

La fuerza de atracción de los regímenes especiales para el manejo de recursos públicos en Colombia: el uso de los poderes legislativos del Ejecutivo para la creación de excepciones al régimen general de contratación estatal

The force of attraction of special regimes for the management of public resources in Colombia: the use of the Executive's legislative powers for the creation of exceptions to the general regime of government contracting

Yenny Andrea **Celemín Caicedo**

 <https://orcid.org/0000-0002-3308-0129>

Universidad de los Andes. Colombia

Correo electrónico: ya.celemin24@uniandes.edu.co

Antonio Alejandro **Barreto Moreno**

 <https://orcid.org/0000-0003-2180-9864>

Universidad de La Sabana (Chía). Colombia

Correo electrónico: antonio.barreto@unisabana.edu.co

Recepción: 16 de julio de 2024 | **Aceptación:** 7 de noviembre de 2024

Publicación: 11 de diciembre de 2024

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2024.171.19354>

Resumen: En atención a las necesidades especiales de ciertas entidades públicas, y a la importancia de cumplir requerimientos insatisfechos, el legislador colombiano, a la par de expedir el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, creó algunas excepciones a las reglas de este, mediante el diseño de regímenes especiales. Esta generación de excepciones debería atender a criterios de máxima racionalidad legislativa, e incluso restringir en un solo órgano, y por muy pocas y predefinidas razones, su emisión; y no dejarse, simplemente, al arbitrio de la libertad configurativa del Congreso. Esto, al entender la importancia cardinal que tiene el ejercicio de la función contractual para el cumplimiento de los fines del Estado. De forma adicional, el presidente de la República, en uso de sus facultades de legisla-

dor extraordinario y excepcional, ha creado sin mayores exigencias un sinnúmero de regímenes especiales, y ha contribuido por esta vía a difuminar la pretensión de que exista un régimen general de contratación pública, con pocas y limitadas excepciones. En este escrito se analizarán las implicaciones de la creación de regímenes especiales de contratación por parte del presidente de la República, en uso de facultades de legislador extraordinario y excepcional, y se abogará por buscar un balance entre la agilidad, la autonomía o la especialidad que se les quiere otorgar a ciertas entidades para contratar, pero sin soslayar la transparencia y el manejo ético de los recursos públicos.

Palabras clave: contratación; recursos públicos; regímenes especiales de contratación; legislador extraordinario; Ejecutivo.

Abstract: In response to the specific needs of certain public entities and the importance of addressing unmet requirements, the Colombian legislature, while issuing the General Statute on Public Administration Procurement, created exceptions to this statute by establishing special regimes. The creation of these exceptions should adhere to the highest standards of legislative rationality, ideally limiting their issuance to a single body and for only a few, predefined reasons, rather than allowing them to fall under Congress's broader discretionary powers. This approach underscores the fundamental role of public contracting in fulfilling the purposes of the State. Additionally, the President of the Republic, exercising extraordinary legislative powers, has introduced multiple special regimes without substantial requirements, which has further blurred the notion of a general regime in public procurement with limited exceptions. This paper will examine the implications of the President's creation of special procurement regimes through extraordinary legislative powers, advocating for a balance that enables agility, autonomy, or specialization for certain entities while upholding transparency and the ethical management of public resources.

Keywords: contracting; public resources; special contracting regimes; executive powers to legislation.

Sumario: I. *Introducción.* II. *Los regímenes especiales en el sistema de compra pública en Colombia.* III. *Cómo se crean las puertas de escape al régimen general de la contratación estatal: la creación de los regímenes especiales a través de las facultades para legislar del presidente.* IV. *La creación de fondos cuenta y patrimonios autónomos como regímenes exceptuados al régimen general de la contratación mediante el ejercicio de los poderes legislativos del Ejecutivo.* V. *Conclusiones.* VI. *Referencias.*

I. Introducción

En Colombia, la contratación estatal se compone de dos clases de regímenes. El primero es el régimen general de contratación, regulado por la Ley 80

de 1993 —por el cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública—, norma que fue emitida por el Congreso de la República en virtud de la competencia establecida en el último inciso del artículo 150 de la Constitución Política. Por otra parte, se encuentran los regímenes especiales de contratación, regidos por las normas propias del derecho privado; es decir, son regímenes exceptuados de la aplicación de la Ley 80 de 1993, aunque las entidades con esta clase de regímenes están sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades, previsto para la contratación estatal, y deben aplicar los principios de la función administrativa y la gestión fiscal contemplados en los artículos 209 y 267 de la Constitución Política (Ley 1150 de 2007, artículo 13).

La justificación de la existencia de estos regímenes especiales de contratación¹ se encuentra en la naturaleza especial de ciertas entidades públicas y sus necesidades especiales de contratación para poder competir con sujetos de derecho privado en ciertos mercados de bienes y servicios, y así poder mantener la influencia del Ejecutivo en ciertos sectores. Aunque la vocación de la Ley 80 de 1993 era que ciertos sectores y entidades de derecho público contrataran bajo regímenes especiales regulados por el derecho privado, en la realidad, se observa que se ha presentado una continua y creciente proliferación de estos regímenes como puerta de escape a los procedimientos establecidos en el Estatuto General de Contratación.

Lo que resulta cuestionable es que, gran parte de las entidades públicas con regímenes especiales de contratación, han sido creadas por el presidente de la República en uso de facultades legislativas extraordinarias. En este escrito se mostrará cómo el presidente de la República, en uso de tales facultades excepcionales, ha propiciado la creación de regímenes especiales como instrumentos de manejo presupuestal, tales como los patrimonios autónomos y/o fondos cuenta creados para atender necesidades especiales del Ejecutivo. Todo esto, sin pasar por el filtro de discusión en el Congreso de la República, lo que es requerido para la creación de entidades públicas con personería

¹ Barreto Moreno (2019) ha dividido los regímenes especiales de contratación en cuatro grupos, conforme a los siguientes criterios: (1) el sector donde se ubican; (2) la entidad específica excluida del Estatuto General; (3) el objeto del contrato sometido a reglas particulares, y (4) el fondo creado para la administración de los recursos por fuera del régimen general de contratación (p. 233).

jurídica. De las disposiciones de la carta política de 1991 se podría entender que, si el Congreso es el órgano facultado para expedir el Estatuto General de Contratación, lo consecuente sería que él mismo —y no el presidente de la República— fuese quien estableciera los regímenes exceptuados.

Para dar trámite a este propósito, en la primera parte de este escrito se abordará la justificación de que existan regímenes especiales en Colombia que estén exceptuados de la aplicación de la Ley 80, que contraten bajo normas de derecho privado (1); posteriormente, se expondrá cómo estos regímenes especiales de contratación creados en uso de facultades excepcionales del presidente han constituido puertas de escape al régimen general (2); finalmente, se abordará, en concreto, la creación de fondos cuenta y patrimonios autónomos como regímenes exceptuados de la Ley 80 en uso de las facultades de legislación extraordinaria que posee del Ejecutivo (3).

II. Los regímenes especiales en el sistema de compra pública en Colombia

Un acuerdo generalizado en las instituciones jurídicas colombianas para explicar la promulgación de la Ley 80 de 1993 es el de destacar la primacía que dicha Ley le iba a dar a lo dispuesto en el Código Civil y de Comercio, en relación con el desenvolvimiento de las relaciones, obligaciones, derechos y deberes entre las partes del contrato estatal. Lo anterior, sin obviar la necesaria introducción de algunos principios, prerrogativas, y requisitos provenientes del derecho público, y que se derivan del interés público que se debe proteger, cuando se efectúa la gestión contractual del Estado de forma conjunta con los particulares.

La codiciada armonización entre el derecho público y el derecho privado, que propuso la Ley 80 de 1993 hace ya 30 años, se forjó en torno a la premisa que pregonaba: la reducción de la complejidad de la gestión contractual. Esto mediante la expedición de una norma que, al unificar² —y por esta

² Sobre las dificultades que entraña la utilización de verbo unificar, y/o su uso como adjetivo único, la doctrina ha señalado que: “en Colombia no existe único régimen de contratación pública. La Corte Constitucional sostuvo que el mandato contenido en el artículo 150 de la Constitución Política no obligaba al legislador a expedir un estatuto único de contratación,

vía, reducir el ritualismo y tramitología que caracterizó a la gestión contractual del Estado antes de la Constitución de 1991—,³ facilitara el tránsito de las relaciones contractuales mediadas por el uso de los recursos públicos.

Los mecanismos de simplificación de la gestión contractual que se diseñaron en la Ley 80 de 1993 fueron múltiples. Uno de los más destacados fue el de permitir que sólo ciertas entidades de naturaleza pública o semipública, en unos pocos sectores administrativos, conservaran o tuvieran la dispensa, por autorización legal, de hacer uso de los recursos públicos bajo el régimen del derecho común, o bajo un régimen mixto en el que la intensidad del derecho público sería menor que la del régimen general. En otros términos, sólo una porción contenida de regímenes quedaría exceptuada del cumplimiento de las normas de la Ley 80 de 1993: “La ley (80 de 1993) tiene una vocación universal reforzada por la eliminación de la distinción entre contratos administrativos y contratos de derecho privado, reemplazada por la noción de contratos estatales” (Benavides, 2004, p. 50).

Para entonces, la decisión del tamaño y la cantidad de parcelas que iban a ser excluidas del régimen general obedeció a un criterio de especialidad diseñado por el legislador, que algunos han descrito como racional, al sugerir que tomaba en consideración la idea de que para ciertos casos “la atracción del derecho privado es más significativa” (Benavides, 2004, p. 54). La Ley 80 de 1993 resolvió que, derivado de: (1) la naturaleza de los organismos y entidades de conformación pública y/o semipública que requerían competir con organismos y entes privados para ofrecer bienes y servicios en los mercados en condiciones de igualdad y celeridad; (2) la especialidad de determinados sectores administrativos específicos, que de forma previa a 1993, contaban con regímenes diferenciales en sus procesos contractuales, o (3) para resguardarse frente a la malsana influencia del Ejecutivo sobre otro

sino un estatuto de carácter general que contuviera reglas y principios que orientaran la actividad contractual del estado. Así mismo, consideró que la Ley 80 de 1993 tenía la naturaleza de ley ordinaria, pese a la denominación de Estatuto General de la Contratación Estatal” (Morillo Carrillo, 2019, p. 53).

³ Este panorama ha sido descrito por autoras como Palacios (2008) en los siguientes términos: “Por ejemplo en el tema de las licitaciones, había que introducir las ofertas en una urna con tres llaves. Pero si la urna tenía dos llaves se sancionaba, si tenía una llave se sancionaba. Se nos prendió en la piel de los colombianos un tema tramitológico terrible” (p. 192).

tipo de sectores necesitados de autonomía frente a él,⁴ era necesario que estas parcelas de exclusión al régimen general continuaran funcionando de forma concomitante con el régimen general.

