.metrodebogota.gov.co/?q=node/481>
- Matallana C. E. (2016) *Manual de contratación de la administración pública. Reforma de la Ley 80 de 1993*. Universidad Externado de Colombia.
- Mejía M. A. (2017) *Regímenes especiales de contratación en el sector público*, Biblioteca Jurídica Dike.
- Morales R. D. (2017) *Régimen de la Contratación Estatal*, Uniacademia Leyer.
- Palacio H. J (2021) *Derecho procesal administrativo*, Editorial Jurídica Sánchez R.
- Santos R. J. (2017) Las facultades reglamentarias de la Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compara Eficiente. *Revista digital de derecho administrativo*, No. 19, DOI: <https://doi.org/10.18601/21452946.n19.14>.