

CONTENIDO DEL MANUAL DE CONTRATACIÓN: FACULTADES DE LAS ENTIDADES EXCEPTUADAS EN LA CREACIÓN DE PROCEDIMIENTOS Y REQUISITOS DE PERFECCIONAMIENTO Y EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS¹

Aura Sofía Palacio Gómez²

RESUMEN. La remisión de las entidades exceptuadas del EGCAP a las libertades del derecho civil y del comercial es matizada. La introducción del art. 13 de la Ley 1150 de 2007 transformó la sujeción al ordenamiento, en tanto les estableció el deber de aplicar los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal. La actividad contractual de estas entidades no resulta totalmente equiparable a la de los particulares, pues si bien no es tan reglada como la de las entidades sometidas, exige el acatamiento de una legalidad con una intensidad *especial*. Teniendo en cuenta la conjunción de regímenes, y lo complejo que resulta caracterizar qué actuaciones de un particular puede replicar una entidad excluida, y qué tanta distancia puede tomar respecto de la regulación establecida en la Ley 80 de 1993, se analizó el contenido de los manuales de contratación, hoja de ruta de estas entidades. Al respecto se ahondó en: *i*) la posibilidad de crear procedimientos de contratación, lo que implicó determinar si se trataba de un tema que contara con reserva de ley, o si era discrecional –y hasta qué punto– de la entidad; y *ii*) la viabilidad de establecer requisitos de perfeccionamiento y de ejecución del contrato, distintos a los prescritos por ley.

Introducción

Las entidades exceptuadas de la Ley 80 de 1993 se remiten a las disposiciones del derecho privado en su actividad contractual. Sin embargo, sus actos no son totalmente equiparables a los de los particulares, toda vez que aun cuando cuentan con algunas libertades del régimen civil y del comercial, se sujetan a los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal –establecidos en los arts. 209 y 267 de la Constitución Política–. Esto, aunado a la naturaleza de los recursos en cuestión, y al control que suscitan, traza una diferencia trascendental con el régimen privado. Estos negocios, empero, tampoco se igualan a los de las entidades sometidas al EGCAP, pues no cuentan con

¹ Este ensayo, escrito para la sesión del 27 de abril de 2019, hace parte de la labor de apoyo a la investigación que el Auxiliar de Investigación realiza al interior del *Grupo de Estudio de Derecho Público* adscrito al CEDA, para cuya preparación recibió la orientación del Profesor-Asesor Richard S. Ramírez Grisales, y se utiliza no solo para enriquecer el trabajo que el Investigador Principal adelanta al interior del CEDA —que finalmente aprovecha para construir el texto definitivo—, sino también para beneficio de toda la comunidad académica. La línea de investigación en la que se enmarca el ensayo es la *Contratación Estatal*, dirigida por el Profesor –Investigador Principal– Fabián Gonzalo Marín Cortés.

² Auxiliar de investigación del Grupo de Estudio de Derecho Público, Nivel III, adscrito al *Centro de Estudios de Derecho Administrativo –CEDA–*.

disposiciones expresas y regladas para cada una de las etapas del proceso, y si bien los arts. 13, 40 y 41 remiten al derecho privado en lo no establecido en el Estatuto, se trata de una legalidad más fuerte.

Las entidades exceptuadas se sujetan a un régimen que, de cierta forma, combina disposiciones: consagra mayores libertades en comparación con uno netamente público; pero también se sujeta a principios propios de la Administración, y es vigilado y controlado por instituciones que no interfieren en el desarrollo contractual civil o comercial de un particular. En la esfera práctica, esta conjunción ocasiona dificultades al momento de determinar cuáles actuaciones de los particulares puede realizar una entidad exceptuada –esto es, qué tanto derecho privado puede aplicar–, y, por lo tanto, cuáles la harían extralimitarse, violando consecuentemente el principio de legalidad de la Administración, establecido en el art. 6° de la Constitución Política.