De esta manera, una buena síntesis del propósito de la Ley 80 de 1993 sería describirlo como un régimen que le daba una alta primacía al derecho común para estas escasas parcelas del funcionamiento del Estado en las que se justificaba la excepción. Al mismo tiempo, la norma apostaba por una preferencia para que las partes restantes del Estado, que para ese momento eran la gran mayoría, funcionaran con la incorporación de ciertas pinceladas de derecho público para la protección de los intereses públicos. Pinceladas que, de todas formas, iban a ser menos intensas que aquellas cargadas de ineficacia, ritualismo y reglamentarismo que primaron con anterioridad a la expedición del llamado Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública.

Sin embargo, treinta años después, este propósito de la Ley 80 de 1993 se encuentra completamente desdibujado. La “atracción del derecho privado” se tornó en una atracción fatal, al punto de que en la actualidad es motivo de mofa el defender la idea que existe un régimen general de contratación estatal. Son muchos los motivos que pueden explicar este fenómeno, sin que puedan exponerse de forma secuencial o con una correlación de causalidad directa. La constante intervención y el reformismo a la Ley 80 de 1993, como mecanismo para atajar actuaciones contrarias a la ética de lo público, pudo haber generado la necesidad de crear una puerta de escape a dicho régimen, que durante décadas perdió sus lineamientos originales y se transformó en un “monstruo” pesado y, en consecuencia, lento e ineficiente. Lo cierto es que la puerta de escape se está volviendo cada vez más grande, y ha venido transformando la versión original de regímenes especiales de contratación

⁴ Autores como Jojoa Bolaños (2012) han analizado este criterio de autonomía a partir de los pronunciamientos de la Corte Constitucional para delimitar las razones de existencia de regímenes exceptuados del régimen general como los de las universidades públicas, a pesar de criticar el alcance de esta exclusión. Sobre esta particular, señala el autor: “En suma la alta corporación concluye que la autonomía universitaria se concreta entonces en la libertad académica y económica de las instituciones de educación superior, libres de interferencia del poder público. Para nosotros no es de recibo dicho entendimiento toda vez que la autonomía no es absoluta” (p. 93).

con recursos públicos, de un minimalismo contenido a su opuesto, es decir, a su versión sobrecargada.⁵ Esto se constata en la multiplicación exponencial de los regímenes especiales de contratación con recursos públicos.⁶

Esa multiplicación ha generado, a su vez, una necesidad de nuevas intervenciones del legislador, quien ha modificado el marco regulatorio originalmente establecido en la Ley 80 de 1993, con el fin de incorporar controles a la manera como se efectúa la gestión contractual, por parte de quienes se encuentran situados por fuera del régimen general. Estas transformaciones están acercando a los regímenes especiales de contratación al derecho público; lo cual ha comenzado a hacer nuevamente muy complejo el distinguir los distintos regímenes e imbricar las líneas divisorias entre ambos.⁷ La comprensión de los regímenes especiales, como aquellos que efectúan su gestión contractual a partir de las normas del derecho común, cada vez va perdiendo su sentido, en la medida en la que resulta necesaria, con mayor frecuencia, la integración legal de normas de derecho público para dar cumplimiento a los mandatos de legislador. Esta idea ha sido ya denunciada por la doctrina nacional, tal y como se evidencia en el siguiente extracto de una obra reciente sobre el tema:

⁵ El más reciente, de creación presidencial, fue el régimen especial del Instituto Nacional de Vías Regionales (INVIR), por medio del Decreto 1961 de 2023, artículo 35, cuyo régimen de contratación fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en Sentencia C-398 de 2024. En resumen, señaló el alto Tribunal: “Sin embargo, en la solicitud de facultades extraordinarias, el presidente no hizo mención a la posibilidad de que, en el contexto de dicha definición, pudiera determinar que esa entidad fuera titular un régimen de contratación excepcional”.

⁶ Mientras que autores como Jojoa (2012, p. 77) denunciaban la existencia de por lo menos 29 regímenes especiales para el 2002, autores como Maldonado (2022) son parte de la vida de toda persona natural o jurídica, pública o privada, y son esenciales en la satisfacción de necesidades concretas. En el ámbito público, se han considerado como instrumentos de política pública y de materialización de las mismas y coadyuban a garantizar y gestionar el interés general. El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Ley 80 de 1993) afirman que hasta 2022 existen 106 órganos, entidades o instrumentos con régimen exceptuado de contratación en el nivel nacional y 1785 en el orden territorial.

⁷ Sobre el principio de planeación contractual aplicable a los regímenes especiales de contratación, véase la Sentencia de 22 de noviembre de 2021, Exp. 51480, M. P. Jaime Enrique Rodríguez Navas; Sentencia del 27 de enero de 2016, Exp. 38449, M. P. Marta Nubia Velásquez Rico.

Es precisamente en este panorama donde se inscribe lo que se ha calificado como el objetivo frustrado del Estatuto de Contratación Estatal, de crear un estatuto universal, toda vez que, mientras que el Estatuto de tenía la intención de convertirse en el mínimo de derecho público común a todos los contratos del Estado, la realidad de la práctica, esto es, la proliferación de los regímenes exceptuados habría terminado por desfigurar la pretensión original del legislador de 1993. (Montaña Plata y Zapata García, 2022, p. 51)

Si bien no existen suficientes estudios que determinen las causas o factores que han facilitado la proliferación de los regímenes especiales de contratación, los efectos indeseados y el impacto de esta dispersión normativa en fenómenos como la corrupción, en la contratación con recursos públicos, sí ha tenido una mirada más aguda por parte de la academia nacional. Autores como Zuleta y Caro (2020) han concluido que, uno de los factores de mayor preocupación en la contratación estatal, se encuentra en la búsqueda de alternativas para circundar la pluralidad y la libertad de concurrencia de oferentes en procesos que garanticen la selección objetiva, bien sea a través del uso indiscriminado de mecanismos de contratación directa tolerados por el mismo Estatuto General, o también, mediante el uso de los regímenes especiales.

Sobre estos últimos, los autores mencionados han dicho que

Algunas entidades estatales han sido exceptuadas del régimen general de contratación con el argumento de requerir agilidad en la contratación, pasando por alto lo que ya había establecido la Ley 1150 sobre la modalidad de la selección abreviada. Este es el caso de la UPME,⁸ el antiguo FONADE,⁹ la Agencia Nacional de Seguridad Vial, Fondo Adaptación, entre otras. Esta situación es preocupante pues no hay claridad sobre las reglas del juego y el nivel de competencia en las adquisiciones de estas entidades. (Zuleta y Caro, 2020, p. 64)

Esta constatación de vínculos o relaciones entre fenómenos de corrupción y los regímenes especiales se constituyen en una explicación de las pri-

⁸ Unidad de Planeación Minero-Energética.

⁹ Fondo de Desarrollo de Proyectos de Desarrollo.

meras reformas legislativas integrales que se efectuaron al texto de la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007 y algunas más recientes, contenidas en la Ley 2195 de 2022.

Estas normas determinaron la necesidad de evitar que estos regímenes especiales estuvieran tan alejados de los mandatos del derecho público, como para obviar los principios de la función administrativa establecidos en el artículo 209 de la Constitución Política, en sus procesos contractuales y, recientemente, el SECOP.¹⁰ Igualmente, el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 53 de la Ley 2195 de 2022 —una norma que se ocupó de imponer las primeras limitaciones al uso de los recursos públicos a través de los regímenes especiales después de la promulgación de la Ley 80—, también instituyó la necesidad de que tales regímenes atendieran las restricciones a la capacidad para contratar con el Estado, establecidas en las normas sobre inhabilidades e incompatibilidades consagradas en la Ley 80 de 1993; y por este medio eliminó una fuente de discrecionalidad en los procesos de selección de estos regímenes que no tenía relación alguna con los motivos originales para su preservación.

Por último, esta norma incorporó la obligación de los órganos y entidades autorizadas para efectuar la gestión contractual de dar cumplimiento a los principios de gestión fiscal, establecidos en el artículo 267 de la Constitución Política de Colombia, también desarrollados en el artículo 3o. de la Ley 610 de 2000 y el Decreto 403 de 2020, dentro del conjunto que controles que desde el derecho público debían establecerse a la contratación de recursos públicos a través de esta clase de regímenes especiales.

Las prescripciones impartidas por el legislador en 2007 empezaron a descender a los manuales de contratación de las entidades, organismos e instrumentos autorizados para tener regímenes especiales de contratación. La autonomía y discrecionalidad de las entidades, órganos e instrumentos que usan regímenes especiales para interpretar la forma de incorporar los principios de la función administrativa y/o los de la gestión fiscal en sus

¹⁰ El Sistema Electrónico de Contratación Pública (SECOP) es el portal de compras públicas colombiano creado para modernizar la contratación pública, al servir no sólo como medio de publicidad, sino también como plataforma transaccional para las entidades estatales y los proveedores.

procesos contractuales, y las demás órdenes dadas por el legislador, generaron una nueva arista de complejidad ante la emergencia de un régimen mixto.

Estos fenómenos fueron explicados de la siguiente manera:

En la práctica, ello se traduce en dilaciones en la contratación, toda vez que en busca del cumplimiento de tales principios, las entidades estatales con régimen de contratación privado han optado por incluir dentro de sus procesos de contratación prácticas traídas del estatuto de contratación de la Administración Pública. (Grueso Rodríguez, 2014, p. 197)

El aterrizaje de los preceptos del legislador a los manuales propició, a su vez, la irrupción de dudas interpretativas sobre el alcance de estas órdenes de derecho público, en un contexto en el que debería primar el derecho común. Algunos analistas sobre esta materia han establecido un listado de dichas dudas, entre las que se destacan:

El perfeccionamiento del contrato, el cual, de conformidad con el artículo 41 de la Ley 80 de 1993, ocurre cuando exista acuerdo entre el objeto y la contraprestación y se “eleve a escrito”, lo que podría llevar a concluir que los contratos regidos por el derecho común no requerirían del requisito de constar por escrito, y que no le fueran aplicables, por ejemplo, algunas consideraciones relativas al enriquecimiento sin causa; (2) la falta de límites porcentuales para pactar pagos anticipados y anticipos para las entidades exceptuadas del Estatuto General de contratación; (3) algunos razonamientos derivados de las leyes presupuestales; (4) la adición, prórroga, cesión y subcontratación; y (5) la exigencia de garantías como la garantía única de cumplimiento, para mencionar tan solo algunas de las discusiones que han sido traídas a colación recientemente por la doctrina. (Montaña Plata y Zapata García, 2022, p. 55)

Estos asuntos y otros de mayor complejidad, como los relacionados con la incorporación de potestades excepcionales en los manuales de contratación de los regímenes especiales, y en dónde es posible que por mímica jurídica estas cláusulas se trasladen de un manual de contratación a otro, sin la revisión del detalle de la autorización legal previa que permite su incorporación,

siguen evidenciando la confusión que existe sobre la materia.¹¹ Otras inquietudes, en relación con las llamadas potestades unilaterales, que se desprenden del Estatuto General de la contratación, pero que algunas veces son incorporadas en los manuales contractuales de los regímenes especiales, dejando en posición del privilegio a la entidad estatal, sin que dicha posición sea la usual en el derecho común, siguen aún sin ser esclarecidas, ni siquiera en instancias jurisdiccionales.¹²

Pese a que el tema es poco pacífico, y que se constituye como uno de los factores explicativos de la “hiperinflación normativa” que caracteriza el sector,¹³ el legislador ordinario se ha ocupado de establecer nuevas obliga-

¹¹ Un caso paradigmático para mostrar esto es el caso *Canta Rana*, un caso discutido en la sentencia del Consejo de Estado Sección Tercera-Subsección B del diecisiete (17) de marzo de dos mil veintiuno (2021), R (38237), M. P. Alberto Montaña. En esta sentencia, se tomó una decisión, por el Consejo de Estado, ante la imposición de una potestad excepcional de caducidad de un contrato que una empresa de servicios públicos declaró sin que en el contrato se hubiera incorporado el uso de esta potestad excepcional. Mientras la empresa de servicios públicos sostenía que era procedente el uso de la caducidad, a pesar de que no se hubiera pactado, porque así se lo permitía su manual de contratación y el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, que determina a la caducidad como una potestad excepcional, la contratista alegaba la imposibilidad de imponer la declaratoria de caducidad del contrato, por ser uno de aquellos en los que se requería pacto. En su solución, el Consejo de Estado decidió darle la razón al contratista, al verificar que lo establecido en el manual de la empresa estaba en contravía de la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios en la que existen unas reglas específicas para la declaratoria de caducidad de los contratos. Reglas que, para casos en los que se afecta la continuidad y prestación ininterrumpida del servicio, le difieren a la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, y no a las empresas de servicios públicos, la determinación de hacer posible, o no, la inclusión de las potestades excepcionales en ciertos tipos de contratos que celebren estas empresas, como el que gobernaba el caso resuelto.