A continuación, se realizarán una serie de reflexiones en torno a la autodeterminación de las entidades exceptuadas, concretamente, frente a la configuración del contenido de los manuales de contratación. En un primer momento se discutirá la naturaleza jurídica de este instrumento contractual: ¿se trata de un reglamento o de un acto jurídico civil?

En un segundo momento se analizará la posibilidad de crear procedimientos de contratación. Se discutirá si se trata de un tema que solo puede ser regulado por la ley –reserva legal–, a partir de lo cual se cuestionará sobre la regulación aplicable: la de la Ley 80 de 1993, la del Código Civil y el Código Comercial, si existe una normativa especial, o si se trata de un aspecto que la entidad puede determinar, es decir, que puede configurarlo en uso de las libertades que le autoriza tal régimen. Si así fuera, se estudiaría si existe un límite para esa discrecionalidad, ¿qué tanto se puede crear y qué no?, ¿bastaría con tener presente los principios de la función administrativa y la gestión fiscal?

En un tercer momento se hará hincapié en la posibilidad de establecer requisitos de perfeccionamiento del contrato, realizando un breve paralelo entre lo que ello significaría en el régimen de la Ley 80 de 1993, y en el que no lo está.

En un cuarto momento, y para finalizar, se abordará la viabilidad de determinar requisitos de ejecución del contrato. Ambos aspectos se analizarán de conformidad con la jurisprudencia vigente.

1. La naturaleza jurídica de los manuales de contratación de las entidades exceptuadas de la Ley 80 de 1993

La mixtura de regímenes contractuales complejiza la práctica de esta actividad en las entidades exceptuadas, más aún cuando la naturaleza jurídica de sus instrumentos jurídicos no es clara. En esta oportunidad se analizará la institución de los manuales de contratación, teniendo en cuenta que se trata del parámetro de control de una entidad que no se encuentra sometida a las

disposiciones del Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública.

Para la Agencia Nacional Colombia Compra Eficiente, el manual de contratación se define como el documento que establece la forma en que opera la gestión contractual al interior de la entidad, y, a su vez, la da a conocer a los partícipes del Sistema de Compra Pública. Esto no ha sido un tema desarrollado a profundidad en la ley, sino que ha surgido como un cuestionamiento jurisprudencial y doctrinario –aunque menos frecuente en el ámbito de las excluidas–.

Frente a su naturaleza jurídica cabe recordar una sentencia destacable en la materia. El 13 de abril de 2011, el Consejo de Estado conoció del medio de control de nulidad en contra de dos resoluciones expedidas por la junta directiva de la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá –ETB–, en las cuales se establecieron las condiciones generales para la contratación de bienes y servicios. El demandante señaló que se trataba de actos administrativos de carácter general, que no habían sido expedidos en cumplimiento de una habilitación específica. En su argumentación, las disposiciones de la Ley 142 de 1994 no daban a entender que las empresas oficiales prestadoras de servicios públicos domiciliarios tuvieran competencia para darse un reglamento de contratación propio, diferente a lo contemplado en el derecho privado y con mayores exorbitancias al EGCAP.

La ETB señaló que estos instrumentos eran disposiciones expedidas con fundamento en facultades previstas en sus propios estatutos, de ahí que se consideraran amparadas en el derecho privado, y no derivaran del ejercicio de la función administrativa. En primera instancia, el Tribunal desconoció este razonamiento y concluyó que los actos demandados eran administrativos, para lo cual argumentó que habían sido emitidos por una entidad con capital 100% estatal, y que tenían aptitud para producir efectos jurídicos, tales como crear, modificar y extinguir situaciones jurídicas generales o particulares.