¹² Autores como Morillo (2019) sintetizaron la divergencia interpretativa existente en el Consejo de Estado en relación con la imposibilidad de que las entidades y órganos de régimen especial puedan liquidar unilateralmente un contrato estatal, por la subsección B del Consejo de Estado, sobre la base de la improcedencia de la liquidación del contrato en el derecho común, y la tesis opuesta sobre la materia que es sostenida por la subsección C. Subsección que entiende que es posible pactar esta cláusula unilateral en favor de la administración para que la autoridad administrativa liquide el contrato sin el concurso del contratista, también en los contratos de régimen exceptuado. De forma más reciente, Montaña Plata acentúa la continuación de esta división al interior de la sección Tercera del Consejo de Estado (Montaña y Zapata, 2022, p. 61).

¹³ Sobre el tema de hiperinflación, Dávila (2016) señala que “la continua y malsana variación del derecho positivo no genera un mejoramiento de la actividad del estado sino un retroce-

ciones a los órganos y entidades exceptuadas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública de manera cada vez más frecuente. Es por ello que el legislador colombiano desarrolló, en la Ley 2195 de 2022 (artículo 53), una obligación para que quienes se encuentren en regímenes especiales cumplan con el deber de publicar los documentos relacionados con su actividad contractual en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública (SECOP II), o en la plataforma encargada de dar publicidad a los procesos contractuales de quienes están sometidos al Régimen General de la Contratación Estatal.

Esta misma norma también señala, en su artículo 56, la obligación de que algunos órganos, entidades e instrumentos que hagan uso de regímenes especiales en sus procesos contractuales, y que no sean identificables como instituciones de Educación Superior públicas, las Empresas Sociales del Estado, Sociedades de Economía Mixta o Empresas Industriales y Comerciales del Estado, hagan uso de los pliegos tipo desarrollados por la agencia Colombia Compra Eficiente en los procesos contractuales, en virtud de lo reglado por la Ley 1882 de 2018 (artículo 4o.) y en la Ley 2022 de 2020. Eso sí, “dejando en claro” que la excepción que cubre a los regímenes especiales puros, es decir, los creados directamente por la Ley 80 de 1993, sólo cubre a los contratos de su giro ordinario y que pueden adoptar los pliegos tipo como buena práctica dentro de sus manuales contractuales.

Todos estos desarrollos legislativos son fuentes de confusión, por cuenta de las imbricaciones que existen entre derecho público y privado en este tipo de regímenes, y la diversidad y pluralidad de maneras en las que se pueden manifestar estas interrelaciones. La creación de un orden discrecional y mixto, pero que tiene una naturaleza reglamentaria, y sobre el que ni las partes contractuales ni los órganos de control, y en muchos casos los órganos jurisdiccionales tienen claridad sobre cómo debería funcionar para conciliar la agilidad, la autonomía o la especialidad, pero sin soslayar la transparencia y el manejo ético de los recursos públicos, aumentan la dispersión normativa en el sector de la gestión contractual. Estos problemas ponen de presente

so. A esta conclusión me arrimo si comparo lo existente en octubre de 1993 con lo actual, caracterizado hoy por una hiperinflación normativa, por exceso de procedimientos, por la permanencia de fenómenos alcistas de ineficiencia administrativa y de corrupción que las nuevas normas supuestamente pretendían corregir” (p. 1).

la importancia de evitar un maximalismo en la generación de regímenes exceptuados al régimen general y/o la propia existencia y utilidad de un régimen general, si este, por sustracción de materia, termina siendo la excepción bajo la excusa de sus ineficiencias.

Uno de los caminos para evitar, entonces, que se continúe desdibujando la pretensión de simplificación de la gestión contractual, es el de repasar la pretensión original de la Ley 80 de 1993 de una visión minimalista y contenida de regímenes especiales. El otro será el de eliminar el régimen general. El primero de estos caminos parece ser el menos traumático en el contexto colombiano, pese a que el Estatuto General pretendió implementar un modelo de principios, y que, al no lograr sus propósitos, se presentaron fallas de mercado. Estas fallas se han logrado corregir a través de la regulación de la compra pública (Pulido Ortiz y Barreto Moreno, 2021). Pero, para ello se precisa del análisis de las posibles causas que están generando el problema de la sustracción de materia del régimen general de la contratación estatal, a raíz de la creación indiscriminada de regímenes especiales de contratación con recursos del Estado. En lo que se sigue, este trabajo se ocupará de este análisis.

III. Cómo se crean las puertas de escape al régimen general de la contratación estatal: la creación de los regímenes especiales a través de las facultades para legislar del presidente

Existen varios criterios para determinar las maneras como se pueden crear los regímenes especiales de contratación estatal. Estos criterios pueden variar dependiendo de su origen temporal —si son anteriores o posteriores a la Ley 80 de 1993—, así como de su alcance, pues en ciertos casos no se trata de un régimen especial, sino de modalidades o tipologías de contrato que están autorizadas para usar el marco del derecho común, tal y como lo autoriza el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, después de la modificación contenida en la Ley 1150 de 2007.¹⁴ Y también dependen de la naturaleza del suje-

¹⁴ Artículo 32. De los contratos estatales. Son contratos estatales todos los actos jurídicos

to contractual que recibe la autorización para contratar por fuera del régimen general. En relación con el último de estos criterios, es claro que la mayoría de los recursos públicos que se gestionan en regímenes especiales funcionan por la decisión directa del legislador ordinario de crear entidades públicas y órganos del Estado que pertenecen a la rama ejecutiva, que tienen una naturaleza pública o semipública, y que son dotados de personalidad jurídica. Al tener personalidad jurídica, estos órganos y entidades pueden ejercer la contratación como manifestación de lo que significa ser persona. Sin embargo, esta tipología de sujeto contractual no es la única que cuenta con competencia y/o con capacidad para ejercer la función contractual. Una de las novedades más importantes que incorporó la Ley 80 de 1993 fue la de desligar la idea de personalidad jurídica privada y/o pública de la idea de tener capacidad/competencia para celebrar contratos.

En este orden de ideas, el contenido del artículo 2o. de la Ley 80 de 1993 determina que no se requiere ser una persona jurídica para el ejercicio de la función contractual, en calidad de sujeto contractual público.¹⁵ Esta situación generó en su momento cierta perplejidad a los ciudadanos, que acudieron en el año de 1994 a la Corte Constitucional para que el alto tribunal se pronunciara sobre esta materia. En la acción pública de constitucional se demandó el artículo segundo de la Ley 80 de 1993, bajo los siguientes cargos:

La ley 80 de 1993, que contiene el Estatuto General de Contratación, vulnera este principio [la persona es sujeto de derechos y obligaciones] al permitir que organismos que carecen de personalidad jurídica, sean parte en los contratos, y comparezcan a los procesos que en desarrollo de ellos puedan suscitarse.

generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación: [...] Parágrafo 1. Modificado por la Ley 1150 de 2007, artículo 15. Los contratos que celebren los establecimientos de crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal, no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades.

¹⁵ Por su parte, está misma idea se replica para los sujetos de naturaleza privada en el artículo séptimo a los que se les autoriza a constituir consorcios y/o uniones temporales, como una especie de forma asociativa pero carente de personalidad jurídica.

Uno de los requisitos que exige la ley para que exista el contrato, es el acuerdo de voluntades, y de esa voluntad sólo puede gozar quien sea persona, y tenga la capacidad para obligarse, es decir, sea sujeto de derechos.¹⁶

La Corte desestimó la demanda, y declaró la exequibilidad de la norma demandada bajo el entendido de que, en la exposición de motivos de la Ley 80 de 1993, se determinaba la elección del legislador de permitir que “sujetos contractuales”¹⁷ que no tuvieran personalidad jurídica contaran con competencia para efectuar contratos a nombre del Estado. Sobre esta decisión, se ha comentado por la doctrina nacional, que

En su momento la norma fue demandada ante la corte constitucional, por ser modificatoria, a juicio del demandante de la estructura que nuestra carta política establecía para la administración pública. La Corte declaró la exequibilidad afirmando que había que diferenciar entre la personería y la capacidad para contratar y que esta última podría ser restringida y ampliada por el legislador sin que ello implicara un reconocimiento de personería. (Dávila Vinuesa, 2016)

Ahora bien, a pesar de lo dicho por la Corte, la manera como se comprende quién puede otorgar esa competencia, para que sujetos contractuales de naturaleza pública puedan contraer obligaciones a partir de contratos estatales, no está definida ni es clara en el enunciado normativo contenido en el artículo segundo de la Ley 80 de 1993. Este enunciado, en los apartes finales del numeral dos del artículo en cita, sólo establece que tienen esta potestad “los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos”. Como se observa, el sustantivo “la ley”, que integra la oración, no tiene ningún tipo de calificación que permita comprender qué tipo de ley es la que puede otorgar a un sujeto contractual público la capacidad para celebrar contratos.

Sin embargo, la práctica ha empezado a mostrar que la expresión “ley”, a la que se refiere el enunciado normativo de la Ley 80 de 1993, no sólo hace referencia a la ley entendida en sentido formal y ordinario, sino que, esta ex-

¹⁶ Demanda de inconstitucionalidad, sentencia C-374 de 1994.

¹⁷ *Gaceta del Congreso*, núm. 75, 23 de septiembre de 1992, p. 16.

presión, también incluye a los poderes de creación legislativa que la Constitución le autoriza ejercitar al presidente. En este orden de ideas, aunque el aparte final del artículo segundo del numeral segundo de la Ley 80 de 1993 no hizo una distinción entre el legislador ordinario y el legislador extraordinario o excepcional a la hora de otorgar a sujetos contractuales públicos la posibilidad para contratar, sin contar con personalidad jurídica, los agentes del Estado situados en el Ejecutivo sí han empezado a hacer esa distinción. El Ejecutivo, entonces, ha empezado a sacar provecho de la ambigüedad inherente al concepto de *ley*.