El Consejo de Estado definió que para que un acto se calificara como administrativo debía analizarse: *i)* si se trataba de una manifestación unilateral de voluntad que proveyera de una autoridad o particular que cumpliera funciones administrativas; y *ii)* si se observa un contenido decisorio, es decir, que produjera efectos. A partir de lo anterior, sostuvo que las resoluciones demandadas sí eran actos administrativos, que establecieron reglas contractuales para desarrollar su objeto. «Se trata entonces de directrices que se trazan para lograr la mejor prestación del servicio público, con el objeto de acercar estos servicios a los fines del Estado»³.

³ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 13 de abril de 2011. Exp: 37.423. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

La competencia para emitir estos actos también fue discutida. La Corporación señaló que no era posible afirmar que la junta directiva de la ETB hubiera invadido competencias exclusivas del legislador, y que la ley encargada de regular el contenido contractual fuese la Ley 80 de 1993. Al contrario, interpretó que la facultad de las empresas de servicios públicos para dictar su respectivo manual de contratación provenía del art. 32 de la Ley 142 de 1994, cuando se señala que, de manera general, los actos de todas las empresas de servicios públicos, *así como los requeridos para la administración* y el ejercicio de los derechos de todas las personas que sean socias de ellas, se regiría por el derecho privado

Este argumento jurisprudencial no puede extenderse a las entidades exceptuadas en general –pues no todas están regidas por la Ley 142 de 1994–. En este texto se entiende que, en la normativa actual: *i)* el régimen aplicable a los actos y contratos de las entidades exceptuadas es el del derecho privado. Sin embargo, se sostiene que la naturaleza jurídica es pública en virtud de un criterio orgánico. En esos términos, no es necesario que el régimen y la naturaleza sean los mismos: bien podrá ser privado uno y público el otro. Los manuales de contratación, por tanto, corresponden a la categoría de los actos administrativos, que se pueden regir, en su contenido material, por el derecho civil y el comercial. De esta forma, el régimen aplicable no es el que hace al acto, lo que lo califica jurídicamente como tal es la declaración unilateral de la voluntad, que produce efectos jurídicos y que es proferida por una entidad en ejercicio de funciones administrativas. Si bien habría que hacer ciertos cuestionamientos al respecto, este no es el tema central del texto.

Y *ii)* se tiene en cuenta que el manual de contratación es un documento necesario para el desarrollo de la actividad contractual de las entidades exceptuadas, en la medida en que, en el escenario administrativo y práctico, su ausencia da lugar a una falta de seguridad jurídica. En unas ocasiones, la entidad podría contratar bajo un procedimiento; en otras, el mismo objeto se podría negociar con base en unos parámetros distintos. No habría uniformidad y los órganos de control no tendrían un parámetro para su vigilancia. A continuación, se ahondará en los procedimientos y su alcance.

2. La posibilidad de crear procedimientos para la selección de contratistas en los manuales de contratación: discusiones sobre la reserva legal y el art. 13 de la Ley 1150 de 2007

El art. 6° de la Constitución política señala que la Administración, a diferencia de los particulares, solo puede hacer lo que expresamente se le permita. Sin embargo, esta legalidad rígida se cuestiona cuando se establece que ciertas entidades se exceptúan de la regulación pública, y se remiten a disposiciones en

las cuales se procura garantizar la libertad, la autonomía de la voluntad, la igualdad de las partes, y, en resumen, la posibilidad de auto determinarse.

Desde la expedición de la Ley 1150 de 2007, que en su art. 13 contempla el deber de que las entidades excluidas del EGCAP se sometan a los principios de la función administrativa –art. 209 superior– y de la gestión fiscal –art. 267 superior–, se concluyó que el régimen contractual de estas no se podía equiparar totalmente al de los particulares, pues se exigió que, con fundamento en las herramientas del derecho civil y del comercial, se emplearan figuras que garantizaran los principios que rigieran las actuaciones del derecho público. Esto, sin embargo, ha profundizado el interrogante en torno a qué puede hacer y qué no una entidad exceptuada, es decir, qué tanta distancia puede tomar de lo señalado en la Ley 80 de 1993, qué alcance tiene la libertad de un régimen que procura el cumplimiento de finalidades económicas y de mercado, e incluso, qué contenido respeta las exigencias establecidas en la búsqueda de eficiencia y transparencia.

Este texto analiza la competencia de las entidades exceptuadas en la creación de procedimientos de selección dentro de los manuales, reglamentos, o, si se quiere, estatutos internos. Para ello se cuestionará si se requiere que los procedimientos de contratación, aun cuando no sean las de la Ley 80 de 1993, se condensen en una ley, es decir, si se trata de un tema con reserva legal.

Frente a ello se reconoce que, en virtud del art. 29 de la Constitución Política, y su garantía del debido proceso, ciertos procedimientos administrativos deberían gozar de esta exigencia, teniendo en cuenta la protección y el grado de afectación de los derechos de los administrados, véase, por ejemplo, el procedimiento administrativo sancionatorio. Si se trasladara el análisis, y se tuviese en cuenta que la sujeción a los principios de la función administrativa protege los derechos de los oferentes, por ejemplo, garantizando que tengan las mismas condiciones –derecho a la igualdad–; y de los terceros, al exigir que los procesos gocen de publicidad, ¿se configuraría un razonamiento suficiente para equipararlo a un procedimiento sancionatorio, y, por ende, sujeto a reserva legal?

Bajo un análisis estricto de la disposición constitucional, y teniendo en cuenta la cláusula general de competencia establecida en el numeral 2° del art. 105 de la Constitución, el legislador es quien expide los Códigos, entendidos como el conjunto de disposiciones que regulan una materia determinada. Por lo que los procedimientos no podrían ser señalados por las mismas entidades, sino que se requeriría una consagración legal en la materia: determinando modalidades, etapas, requisitos y garantías.

Sin embargo, lo cierto es que el derecho al debido proceso ha sido matizado. Actualmente existen procedimientos administrativos sancionatorios que no se rigen por disposiciones con rango legal, tal es el caso de las sanciones que se habilita imponer a los estudiantes de una institución educativa de naturaleza pública. En ese sentido, si bien el último inciso del art. 150 de la

Carta Política le otorgó al legislador la competencia para expedir el Estatuto General de Contratación de la Administración pública, y que pareciera que este tipo de reglamentación solo puede ser proferida por el legislador, podría concluirse que esa competencia ya fue ejercida con la expedición del EGCAP, y que lo que ahora se le delega a las entidades es la elaboración de manuales especiales, particulares y contentivos de disposiciones de derecho civil y comercial en el caso de las exceptuadas; o de trámites internos en lo que respecta a las sometidas.

Podría concluirse, entonces, que no existen razonamientos que sostengan que los procedimientos requieren de la expedición de una ley, más aún cuando se tiene en cuenta que en virtud del art. 2.2.1.2.5.3 del Decreto 1082 de 2015 las entidades estatales deben contar con un manual de contratación, el cual debe cumplir con los lineamientos que para el efecto señale Colombia Compra Eficiente. En efecto, la Agencia del Estado ha señalado unos lineamientos generales para la expedición de manuales de contratación, en los cuales señaló que este tipo de documentos, si provenían de las entidades con un régimen exceptuado al de la Ley 80 de 1993, eran instrumentos que definían los procedimientos para seleccionar los contratistas. De esta forma, señaló:

«Las Entidades Estatales sometidas a regímenes especiales de contratación deben incluir en su Manual de Contratación una descripción detallada de los Procedimientos para seleccionar a los contratistas, los plazos, los criterios de evaluación, criterios de desempate, contenido de las propuestas, los Procedimientos para la aplicación de las restricciones de la Ley 996 de 2005 y los demás aspectos que garanticen el cumplimiento de los principios y objetivos del sistema de compras y contratación pública en todas las etapas del Proceso de Contratación, con base en su autonomía»⁴.