A partir de allí se tiene que, tanto el legislador ordinario como el Ejecutivo, cuando usan facultades extraordinarias, y también facultades legislativas excepcionales, están otorgando (1) competencia a órganos y dependencias para contratar el régimen general; pero, especialmente, (2) capacidad para que estos órganos o dependencias usen los recursos públicos, aunque para contratar a través de regímenes excepcionales. En este orden de ideas, la sobreexplotación, cada vez más frecuente, de la regla contenida en el enunciado normativo del artículo segundo de la Ley 80 de 1993, para crear órganos, dependencias e instrumentos con capacidad de para contratar, y que son exceptuados del régimen general de la contratación estatal, es la causa explicativa de la llamativa proliferación de los regímenes excepcionales.

Una de las aristas que más ha contribuido a esta multiplicación de los regímenes especiales de contratación estatal está dada en el uso que el presidente de la República ha hecho de la legislación material para generar instrumentos de manejo presupuestal, tales como fondos cuenta y/o patrimonios autónomos creados y diseñados para atender necesidades especiales del Ejecutivo, y que son constituidos sin pasar por el filtro de la discusión del Congreso, que es el que se requiere para crear una entidad pública con personalidad jurídica. Para explotar esa arista, el Ejecutivo hace uso o bien de facultades extraordinarias que le son concedidas por el legislador a través de un proceso previo de habilitación (Constitución Política de Colombia, 1991, artículo 150, número 10), o bien mediante las facultades excepcionales (C. P., artículos 213, 214 y 215) que la Constitución le autoriza usar al presidente de forma directa para la solución de los estados de excepción. La cada vez más habitual apelación a esta movida, por parte del Ejecutivo, debería ser objeto de alarma en la comunidad jurídica, no sólo cuando aparece algún escándalo de co-

yuntura, que es expuesto por los medios de comunicación por la utilización indebida de estos recursos,¹⁸ sino a través de un análisis más estructural de la ocurrencia de este fenómeno. Estas alarmas deberían obligar a la reflexión sobre la viabilidad constitucional de este tipo de puertas de escape al régimen general, a pesar de que, como se verá más adelante, las autoridades judiciales las hayan avalado con algunas restricciones hasta el momento.

En efecto, la Constitución establece que es al Congreso, y no al presidente, a quien corresponde definir quién está adentro del régimen general, al ordenar que son funciones del Congreso “expedir el estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional”. Si esto es así, también debería ser el Congreso el órgano al que le corresponde definir quién está afuera de este régimen. Por esta razón, sólo la ley en sentido formal debería poder determinar o configurar la existencia de regímenes especiales de contratación estatal. De lo contrario se produce una ruptura del sistema de frenos y contrapesos diseñado por la Constitución.

Esto porque mientras que, la creación de una persona jurídica de derecho público con capacidad para contratar por fuera del régimen general, es necesaria la colaboración y coordinación entre el Congreso y el presidente, en virtud de lo señalado por el artículo 150 núm. 7 y el 154 de la Constitución Política, a su vez desarrollados en el artículo 49 de la Ley 489 de 1998, paradójicamente, no sería necesario el ejercicio de contrapeso de ninguna índole, para que el Ejecutivo pueda crear un centro de intereses o un instrumento con capacidad para contratar exceptuado del cumplimiento del Estatuto General de la Contratación.

Al permitirse, sin mayores limitaciones, que el presidente use sus poderes de promulgación de legislación material, para concentrar recursos públicos para ejercicio de la contratación estatal por fuera del régimen general sin que el Congreso necesariamente autorice o ratifique dichos usos, se crea una vía mucho más expedita para desdibujar la existencia de dicho régimen. Esto agrava el problema de la proliferación de las excepciones, del cual también ha sido responsable el legislador, pero que al menos tiene en la idea del debate parlamentario y del proceso legislativo una barrera de contención.

¹⁸ Sobre el particular véanse Delgado (2023) y El Periódico (2023).

Si se insiste en la idea de tener un régimen general, la incubación de excepciones debería atender a criterios de máxima racionalidad legislativa, y no dejarse simplemente al arbitrio de la libertad configurativa del legislador, entendiendo la importancia cardinal que tiene el ejercicio de la función contractual para el desarrollo del Estado social de derecho. El uso de la legislación material para estos propósitos está aún más lejos de esta exigencia. No obstante, la Corte Constitucional ha avalado este uso de la legislación material para extraer el manejo de los recursos públicos del régimen general al derecho común. Aun a pesar de este aval, es preciso señalar que esta autorización parte de una interpretación ingenua y problemática de la reserva legal contenida en esta norma, y del sistema de frenos y contrapesos diseñado por la Constitución de 1991, para evitar los excesos de poder del Ejecutivo. En este orden de ideas, dejar este poder en manos del presidente, sin contrapesos suficientes y/o adecuados, desdibuja la idea de control a esta rama del poder público.

Aunado a lo anterior, para situaciones excepcionales —cuando tienen lugar las facultades legislativas del presidente—, la Ley 80 de 1993 establece, en el artículo 42, las causales bajo las cuales procede la declaratoria de urgencia manifiesta, y que permite la contratación directa bajo el artículo 2o., numeral 4, de la Ley 1150 de 2007. Entre los supuestos para su procedencia se encuentran las situaciones relacionadas con los estados de excepción, por lo que la propia Ley 80 establece las herramientas para atender las necesidades de contratación en escenarios excepcionales, atándolas al régimen general, sin que se requiera de la creación de nuevos regímenes especiales.

En este orden de ideas, si es grave que no se le exija mucho al legislador para crear excepciones, es aún más preocupante que al presidente no se le exija nada para que abra la puerta a las excepciones. Autores como Maldonado coinciden con la conclusión acerca de la necesidad de revisar los argumentos sobre la constitucionalidad de esta clase de decisiones, aunque por otras razones, al señalar:

Pero independientemente de los regímenes de contratación particulares que la Cpol ha dispuesto, la creación desmedida de regímenes especiales por parte del legislador o *del gobierno en uso de facultades extraordinarias para legislar, podría no resultar ajustado a la constitución*, pues la norma general que es el EGCAP, que tuvo

su justificación en la dispersión normativa y en las discusiones sobre los contratos que celebraba la administración, hoy en día presenta más excepciones que se han convertido en la regla general y que pueden atentar contra valores, principios y derechos constitucionales como la igualdad, la efectividad de los derechos y la participación, entre otros. (Maldonado, 2022, p. 80)

Aquí se quiere adicionar a lo señalado por Maldonado que, además de las facultades extraordinarias, el Ejecutivo también ha empezado a usar las facultades excepcionales para la creación de instrumentos separados o por fuera del régimen general de la contratación estatal, y que lo está haciendo cada vez de forma más frecuente. La apelación a la necesidad de atender de forma pronta necesidades insatisfechas de los ciudadanos termina normalizando la excepción, sin que se repare en el costo de continuar desdibujando la existencia de un régimen general. Con todo, la facultad legislativa debería asignarse al presidente de manera limitada y excepcional.

En lo que se sigue, el artículo se va a centrar en hacer un análisis más detallado de la forma como el presidente está usando los poderes de creación de legislación material para desdibujar la pretensión de la existencia de un régimen general de contratación con recursos públicos.

IV. La creación de fondos cuenta y patrimonios autónomos como regímenes exceptuados al régimen general de la contratación mediante el ejercicio de los poderes legislativos del Ejecutivo

La estrategia del Ejecutivo para concentrar poderes de ejecución presupuestal, destinados a contratar a través de regímenes especiales al usar legislación material, ha consistido en explotar las ambigüedades del aparte final del numeral dos del artículo segundo de la Ley 80 de 1993, que, desde la misma expedición del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, también ha sido sobreexplotada por el legislador ordinario. De esta forma, cuando el presidente expide decretos ley y otro tipo de legislación material, el Ejecutivo se decide, preferiblemente, por ordenar la creación de “órganos” o, instrumentos de gestión con capacidad para contratar; o, en términos

del Consejo de Estado, “centros de intereses”, pero que no tienen personalidad jurídica (Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto 2222, 2015).

Es común que, en esta estrategia, cuando dicho instrumento o centro de intereses es administrado por un órgano o entidad central al que le corresponde la toma de decisión sobre el manejo de estos recursos, el Ejecutivo prefiera sacarlo del régimen general de la contratación estatal. Se utiliza en este escrito la conjugación del verbo “preferir” porque se requeriría hacer un análisis cuantitativo de toda la legislación en sentido material que se expide por el Ejecutivo, y que se sirve de esta norma de la Ley 80 para dar capacidad contractual, y así ofrecer conclusiones absolutas sobre el tema. Este aspecto escapa al ámbito de análisis de esta investigación.

No obstante, la legislación material que se analizará en este texto muestra la preferencia del Ejecutivo por crear fondos cuenta o autorizar la creación de patrimonios autónomos como técnica para otorgar una capacidad de contratación con recursos públicos, pero por fuera del régimen general o bajo un régimen exceptuado. La misma naturaleza del segundo de estos instrumentos, es decir, de los patrimonios autónomos, hace que su creación esté directamente conectada con el régimen común. Por el contrario, la creación de los fondos cuenta a través de legislación material sí implica la toma de una decisión del Ejecutivo de permitir que dicho fondo sea un régimen exceptuado o no lo sea.

Un fondo cuenta es un instrumento de utilización común en diversidad de sectores administrativos, como el de defensa,¹⁹ el de agricultura,²⁰ el de in-

¹⁹ Es el caso de los creados por medio de la Ley 352 de 1997, Fondo-Cuenta del Subsistema de Salud de Las Fuerzas Militares y Fondo-Cuenta del Subsistema de Salud de La Policía Nacional, a través de los cuales se administra presupuesto destinado a la salud de ambas instituciones.

²⁰ Tales como el Fondo de Solidaridad Agropecuario, erigido por la Ley 302 de 1996 con el objetivo de otorgar apoyo económico a los pequeños y medianos productores agropecuarios, forestales, de acuicultura y pesqueros.

clusión social y reconciliación,²¹ el de cultura,²² entre otros. Ha sido definido por el Consejo de Estado como “un sistema separado de cuentas, herramienta o vehículo para el manejo de los bienes o recursos de la Nación, en procura del cumplimiento de finalidades específicas” (Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 2222 de 2015). En relación con esta definición inicial, debe señalarse que un fondo cuenta es una especie de ingreso, reconocido en el ordenamiento jurídico, pero no de forma detallado, en virtud de lo establecido en el artículo 30 del Decreto 111 de 1996, y el artículo 27 de la Ley 225 de 1995, principalmente, y no cuenta con características definitorias compartidas con otro tipo de ingresos o recursos que integran el presupuesto nacional. Sin embargo, ellos deben ser incorporados a él (Celemín, 2019).

En la exposición de motivos de la Ley 222 de 1995 se lee sobre este particular que

El ajuste en la clasificación presupuestal de la vigencia tiene como fin ubicar adecuadamente en el presupuesto general de la nación recursos como los fondos sin personería jurídica, las rentas para el sector justicia consagradas en las Leyes 55 de 1985, 6ª de 1992 y 66 de 1993, los recursos provenientes de la utilización de las plantas térmicas temporalmente en poder de la Nación y en general algunos recursos que no son ingresos corrientes, recursos de capital ni se enmarcan dentro de la definición de contribuciones parafiscales. (Congreso de la República de Colombia, *Gaceta* 242 de 1995)

Al ser una especie del género presupuestal *ingreso*, un fondo cuenta es completamente atípico y, respecto de él, ni el legislador ni el Ejecutivo tienen parámetros para determinar los límites de su funcionamiento. De esta manera, una vez que el fondo cuenta ha sido creado, se puede autorizar al representante legal de tal fondo para operar por dentro o fuera del régimen general de contratación estatal. Autoras como Celemín, por ejemplo,

²¹ Establecido con la finalidad de garantizar la financiación de los planes y programas de prevención y lucha contra la explotación sexual y la pornografía con menores de edad; y por vía de la Ley 679 de 2001 nace el Fondo Contra la Explotación Sexual de Menores a cargo del ICBF.

²² Fondo Filmico Colombia.

han descrito cómo en el sector administrativo de cultura el Fondo de Desarrollo Cinematográfico, creado por el artículo 10 de Ley 814 de 2003, es operado absolutamente con reglas de derecho privado.

Asimismo, el Fondo Filmico Colombia, creado por el artículo 3o. de la Ley 1556 de 2012, opera y es administrado con un carácter privado. Otros fondos, como el Fondo Cuenta del Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares y el Fondo Cuenta del Subsistema de Salud de la Policía Nacional pueden ser administrados con un carácter mixto. La norma de creación de este instrumento establece una cierta discrecionalidad para que quien decide el manejo de los recursos. Es decir, la Dirección General de Sanidad Militar o el Director de Sanidad de la Policía Nacional determinan cómo van a administrar los fondos, pero, al mismo tiempo, la norma los faculta para administrarlos a través de “encargo fiduciario conforme a lo dispuesto en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública” (Ley 352 de 1997, artículo 38).

Por su parte, un *patrimonio autónomo* es una categoría especial de “centro de intereses” que ha sido definido por la jurisprudencia nacional en los siguientes términos:

Los patrimonios autónomos que se denominan así justamente porque teniendo vida propia, así sea de manera transitoria como suele ser, están destinados a pasar en definitiva a alguna persona natural o jurídica, o a cumplir una finalidad, aplicación o afectación específica; y si bien no se les ha conferido personalidad jurídica, lo cierto es que su presencia ha dado lugar a gran cantidad de operaciones y relaciones de derecho en el tráfico comercial de inocultable utilidad socio-económica, las cuales tanto pueden transcurrir pacíficamente como ser objeto de controversias o litigios. (Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 2222 de 2015)

Los patrimonios autónomos pueden ser constituidos con recursos privados, públicos o ambos. Cuando se constituyen con recursos públicos, a pesar de no contar con una personalidad jurídica, sí tienen una capacidad para contratar, derivada no sólo de lo estipulado por el aparte final del numeral dos del artículo segundo de la Ley 80 de 1993, sino también por integración legal de los artículos 1226, 1227 y 1233 del Código de Comercio. Estos ar-

títulos establecen que, los bienes afectos al contrato de fiducia, garantizan el cumplimiento de las obligaciones contraídas para facilitar el cumplimiento del fin deseado.

El Consejo de Estado ha sido claro en afirmar que no se puede confundir la capacidad para celebrar contratos de los patrimonios autónomos, que están por fuera del régimen general, de la competencia que tendrían las entidades estatales para celebrar fiducias públicas o encargos fiduciarios, que estarían dentro del Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública. Lo anterior en la medida en que, para este tipo de contrato, estipulados en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, no se constituyen patrimonios autónomos (Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto 2222 de 2015).

Sin embargo, es preciso revisar la forma como está imitando esta competencia el legislador material cuando a partir de decretos ley, decretos legislativos y decretos con fuerza de ley crea estos instrumentos. A la fecha, no existen estudios para determinar qué elección prefiere el Ejecutivo cuando otorga capacidad a dichos instrumentos. En lo que se sigue, se va a revisar y a sintetizar la forma como se han utilizado de forma reciente los poderes de creación de legislación material; esto es, por medio de decretos legislativos (1) y decretos ley (2), para explotar la ambigüedad del aparte final del numeral dos del artículo segundo de la Ley 80 de 1993, y de esta forma, atraer la gestión de recursos públicos derivados de la gestión contractual, a través de excepciones al régimen general mediante el uso de fondos cuenta y de patrimonios autónomos.

1. La creación de excepciones al régimen general de contratación estatal a partir del uso de decretos legislativos en virtud del estado de emergencia económica, social y ecológica

La Constitución otorga al presidente de la República la facultad de ejercer potestades para crear legislación en ciertos casos de emergencias, en los que las estabilidad social y política están en juego. En estas circunstancias, el presidente puede acudir a la declaratoria de un estado de excepción, y expedir decretos legislativos o decretos con fuerza de ley para conjurar la crisis ocasionada por la emergencia. El uso de estas potestades debe seguir los estrictos

tos y precisos términos de los artículos 212, 213 y 214 constitucionales para la declaratoria de los estados de excepción de guerra exterior y de conmoción interior; y 215 para la declaratoria de los estados de emergencia económica, social y ecológica. Adicionalmente, esta clase de declaratoria de estado de excepción debe ser acompañada de una motivación estricta, en la que se justifique suficientemente la necesidad de expedir normas jurídicas con la exclusiva finalidad de conjurar la crisis o impedir extender los efectos de la emergencia.

Lo anterior implica que esta libertad de configuración satisfaga como mínimo los criterios de necesidad²³ y de motivación,²⁴ el de conexidad material²⁵ y el de finalidad²⁶ en los términos en los que estos criterios han sido desarrollados tanto por la Ley 137 de 1994, como por la jurisprudencia constitucional sobre la materia. Adicionalmente, esta legislación material, sea expedida bajo la modalidad de decreto legislativo o de decreto con fuerza de ley, debe ser proporcional, tiene que cumplir con estándares de no discriminación y también satisfacer estándares de ausencia de arbitrariedad. (Celemin Caicedo, 2023, p. 104)

Ahora bien, la Constitución le permite al presidente, en los estados de excepción, expedir decretos legislativos y decretos con fuerza de ley, dependiendo del tipo de excepcionalidad que el líder del Ejecutivo pretenda conjurar. Sobre las diferencias entre estos tipos de legislación material ha dicho la doctrina:

²³ Artículo 11 de la ley 137 de 1994: “Necesidad. Los decretos legislativos deberán expresar claramente las razones por las cuales cada una de las medidas adoptadas es necesaria para alcanzar los fines que dieron lugar a la declaratoria del estado de excepción correspondiente”.

²⁴ “Busca establecer si la medida adoptada se refiere a los mismos asuntos que causaron y justificaron la declaración del estado de excepción” (Fuentes Contreras, 2017; Jojoa Bolaños, 2018, p. 558).

²⁵ Coteja que los motivos estén justificados. En el caso que la medida restrinja un derecho constitucional, se requiere por parte del intérprete constitucional un juicio más fuerte o estricto de validación de las razones por la cual se tomó la medida.

²⁶ Artículo 10 de la Ley 137 de 1994: “Finalidad. Cada una de las medidas adoptadas en los decretos legislativos deberá estar directa y específicamente encaminada a conjurar las causas de la perturbación y a impedir la extensión de sus efectos”.

Los decretos legislativos que se dicten en estado de guerra exterior y de conmoción interior son transitorios, suspenden las leyes que sean incompatibles y rigen mientras dure el estado de excepción. En el caso del estado de emergencia económica, social y ecológica, su vigencia es indefinida hasta que el Congreso los modifique o derogue, excepto cuando se trate de nuevos tributos o de variación de los existentes, evento en el cual dejan de regir al término de la siguiente vigencia fiscal, salvo que el Congreso durante el año siguiente les otorgue carácter permanente. (Ortiz y Ramírez, 2008)

Como se verá enseguida, en múltiples ocasiones el presidente ha hecho uso de los poderes de excepcionales, contenidos en el artículo 215 de la Constitución, para crear excepciones al régimen general de la contratación, a partir de la expedición de decretos legislativos para generar excepciones al régimen general de la contratación mediante la creación de fondos cuenta o de patrimonios autónomos. La siguiente tabla sintetiza la información.

Tabla 1. Decretos en uso de facultades excepcionales para crear regímenes especiales de contratación

Tipología Decreto	Régimen Creado	Síntesis
Decreto Legislativo 810 de 2020	Patrimonio autónomo	Creado para promover, financiar y apoyar el emprendimiento, la formalización y el fortalecimiento empresarial de las mujeres en Colombia, administrado por una sociedad fiduciaria de naturaleza pública que designe el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República.
Decreto Legislativo 444 de 2020	Fondo de Mitigación de Emergencias (FOME)	Creado para atender las necesidades de recursos para la atención en salud, los efectos adversos generados a la actividad productiva y la necesidad de que la economía continúe brindando condiciones que mantengan el empleo y el crecimiento en el marco de la situación del COVID-19. Fondo cuenta sin personería jurídica del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Decreto Legislativo 552 de 2020	Se adicionan recursos al Fondo de Mitigación de Emergencias -FOME	Adicionó recursos al Fondo de Mitigación de Emergencias - FOME, provenientes del Fondo de Riesgos Laborales - FRL en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica.
Decreto 1250 de 2023	Patrimonio autónomo	Ordena al Ministerio de Vivienda la contratación directa de una fiducia mercantil que tenga por objeto la constitución de un patrimonio autónomo para la ejecución de los proyectos de agua y saneamiento básico en La Guajira, podrá contar con recursos del Presupuesto General de la Nación, los que asignen las entidades nacionales, de los entes territoriales, de las empresas operadoras de servicios públicos del departamento, municipio, de organismos internacionales de cooperación y otras personas naturales y jurídicas. Este patrimonio autónomo estará sujeto al cumplimiento de las normas que le sean aplicables.

Fuente: elaboración propia, con base en revisión de la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana.

Por ser normas expedidas en el desarrollo de las funciones de legislación, y no de ejecución del presidente, corresponde a la Corte Constitucional la adecuación de la creación de estos fondos cuenta y/o patrimonios autónomos a partir de decretos legislativos o con fuerza de ley, dependiendo del ámbito temporal de su duración. Enseguida, se resumirán los pronunciamientos de la Corte en relación con estas normativas.

A. Decreto Legislativo 810 de 2020

Frente a este Decreto, la Corte Constitucional, mediante la Sentencia C-396 de 2020, declaró su exequibilidad indicando que *de fondo* no era contrario a las disposiciones constitucionales. Adicionalmente, menciona el cumplimiento de una serie de requisitos formales de validez tales como 1) la suscripción del decreto por el presidente de la República y todos sus ministros; 2) su ex-

pedición en desarrollo del estado de excepción y durante el término de su vigencia y, 3) la existencia de motivación. Aunque la Corte menciona el desarrollo de un examen formal para este documento, es necesario señalar que, para este, sólo se verificó el cumplimiento de tres exigencias básicas: 1) la suscripción del decreto por el presidente de la República y todos sus ministros; 2) su expedición en desarrollo del estado de excepción y durante el término de su vigencia y, 3) la existencia de motivación. La Corte encontró que las tres condiciones fueron satisfechas.