En esos términos, si bien los procedimientos creados sin acatar los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal pueden afectar los derechos de los oferentes, e incluso de terceros interesados, ello no implica la necesidad de afirmar que todos se desarrollarán de esa forma, y que si bien la normativa vigente les permite a las entidades crear modalidades, tanto así que, incluso, les referencia unos requisitos, en caso de encontrarse dispares del ordenamiento que deben acatar, las entidades serán controladas y debidamente sancionadas.

De lo contrario, si se aceptare que opera la reserva de ley por la posible violación a esos derechos, se estaría abriendo la puerta para que otras materias

⁴ COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Lineamientos Generales para la Expedición de Manuales de Contratación. [En línea]. [Citada el 23 de abril de 2019]. Disponible en: https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_expedicion_manual_contratacion.pdf

la exigieran, toda vez que en cualquier escenario resulta factible evidenciar la posibilidad de violación de derechos. El aspecto que debe analizarse, más que aquel, es el hecho de que la reserva legal, de cara al derecho administrativo sancionador, opera por el ejercicio del *ius puniendi* del Estado; mientras que, en la creación de los procedimientos, si bien se trata de una potestad unilateral, las consecuencias no resultan equiparables. Ahora bien, el razonamiento sería distinto si se tratara del análisis de un manual de contratación de una entidad sometida a la Ley 80 de 1993, toda vez que el estatuto condensa unas modalidades de contratación de obligatorio cumplimiento: la Administración no puede aplicarlas con menor o mayor intensidad, sino con la exigida; y mucho menos está facultada para desconocerlas – en lo que respecta, se reitera, a aquellas sujetas al EGCAP.

Por otro lado, y teniendo en cuenta que la reserva legal no pareciera operar en esta materia, se cuestiona el alcance de la facultad para dictar los procedimientos: ¿se tratará de trasladar lo legislado en el EGCAP a los manuales de contratación de las exceptuadas?, ¿se permitirá estipular cualquier disposición que no vaya en contravía del régimen privado?, y ¿en qué actuaciones o etapas se concretará el art. 13 de la Ley 1150 de 2007?

Frente al primer interrogante cabe señalar que, desde una perspectiva administrativista, resulta tentador aceptar que las entidades exceptuadas se remitan al derecho público para determinar aspectos tan relevantes como el procedimiento contractual. Sin embargo, ello no se acepta, en tanto: por un lado, se trata de un conjunto de disposiciones que no obligan a las exceptuadas; y por otro, no se evidencia una interpretación teleológica, o incluso estricta de las disposiciones, en tanto la pretensión con la remisión de ciertas entidades al derecho de los particulares radica en la adecuación de procesos más céleres, eficientes y acordes con las dinámicas cambiantes del mercado. No tendría sentido crear un régimen aparte para aplicar la misma normativa.

Para Luis Guillermo Dávila Vinueza, las excepciones del estatuto se justifican en casos muy puntuales, pero solo frente a los procedimientos de selección de contratistas, donde se requiere agilidad en la contratación, y se recomienda adoptar disposiciones que sean ágiles y expeditas. El autor resalta que las entidades exceptuadas no se rigen exclusivamente por el Código Civil y el Código de Comercio, en la medida en que emplean manuales, los cuales están supeditados a lo establecido en la Constitución, en los arts. 24, 25 y 26 de la Ley 80 de 1993 –principios de transparencia, economía y responsabilidad–, y el art. 5 de la Ley 1150 de 2007 –deber de selección objetiva–⁵.

⁵ DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal. Tercera Edición. Primera Reimpresión. Bogotá: Legis, 2016. p. 36.

En su análisis contractual, Dávila Vinueza no hace referencia a la figura de la reserva de ley en esta materia, y, además, considera pertinente que los manuales internos no plasmen los mismos procedimientos del EGCAP.

En el mismo sentido, la sentencia analizada previamente hace referencia a que los manuales de contratación tienen la facultad de regular los procedimientos a los cuales se someterá la entidad y los futuros contratistas. «La regla general de aplicación del derecho común significa que para la selección del contratista no se requiere aplicar los procedimientos a los que se refiere la Ley 80 de 1993»⁶.

Frente al segundo interrogante, esto es, la posibilidad de gozar de autonomía al momento de crear los procedimientos, se señalará que, como se advirtió previamente, la intensidad de la legalidad de una entidad exceptuada no es equiparable a la de los particulares, por lo que el contenido de un manual de contratación de una empresa del sector privado no puede ser idéntico al de una entidad estatal exceptuada de la sujeción al EGCAP. En esa medida, aun cuando se procure fomentar, por ejemplo, la competencia en el mercado, la naturaleza de los recursos, la vigilancia, el control y la aplicación de principios imposibilitan que las disposiciones del derecho privado sean el único límite. A ello se le debe sumar lo dispuesto por la Constitución, la Ley 1150 de 2007, la Ley 1437 de 2011 y demás normativa pública.

Frente al tercer interrogante, en el cual se cuestiona la forma de concretar los principios de la función administrativa y la gestión fiscal, y el alcance de esta posibilidad, se anticipa que la determinación de un procedimiento resulta indispensable para dotar de seguridad jurídica el proceso, más aún cuando se requiere un marco previo para controlar la actividad contractual y se carece de uno. Este texto sostiene que los procedimientos se entienden como *necesarios* de cara a la ausencia de una legislación plenamente aplicable. De ahí que, si bien se resalta que el derecho civil y comercial eventualmente pueden estimar las condiciones de unas ofertas –véase el art. 845 del Código de Comercio–, no señalan procedimientos específicos más allá de permitir que la autonomía de la voluntad los defina para cada caso. Se trata de una preponderancia de una libertad que no puede ser trasladada al régimen de las entidades exceptuadas. De esta forma, se sugiere que el legislador cree procedimientos especiales, y si bien los distinga de lo preceptuado en el EGCAP, se los dirija de manera uniforme a las entidades que requieren agilidad en sus procesos. Esto evitará inseguridad jurídica y manuales arbitrarios y contrarios a los principios del art. 13 de la Ley 1150.

Ahora bien, como la posibilidad de crear procedimientos termina siendo una potestad de cada entidad, habrá algunas que interpreten que la transparencia y la selección objetiva se concretan a través de la celebración de

⁶ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 13 de abril de 2011... Op. Cit.

contrataciones directas, mientras que otras podrán exigir un trámite aún más reglado que el de la licitación pública. Para observar las diferentes perspectivas de la concreción de los principios, se estudiarán dos manuales de contratación: el de Empresas Públicas de Medellín –EPM- y el de ECOPETROL.

En lo relativo a los procedimientos, EPM establece tres procedimientos de selección de ofertas: solicitud pública de ofertas –mediante la cual se efectúa una convocatoria pública–; solicitud privada de ofertas –por medio de la cual se invita a participar en un proceso para que presenten ofertas a varias personas determinadas–; y solicitud única de oferta –mediante la cual se le solicita una oferta a una persona natural o jurídica⁷. Por su parte, ECOPETROL designa un manual de contratación de carácter principalmente técnico, en el que se señalan como figuras contractuales el acuerdo de bases económicas, la contratación ágil, la contratación de emergencia, la contratación por necesidades imprevisibles, el acuerdo marco con negociación, la contratación puntual, entre otros⁸.

Son dos entidades exceptuadas de gran relevancia en la estructura del Estado, que terminan contratando de formas distintas. Le corresponderá al juez realizar un análisis: fijar el alcance de cada principio, el cual, según su valoración, deberá obedecer a un análisis práctico y riguroso, el cual, basándose en casos concretos, debería arrojar prescripciones generales. Por último, se tendrá presente que los temas que gocen de reserva de ley no podrán ser desarrollados en este tipo de instrumentos –ni procedimientos sancionatorios, ni potestades exorbitantes, etc.–.