En relación con la excepción del patrimonio autónomo como régimen exceptuado de la Ley 80 de 1993, el alto tribunal expresó lo siguiente:

En efecto, el decreto en revisión dispone que el consejo directivo determinará el régimen de contratación del patrimonio autónomo, el cual en todo caso deberá regirse por las reglas del derecho privado y observará los principios de transparencia, economía, igualdad, publicidad, y en especial, el de selección objetiva, así como el régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades. [...] En esos términos, pese a contar con recursos públicos —provenientes del presupuesto general de la Nación o de entidades a nivel nacional o territorial (artículo 4, núm. 1 y 2)—, el patrimonio no está obligado a cumplir las reglas contenidas en el Estatuto de Contratación Estatal, en especial, frente a las modalidades de selección. De manera que es evidente que la voluntad del Gobierno fue suspender la aplicación de las normas de contratación que rigen a la administración pública y preservar únicamente algunos principios. En su lugar, autorizar el uso de las reglas negociales entre particulares para el ejercicio de las funciones del mecanismo y no al uso de procedimientos estatales como el de contratación directa. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-396 de 2020)

La Corte Constitucional recordó —como lo ha expresado en anteriores pronunciamientos— que si bien en la ley se plasmaron las exigencias y formalidades de la contratación pública conforme al inciso final del artículo 150 constitucional, también la ley puede disponer, por razones de orden público económico, de excepciones transitorias que permitan atender las necesidades y circunstancias generadas por situaciones de emergencia (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-396 de 2020).

Sin embargo, este análisis omite considerar que la misma Ley 80 de 1993 establece que, para casos de urgencia manifiesta como los que se originan en la declaratoria un estado de excepción, es posible hacer uso de mecanismos expeditos que garanticen los principios de eficiencia y celeridad para la atención oportuna de estos eventos por parte del Estado, pero dentro del marco del régimen general de la contratación estatal. En efecto, el artículo 42 de la Ley 80 de 1993 señala que, una de las vías para hacer uso de la contratación directa, es el escenario de la declaratoria de la urgencia manifiesta, como consecuencia de un estado de excepción. A partir de esta norma, resulta posible que se autorice la creación de un encargo fiduciario, de los que trata el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, y se ordene la contratación directa de la sociedad fiduciaria por parte del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, como un mecanismo también expedito y garante de los principios de celeridad y eficacia (C. P., artículo 209.) para la atención de la emergencia constitucional. Esto, al aplicar la facultad que otorga el 42 de la Ley 80 de 1993 de apelar a la vía de contratación directa en estas circunstancias, pero por dentro de la autorización que da el régimen general de crear una excepción a través del contrato de fiducia pública.

Es necesario aclarar que, aunque una fiducia pública y un patrimonio autónomo son figuras que tienen similitudes, debido a que mediante ambos instrumentos se contrata bajo las normas del derecho común, también tienen sus diferencias. Una diferencia importante es que, mientras en el encargo fiduciario contratado por urgencia manifiesta el control fiscal de la Contraloría es automático, este mismo control será selectivo en el caso de la creación de un patrimonio autónomo. Para hacer más simple el argumento, cuando el gobierno sigue la ruta prevista en la Ley 80 de 1993 para el caso de las emergencias constitucionales, se va a encontrar de frente con la evaluación de la Contraloría a la gestión fiscal efectuada con esos recursos. En la ruta diseñada por el Ejecutivo, esto se convierte en una mera posibilidad. En efecto, la Ley 80 de 1993 determina una obligación al Ejecutivo para que se envíe la documentación de estos contratos una vez superado el estado de excepción, “al organismo que ejerza el control fiscal en la respectiva entidad”.

Pero esta ruta rápida de atención dentro del régimen general no es explorada ni explicada por el Ejecutivo, que se limita a señalar que, el único mecanismo con el que cuenta para atender la emergencia, es el trámite de una

ley para la creación de un patrimonio autónomo, lo que generaría los problemas propios de la demora que se desprenden de la promulgación de una ley en el seno del parlamento. En el caso en específico, la Presidencia le muestra al guardián de la Constitución que la única vía posible para atender de forma rápida la emergencia es a través del trámite de una ley para crear el patrimonio autónomo y que, por este motivo, ante la premura del tiempo, se promulgó la legislación material. De esta manera, el Ejecutivo señala lo siguiente, en la respuesta que envió a la Corte ante la pregunta que el alto tribunal realizó para que explicara “las razones por las cuales la finalidad perseguida en el Decreto objeto de revisión no se podía alcanzar a través los medios ordinarios disponibles en el ordenamiento jurídico”:

Si bien la finalidad del decreto podría haberse alcanzado por los medios ordinarios disponibles en el ordenamiento jurídico, tales como la expedición de una ley de la República que constituyera el patrimonio y le asignara una partida presupuestal, hubiese implicado que se tomara los tiempos propios del trámite legislativo, los cuales en esta situación de crisis impiden que se dé una respuesta y se reaccione de forma oportuna por parte del Estado para atender y corregir los efectos negativos de la pandemia en la población femenina. (Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-396 de 2020)

La clave del argumento se encuentra en desentrañar lo que implica la expresión “tales como la expedición de una ley”, pues, como se argumentó anteriormente, otra de las posibilidades para el Ejecutivo era la creación del encargo fiduciario para que, a través del uso del derecho común que la Ley 80 de 1993 autorizó a usar en esta modalidad contractual, se pudiera atender de forma célere y oportuna la emergencia constitucional. Sin embargo, este instrumento no es ni enunciado, ni examinado por el alto tribunal, quien, por el contrario, da total credibilidad a la argumentación del Ejecutivo y que motiva la declaración de constitucionalidad de la norma que creó el patrimonio autónomo con las siguientes motivaciones:

Así las cosas, partiendo de la base de que las medidas del Decreto Legislativo 810 de 2020, pretenden actuar de forma rápida en la solución de una situación que afecta a las mujeres en mayor medida que a los hombres, esta Corporación

considera que el criterio de tiempo es relevante. Por tal razón, el mecanismo ordinario pierde idoneidad para concretar tal fin y, por tanto, puede concluirse que se supera el juicio de necesidad jurídica. Lo anterior, debido a que el trámite ordinario ante el legislador podría tardar un tiempo considerable, mientras que el patrimonio autónomo creado en el decreto legislativo plantea una solución para la situación de las mujeres agravada por el impacto diferencial de la pandemia. Como se dijo, la pandemia no discrimina, pero sus efectos sí, de manera que han afectado de manera considerable los derechos de las mujeres, sobre quienes debe centrarse también la atención estatal debido al rezago que han padecido históricamente en el disfrute de sus derechos. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia 396 de 2020)

En este orden de ideas, un mejor escenario para el Ejecutivo es tener una actuación oportuna y rápida para responder a un problema originado en la emergencia constitucional, pero sin controles; es decir, sin la revisión necesaria ineludible de los órganos de control a la responsabilidad fiscal. Y aunque, en virtud de lo sostenido por el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, también existe la posibilidad del control fiscal de los recursos públicos que se usan en los regímenes especiales, la diferencia es que, en este último caso, dicho control depende de la contingencia de que el órgano de control lo seleccione para dicho ejercicio. Así, mientras la Corte no examine los criterios de necesidad que el Ejecutivo usó para fundamentar el desplazamiento del Estatuto General de la Contratación Estatal, no se puede comprender el fundamento de necesidad y conexidad que implica la creación de la excepción al régimen general.

B. Decreto Legislativo 444 de 2020

La Corte Constitucional declaró exequible este Decreto mediante la Sentencia C-194 de 2020. Frente al análisis formal del escrito, determinó que cumple con todos los requisitos formales de constitucionalidad, ya que (1) fue suscrito por el presidente y los 18 ministros; (2) fue proferido durante la vigencia y en desarrollo del estado de emergencia económica, social y ecológica, declarado mediante el Decreto 417 de 17 de marzo de 2020, en tanto que (a) fue expedido el 21 de marzo de 2020, esto es, dentro de los 30 días siguientes a dicha

declaratoria del estado de emergencia, y (b) tiene por objeto “dictar disposiciones en materia de recursos, dentro del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica” y, (3) contiene motivación, puesto que expresa las razones que justificaron su expedición, el objeto que persigue, la finalidad de las medidas adoptadas, así como su relación con la emergencia económica, social y ecológica declarada mediante el Decreto 417 de 2020. Finalmente, (4) el requisito referido a la determinación del ámbito territorial de aplicación no es aplicable al caso concreto, por cuanto el Decreto que declaró el estado emergencia económica, social y ecológica no fijó un determinado ámbito de aplicación, sino que sus efectos se extienden a todo el territorio nacional.

En referencia a la excepción del fondo cuenta como régimen exceptuado de la Ley 80 de 1993, el alto tribunal expresó lo siguiente:

La Corte considera que la referida disposición del inciso 2 del artículo 6 del Decreto Legislativo *sub examine* es compatible con la Constitución Política. En efecto, la Corte ha reiterado que “*es constitucional que estos fondos se rijan por el derecho privado*”, habida cuenta de que “*el régimen de contratación privada permite celebrar contratos de manera más expedita*”. Particularmente, en relación con los fondos creados mediante decretos legislativos, la Corte ha señalado que “*se ha permitido que se sometan a las reglas del régimen de contratación privada como una excepción al de contratación pública, consagrado en el Estatuto de la Contratación Pública (Ley 80 de 1993) y la Ley 1150 de 2007*”. La aplicación del régimen de contratación privada se justifica, según la Corte, en “*la urgencia de las situaciones que deben atender, pues requieren medidas necesarias y proporcionales que ayuden a superar las circunstancias particulares que les dieron origen*”. Por estas razones, la Corte concluye que someter la ejecución de los recursos del FOME al régimen de derecho privado no es incompatible con la Constitución Política. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-194 de 2020)

En esta decisión, al igual que la anterior, la Corte tampoco observa o repara qué tipo de justificación utilizó el Ejecutivo para el uso de estos mecanismos, sino que su argumentación es más bien autorreferencial y dedicada a explicar lo que es un fondo cuenta, pero no a desentrañar las razones por las cuales es este el instrumento que permite de forma más adecuada la atención de la emergencia constitucional y, por esta vía, a dejar de lado el régimen general.

C. Decreto 1250 de 2023

La Corte revisó la constitucionalidad de este Decreto y lo encontró contrario a la Constitución Política de Colombia, en la Sentencia C-364 de 2023. En esta decisión, el alto tribunal no se pronunció sobre el patrimonio autónomo creado en esta legislación material, porque el decreto también creaba el Instituto de la Gestión Aguas de la Guajira (la entidad que iba administrar el patrimonio) y esta norma la declaró inexecutable (artículo 13) en la sentencia. Esto, al considerar que dicho desarrollo legislativo contrariaba el principio de necesidad, y conexidad estricta con la emergencia económica, en la medida en que el mencionado instituto no se creó para conjurar la crisis sino para resolver problemas estructurales de la zona. En este orden de ideas, si la norma sobre la creación de instituto se declaró como inexecutable, la creación del patrimonio autónomo que esta entidad iba administrar se declaró inconstitucional por consecuencia.