3. Posibilidad de establecer requisitos de perfeccionamiento y ejecución del contrato en los manuales de contratación

El art. 41 de la Ley 80 de 1993 establece que el contrato estatal se perfecciona cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación, y este se eleve a escrito. Se trata de un acto jurídico formal y solemne, de ahí que no se reconozcan obligaciones contractuales si no se cumplen esos requisitos.

Las entidades exceptuadas de la Ley 80 de 1993 y sometidas al Código Civil y al Código de Comercio también cuentan con disposiciones específicas, y no necesariamente idénticas. Véase el caso del art. 1857 del Código Civil, en el que se dispone que para el perfeccionamiento del contrato de compraventa basta con el acuerdo de comprar la cosa y la determinación de su precio. Esta disposición

⁷ EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN. Normas básicas para la contratación. [En línea]. [Citada el 25 de abril de 2019]. Disponible en: <https://www.epm.com.co/site/Portals/0/documentos/proveedores/normas-basicas-contratacion-V7.pdf>

⁸ ECOPETROL. Manual de contratación de ECOPETROL S.A. [En línea]. [Citada el 26 de abril de 2019]. Disponible en: <https://www.ecopetrol.com.co/documentos/manual-contratacion-ecopetrol.pdf>

cuenta con una excepción: cuando se trate de una venta de bienes raíces, servidumbres, o sucesión hereditaria, en los que se requiere otorgar una escritura pública.

Teniendo establecidos los requisitos de perfeccionamiento del contrato, se discute si resultaría posible que una entidad exceptuada definiera otros, desconociera los que están dispuestos en la ley, o los condicionara en mayor o menor intensidad. Al respecto, se sostendrá que no resulta jurídicamente viable, en tanto se trata de un tema que goza de reserva de ley. El legislador es quien determina la normativa contractual, mal haría la entidad en manifestarse frente a disposiciones consolidadas. Esta posición ha sido reconocida por la jurisprudencia, aunque dio lugar a ciertas discusiones.

En las sentencias del 3 de febrero y 6 de abril del 2000 se señaló que para perfeccionar un contrato bastaba con cumplir los requisitos dispuestos en el primer inciso del art. 41 del EGCAP. Sin embargo, esta fue controvertida por otra postura al interior de la Corporación –auto del 27 de enero del 2000–, según la cual, el perfeccionamiento del contrato exigía el escrito contentivo del acuerdo contractual, y la existencia del respectivo registro presupuestal. Actualmente se conserva la primera posición, y se les prohíbe a las entidades disponer de este tema, por ejemplo: en sentencia del 8 de abril de 2014, el Consejo de Estado conoció del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida el 27 de mayo de 2003 por el Tribunal Administrativo de Bolívar.

Como antecedentes de este último caso, la demandante adujo que el Hospital Universitario de Cartagena no había liquidado a cabalidad el contrato de prestación de servicios celebrado entre ellos. En la primera instancia, el *a quo* negó las pretensiones y señaló que el contrato suscrito no era apto para que surgieran las obligaciones y contraprestaciones, teniendo en cuenta que para perfeccionarlo se requería cumplir con los requisitos previstos en el artículo 41 de la Ley 80 de 1993, en particular el de contar con disponibilidad presupuestal.

En sus consideraciones, y en atención al particular, la Corporación señaló que las disposiciones que fijaban el perfeccionamiento del contrato eran de orden público, y aunque se trató de un contrato exceptuado de la Ley 80, se supeditaba a las exigencias del ordenamiento privado que, en la materia, se establecieran. De esta forma, en el derecho civil y comercial, y mucho menos en el público, se puede condicionar la existencia de un contrato que por naturaleza sea formal, al mero consenso de las partes, teniendo en cuenta que si la ley impuso una serie de requisitos –como la elevación a escritura pública– las partes no las pueden obviar, ni tampoco incrementar o adicionar⁹.