2. La creación de excepciones al régimen general a partir del uso de decretos ley

Un decreto ley, por otra parte, es una norma con rango de ley, que no requiere de los procedimientos y etapas propios de la ley en sentido formal, lo que le corresponde promulgar ordinariamente al Congreso. En el decreto ley, el presidente ejerce una autorización que la Constitución directamente, o una ley habilitante, le ha otorgado para que desarrolle la regulación sobre un determinado asunto. A partir de estas facultades que el Congreso le confiere al presidente, en virtud de lo preceptuado en el numeral 10 del artículo 150 de la C. P., o que se pueden otorgar directamente a través de actos legislativos,²⁷ se le delega de forma extraordinaria al presidente la competencia para expedir legislación en sentido material; pero sobre la base en unas facultades precisas, que deben ser ejercidas en un tiempo determinado, que no puede exceder los seis meses y que excluye la regulación de materias propias de las leyes de carácter orgánico, las leyes estatutarias o las leyes contentivas

²⁷ Al respecto, véanse: Acto Legislativo, 01 de 2017; Acto Legislativo, 04 de 2019, entre otros.

de códigos, leyes sobre impuestos o sobre los servicios administrativos y técnicos de la Cámara y el Senado.

Tabla 2. Decretos en uso de facultades extraordinarias para crear regímenes especiales de contratación en virtud de la promulgación de decretos ley

TIPOLOGÍA DECRETO	RÉGIMEN CREADO	SÍNTESIS
Decreto Ley 691 de 2017	Sustituye el Fondo de Sostenibilidad por un patrimonio autónomo denominado Fondo Colombia en Paz.	Por el cual se sustituye el Fondo para la Sostenibilidad Ambiental y Desarrollo Rural Sostenible en Zonas Afectadas por el Conflicto por el “Fondo Colombia en Paz (FCP)” y se reglamenta su funcionamiento.
Decreto Ley 903 de 2017	Patrimonio autónomo que servirá de receptor de todos los bienes y recursos patrimoniales monetizados y no monetizados inventariados.	Por el cual se dictan disposiciones sobre la realización de un inventario de los bienes y activos a disposición de las FARC EP (artículo 3o.).

Fuente: elaboración propia, con base en revisión de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana.

Los pronunciamientos de la Corte sobre los mencionados decretos ley se sintetizan a continuación.

A. Decreto Ley 691 de 2017

En desarrollo de las facultades legislativas para la paz, que el Acto Legislativo 01 de 2016 confirió al presidente de la República para desarrollar el Acuerdo de Paz, se profirió el Decreto 691 de 2017, con el fin de sustituir el Fondo para la Sostenibilidad Ambiental y Desarrollo Rural Sostenible en Zonas Afectadas por el Conflicto, creado por la Ley 1769 de 2015, por el Fondo Colombia en Paz, cuyo régimen de contratación es el derecho privado conforme al artículo tercero del referido Decreto Ley. Por medio de la Sentencia C-438

de 2017, la Corte Constitucional declaró su exequibilidad al afirmar de forma expresa que este tipo de decisión hace parte de “la libertad de configuración del legislador extraordinario”. De acuerdo con el alto tribunal:

Así pues, aun cuando en esas oportunidades la Corte se pronunció acerca de la posibilidad de exceptuar del régimen de contratación pública a entidades, mientras que en este caso se trata de un fondo-cuenta, en los dos casos se trata del manejo de recursos públicos que, en principio, deberían someterse a dicho régimen y la creación de los dos fondos surgió de un contexto de transición, por lo cual debe respetar un límite temporal. Por lo anterior, su existencia no puede ser indefinida y debe responder a su fundamento o esto es un instrumento ágil para la canalización de recursos de forma temporal. Esta condición se cumple plenamente en este caso, ya que la normativa fija la existencia del Fondo al término de 10 años, de conformidad con el Plan Marco para la Implementación de los Acuerdos, previsto en el numeral 6.1.1 del Acuerdo Final. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-438 de 2017)

En línea con lo anterior, la Corte no encontró ningún reproche de constitucionalidad del citado Decreto Ley 691, en tanto que (1) se cumplió con los principios de especificidad y reserva legal para la ordenación del gasto, pues aunque la norma remita a otros instrumentos para conocer el detalle de su destinación, ésta es claramente discernible y está demarcada de forma precisa; (2) las funciones asignadas al Fondo Colombia en Paz son instrumentales para llevar a cabo su objeto, y se encuadran dentro del margen de configuración del legislador extraordinario y, (3) la designación de la forma de administración de un *fondo cuenta* organizado mediante un patrimonio autónomo también hace parte de la libre configuración que tiene el presidente en ejercicio de sus facultades de legislador extraordinario, que admite una delegación para que entidades públicas o privadas administren la ejecución de sus recursos o subcuentas. De esta forma, por lo expuesto, la Corte Constitucional declaró exequible el artículo 2o. del Decreto Ley 691 de 2017 (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-438 de 2017).

En este caso, el tema del *tiempo* como límite justifica el uso de esta medida extraordinaria para el manejo de recursos a través de un centro de intereses como el patrimonio autónomo administrado por el Departamento Adminis-

trativo de la Presidencia de la República. No obstante, si bien es cierto que se requería atender los asuntos de la paz de forma rápida, también lo es que la vigencia por diez años del régimen de excepción escapa a parámetros razonables como para que se acepte la idea, sin mayor justificación, de que el legislador extraordinario tiene la misma libertad configurativa del legislador ordinario para determinar la creación y la duración por ese periodo tan grande, de una excepción al estatuto general de la contratación pública.

Más grave aún resulta el análisis de los recursos que integran el Fondo Colombia en Paz, de conformidad con lo que dispone el numeral segundo del artículo 10 del mencionado decreto ley. De acuerdo con esta norma, este fondo podrá tener como fuente de recursos “los recursos del Sistema General de regalías, de acuerdo con el régimen jurídico aplicable”. Sobre esta particularidad en la mencionada decisión, la Corte Constitucional expresó lo siguiente:

respecto a la posibilidad de que el FCP (Fondo Colombia en Paz) cuente con la financiación del Sistema General de Regalías, esta corte estima que esa fuente de financiación tampoco resulta inconstitucional si se tiene en cuenta que las regalías son una contraprestación económica cuya titularidad se encuentra en cabeza de la nación y sobre la cual el legislador tiene un amplio margen de configuración.

En este orden de ideas, la Corte Constitucional no impuso mayores limitaciones al uso de fuentes de financiación que operan, desde el nivel central, con recursos que la Constitución ha dispuesto para el uso de la satisfacción de las necesidades de las entidades territoriales, y sin que mediara una ley orgánica para este tipo de medidas, tal y como lo ordena expresamente el artículo 361 de la Constitución. Lo anterior muestra la debilidad del control constitucional de la Corte a la figura creada por el decreto ley.

B. Decreto Ley 903 de 2017

En desarrollo de las facultades legislativas para la paz que el Acto Legislativo 01 de 2016 confirió al presidente de la República para desarrollar el Acuerdo de Paz, se profirió el Decreto 691 de 2017, que en su artículo tercero

ordena la creación de un patrimonio autónomo —un Fondo de Víctimas— que servirá de receptor de los bienes inventariados que las FARC²⁸ entregaron como resultado del proceso de Paz. La Corte Constitucional, en la Sentencia C-071 de 2018, declaró exequibles los artículos 1o., 3o., 5o. y 6o. del Decreto Ley 903 de 2017. Adicionalmente, declaró exequible el artículo 2o. del mismo decreto, en el que precisó que su contenido no constituye una amnistía o indulto respecto de los hechos cometidos con anterioridad de la entrega definitiva del inventario, sino que tiene por objeto la distribución de competencias entre la jurisdicción ordinaria y la JEP, a partir de determinar si los hechos fueron cometidos antes o después de la entrega del inventario.

Adicionalmente, la Corte también declaró exequible el artículo 4o. de este decreto, salvo la expresión “y la implementación de los programas contemplados en el punto 3.2.2 del Acuerdo Final”, que esta corporación declaró como inexecutable. Esta norma señalaba la posibilidad de que se usaran estos recursos para financiar los programas de reinserción de los excombatientes con los recursos del patrimonio autónomo. La Corte consideró que esta finalidad era contraria al derecho a la reparación de las víctimas del conflicto.

Asimismo, la Corte examinó el cumplimiento de los límites a la competencia legislativa del presidente de la República, derivada del Acto Legislativo 01 de 2016. Al constatar que el decreto fue expedido dentro del término de vigencia de las facultades legislativas para la paz, también concluyó que el contenido del Decreto Ley revisado tiene conexidad objetiva, estricta y suficiente respecto del Acuerdo Final.

En relación con la creación del patrimonio autónomo para la utilización de estos recursos mediante derecho privado el alto tribunal indicó lo siguiente:

El Fondo de Víctimas constituye un patrimonio autónomo y, aunque no constituye una persona jurídica, el fondo en cuestión sí es un centro de imputación jurídica de derechos y de obligaciones, que no modifica la estructura de la Administración Pública. Tiene una finalidad particular establecida en el artículo cuarto del Decreto Ley 903 de 2017. Es un patrimonio autónomo de creación legal, y la concretización de las reglas de su administración se realizará a través del ne-

²⁸ Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia, grupo armado con el que el gobierno colombiano firmó un Acuerdo de Paz en 2016.

gocio fiduciario. Como lo pone de presente la interviniente de la SAE, la figura creada por este decreto ley no encuadra en la llamada fiducia pública, definida en el artículo 32, numeral 5 de la Ley 80 de 1993, ya que en la misma no se transfiere, en principio, la propiedad de los bienes y, por lo tanto, no se constituye un patrimonio autónomo. El recurso público a la figura de la fiducia mercantil ha sido encontrado ajustado a la Constitución en otras ocasiones por esta Corte, particularmente en la sentencia C-438 de 2017 donde se declaró la constitucionalidad de la sustitución del Fondo para la Sostenibilidad ambiental y el Desarrollo Sostenible en zonas afectadas por el conflicto, que no constituía patrimonio autónomo, por el Fondo Colombia en Paz, creado como patrimonio autónomo de administración fiduciaria. [...] En el caso concreto se reara de un fondo cuenta, que por lo tanto, no crea una entidad pública que modifique la estructura de la Administración Pública, no cuenta con personería jurídica y resulta de la creación legal otorgada del decreto ley bajo revisión.