Las partes no pueden crear formalidades especiales para la perfección del contrato, por lo cual se debe tener en cuenta que: *i*) si el régimen aplicable es el

⁹ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 8 de abril de 2014. Exp. 25.801. C.P. Enrique Gil Botero.

de la Ley 80 de 1993, los requisitos están establecidos en el art. 41; y *ii*) si el régimen aplicable al contrato es el de derecho privado, en conjunto con los principios de la función administrativa, «los requisitos de perfeccionamiento también son los que aquél establezca; por tanto, las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, tampoco pueden atenuar ni hacer más exigentes los que contempla»¹⁰.

Por otro lado, el art. 41 del EGCAP también señala que para la *ejecución* del contrato se requiere de la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes. Como única excepción, contempla que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras. En esa medida, un contrato estatal los requiere para empezar a ejecutarse. La entidad sometida no podría desacatar estos requisitos, en tanto se encuentran en una disposición de carácter legal.

Sin embargo, si se tratara de una entidad exceptuada, se sostiene que: *i*) a diferencia de lo establecido para su perfeccionamiento, no tendría la obligación de expedir el certificado de disponibilidad presupuestal en la misma etapa que una sometida a Ley 80 de 1993, en la medida en que se regula por las disposiciones del derecho privado, y las obligaciones preceptuadas en la Ley 80 de 1993 no le aplican –lo que no supone, claro está, que no le sean exigibles los deberes que regulan las normas del presupuesto público-; y *ii*) a diferencia de los criterios anteriores, bien podrían crearse requisitos de ejecución distintos y adicionales, sin perjuicio de violentar la reserva de ley.

Como no se encuentra una restricción que prohíba esta creación, y, por el contrario, se ha señalado que los actos preparatorios conservan el régimen privado, las entidades exceptuadas pueden establecer requisitos de ejecución. No obstante, pareciera que, en la práctica, el desarrollo de los mismos no ha sido amplio, pues se terminan plasmando los mismos requisitos del EGCAP en la regulación interna de las exceptuadas. Por último, cabe destacar que estos requisitos de ejecución pueden plasmarse, incluso, en un manual, o en los pliegos de condiciones si a ellos hubiere lugar.

En efecto, las respuestas a los interrogantes previamente abordados varían dependiendo del tipo de entidad de que se trate: la regulación de las sometidas es rígida. Su posibilidad de decisión y de auto-determinación no se compara a la que tienen las entidades exceptuadas, aun cuando estas se encuentren limitadas por los principios, que, al final de cuentas, se definen como aquellos mandatos de optimización que deben cumplirse en la mayor medida de lo posible.

¹⁰ *Ibíd.*

Bibliografía

COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Lineamientos Generales para la Expedición de Manuales de Contratación. [En línea]. [Citada el 23 de abril de 2019]. Disponible en: https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_expedicion_manual_contratacion.pdf

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 10 de septiembre de 2014. Exp. 28.079. C.P. Enrique Gil Botero.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 8 de abril de 2014. Exp. 25.801. C.P. Enrique Gil Botero.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 13 de abril de 2011. Exp: 37.423. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal. Tercera Edición. Primera Reimpresión. Bogotá: Legis, 2016. 922 p.

ECOPETROL. Manual de contratación de ECOPETROL S.A. [En línea]. [Citada el 26 de abril de 2019]. Disponible en: <https://www.ecopetrol.com.co/documentos/manual-contratacion-ecopetrol.pdf>

EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN. Normas básicas para la contratación. [En línea]. [Citada el 25 de abril de 2019]. Disponible en: <https://www.epm.com.co/site/Portals/0/documentos/proveedores/normas-basicas-contratacion-V7.pdf>