Con todo, la Corte Constitucional encontró ajustada a la Constitución la creación del Fondo de Víctimas, al encontrarse dentro del margen de las facultades de legislador extraordinario otorgadas al presidente. No obstante, como se ha reiterado en este texto, la Corte desconoce que la propia Constitución le otorga competencia exclusiva al Congreso para definir aspectos relacionados con el régimen general de contratación y los regímenes exceptuados del mismo. La estrategia argumentativa de la Corte, en este caso concreto, es la de explicar la figura de fondo cuenta y patrimonio autónomo, así como sus propios precedentes en los que ha declarado como constitucional la creación de esta clase de excepciones, bajo lo que la Corte ha denominado “libertad de configuración del legislador extraordinario”. Sin embargo, no hay justificaciones en su jurisprudencia que permitan desentrañar dónde reside esta competencia, ni esta libertad de configuración del Ejecutivo para desarticular el Estatuto General de la Contratación Estatal.

V. Conclusiones

Los poderes legislativos extraordinarios y excepcionales del presidente están siendo usados en Colombia para propiciar excepciones al régimen ge-

neral de contratación estatal. Para estas finalidades, el Ejecutivo ha creado fondos cuenta o patrimonios autónomos como una técnica para otorgar una capacidad de contratación con recursos públicos, pero con las normas de derecho privado. Como se expuso, la controversia surge por las siguientes razones: (1) una falta de competencia del presidente, pues el numeral 25 del artículo 150 de la Constitución Política otorga esta facultad exclusivamente al legislador y de forma taxativa; (2) la función legislativa sólo puede asignarse de manera excepcional y limitada al presidente; (3) se está produciendo una disminución de contrapesos para el manejo de los recursos públicos, que quedan más fácilmente al alcance del Ejecutivo; (4) la Ley 80 de 1993 contiene las herramientas para afrontar las necesidades de contratación en situaciones excepcionales, sin que sea necesario crear nuevos regímenes especiales; (5) se están creando entidades con regímenes especiales de contratación, sin el filtro de discusión en el Congreso que es requerido para la creación de entidades públicas con personería jurídica.

Bajo este entendido, los decretos ley y legislativos, expedidos por el presidente para la conformación de regímenes especiales de contratación, conforman una extralimitación de sus competencias y adolecen de vicios formales. Si bien desde la expedición de la Ley 1150 de 2007 y de otras normas del sector de la contratación pública es necesario que los regímenes especiales cumplan con los principios contractuales y la función pública, también es preciso que se planteen con mayor claridad las razones constitucionales incitas en la competencia del presidente para romper el Estatuto General a partir de la promulgación de legislación material. La revisión de las decisiones de control constitucional sobre la materia, revisadas en este escrito, no muestra una argumentación sólida y convincente de la Corte en la justificación de las vías de escape a la contratación por el régimen general que hace el Ejecutivo, cuando utiliza la legislación extraordinaria y la excepcional para abrir dichas vías.

La idea de una libertad configurativa del legislador extraordinario, así se someta a límites temporales (que como se vio pueden extenderse hasta por diez años), no encuentra un sustento constitucional sólido. La jurisprudencia de la Corte Constitucional, a pesar de imponer algunas limitaciones en relación con el carácter temporal o transitorio de esta clase de usos, no ha dado luces claras sobre los criterios que deberían evitar por esta vía el frac-

cionamiento y la ruptura del régimen general; por el contrario, ha permitido la apertura de una puerta más riesgosa a la ya frágil idea del cumplimiento de las funciones derivadas de la contratación estatal a través de un estatuto que oriente meridianamente el adecuado y eficiente funcionamiento de la administración.

VI. Referencias

- Barreto Moreno, A. A. (2019). *El derecho de la compra pública*. Legis.
- Benavides, J. L. (2004). *El contrato estatal: Entre el derecho público y el derecho privado* (2a. ed.). Universidad Externado de Colombia.
- Celemín Caicedo, Y. A. (2019). Bosquejo del fondo cuenta: Un instrumento jurídico atípico para el fomento del cine en Colombia. *Opinión Jurídica*, 18(37), 179-207. <https://doi.org/10.22395/ojum.v18n37a7>
- Celemín Caicedo, Y. A. (2023). Los poderes de excepción del presidente. Apuntes para contribuir a su comprensión en Colombia a partir de la emergencia económica, social y ecológica generada por la COVID-19. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, 67(3), 91-123. <https://doi.org/10.5380/rfdufr.v67i3.88209>
- Congreso de la República de Colombia (1995). *Gaceta del Congreso*, 242 de 1995. <https://sidn.ramajudicial.gov.co/SIDN/PUBLICACIONES%20PERIODICAS/TEXTOS%20COMPLETOS%20Y%20TABLAS%20DE%20CONTENIDO/GACETA%20DEL%20CONGRESO/GACETA%20DEL%20CONGRESO%201995/GC%20242%20DE%201995.PDF>
- Constitución Política de Colombia (1991). *Gaceta Constitucional*, núm. 116. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html
- Corte Constitucional de Colombia (s. f. a). *Sentencia C-194 de 2020. M. P. Carlos Bernal Pulido*. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/C-194-20.htm>
- Corte Constitucional de Colombia (s. f. b). *Sentencia C-396 de 2020. M.P. José Fernando Reyes Cuartas*. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/C-396-20.htm>

- Corte Constitucional de Colombia. (2017, julio 13). *Sentencia C-438-17. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado*. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/C-438-17.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2018, julio 4). *Sentencia C-071-18. M.P. Alejandro Linares Cantillo*. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/C-071-18.htm>
- Dávila Vinueza, L. G. (2016). *Régimen jurídico de la contratación estatal* (3a. ed.). Legis.
- Decreto Ley 111 de 1996 [presidente de la república de Colombia]. Por el cual se compilan la Ley 38 de 1989, la Ley 179 de 1994 y la Ley 225 de 1995 que conforman el Estatuto Orgánico del Presupuesto. 15 de enero de 1995. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_0111_1996.html
- Decreto Ley 691 de 2017 [presidente de la república de Colombia]. Por el cual se sustituye el Fondo para la Sostenibilidad Ambiental y Desarrollo Rural Sostenible en Zonas Afectadas por el Conflicto por el “Fondo Colombia en Paz (FCP)” y se reglamenta su funcionamiento. 27 de abril de 2017. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=81398>
- Decreto Ley 903 de 2017 [presidente de la república de Colombia]. “Por el cual se dictan disposiciones sobre la realización de un inventario de los bienes y activos a disposición de las FARC EP”. 29 de mayo de 2017. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=81834>
- Decreto Legislativo 444 de 2020 [presidente de la república de Colombia]. “Por el cual se crea el Fondo de Mitigación de Emergencia-FOME y se dictan disposiciones en materia de recursos, dentro del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica”. 21 de marzo de 2020. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_0444_2020.html
- Decreto Legislativo 552 de 2020 [presidente de la república de Colombia]. “Por el cual se adicionan recursos al Fondo de Mitigación de Emergencias—FOME, creado por el Decreto 444 de 2020, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica y se dictan otras disposiciones”. 15 de abril de 2015. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_0552_2020.html

- Decreto legislativo 810 de 2020 [presidente de la república de Colombia]. “Por el cual se crea el patrimonio autónomo para el emprendimiento, la formalización y el fortalecimiento empresarial de las mujeres, con el fin de mitigar los efectos de la Emergencia Social, Económica y Ecológica”. 4 de junio de 2020. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_0810_2020.html
- Delgado, D. (2023, julio 13). Gobierno del cambio está repitiendo vieja práctica de nepotismo: congresistas. *El Heraldó*. <https://www.elheraldo.co/colombia/de-nepotismo-califican-contratacion-del-esposo-de-minminas-al-fondo-colombia-en-paz-1014975>
- Departamento Administrativo de la Función Pública. (2015). Concepto Sala de Consulta C. E. 2222 de 2015 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil. EVA - Gestor Normativo. EVA - Gestor Normativo. https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma_pdf.php?i=64491
- El Periódico. (2023, enero 23). “Cartel de contratistas” a los que alcaldes Pdet le entregaron la plata de las víctimas. *El Periódico*. <https://elperiodico.net.co/cartel-de-contratistas-a-los-que-alcaldes-pdet-le-entregaron-la-plata-de-las-victimas/>
- Fuentes Contreras, E. H. (2017). *Legislación en sentido material: análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia sobre las normas con rango, fuerza y valor de ley expedidas por la rama ejecutiva* (Tesis de Doctorado inédita). Universidad de Sevilla.
- Grueso Rodríguez, M. E. (2014). Las particularidades de las entidades estatales de naturaleza única y régimen especial. *Revista Republicana*, (17), 193-214. <http://ojs.urepublicana.edu.co/index.php/revistarepublicana/article/view/11>
- Jojoa Bolaños, A. (2012). *Los regímenes exceptuados en los contratos estatales*. Grupo Editorial Ibañez.
- Ley 80 de 1993 “Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”. 28 de octubre de 1993. Congreso de la República de Colombia, *D. O.* núm. 41.094. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0080_1993_pr001.html#64
- Ley 302 de 1996 “Por la cual se crea el Fondo de Solidaridad Agropecuario, se conceden unas autorizaciones y se dictan otras disposiciones”. 30 de ju-

- lio de 1996. Congreso de la República de Colombia. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0302_1996.html
- Ley 352 de 1997 “Por la cual se reestructura el Sistema de Salud y se dictan otras disposiciones en materia de Seguridad Social para las Fuerzas Militares y la Policía Nacional”. 17 de enero de 1997. Congreso de la República de Colombia, *D. O.* núm. 42.965. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0352_1997.html
- Ley 679 de 2001 “Por medio de la cual se expide un estatuto para prevenir y contrarrestar la explotación, la pornografía y el turismo sexual con menores, en desarrollo del artículo 44 de la Constitución”. 3 de agosto de 2001. Congreso de la República de Colombia, *D. O.* núm. 44509. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0679_2001.html
- Ley 814 de 2003 “Por la cual se dictan normas para el fomento de la actividad cinematográfica en Colombia”. 2 de julio de 2003. Congreso de la República de Colombia, *D. O.* núm. 45237. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0814_2003.html
- Ley 1150 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”. 16 de julio de 2007. Congreso de la República de Colombia, *D. O.* núm. 46.691. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1150_2007.html
- Ley 1556 de 2012 “Por la cual se fomenta el territorio nacional como escenario para el rodaje de obras cinematográficas”. 9 de julio de 2012. Congreso de la República, *D. O.* núm. 48.486. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1556_2012.html
- Ley 1882 de 2018 “Por la cual se adicionan, modifican y dictan disposiciones orientadas a fortalecer la Contratación Pública en Colombia, la ley de infraestructura y se dictan otras disposiciones”. 15 de enero de 2018. Congreso de la República de Colombia, *D. O.* núm. 50.477. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1882_2018.html
- Ley 2195 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”. 18 de enero de 2022. Congreso de la República de Colombia, *D. O.* núm. 51.921. <https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/nor->

mativa/LEY%202195%20DEL%2018%20DE%20ENERO%20DE%202022.pdf

- Maldonado Rincón, J. E. (2022). Reforma al sistema de contratación estatal colombiano; Regímenes especiales, esquemas predominantes a redefinir para la adecuada ejecución de los recursos públicos [Tesis de doctorado, Universidad Carlos III de Madrid]. Repositorio Institucional – Universidad Carlos III de Madrid. [<http://purl.org/dc/dcmitype/Text>, Universidad Carlos III de Madrid]. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=317295>
- Montaña Plata, A., y Zapata García, P. A. (2022). La necesaria claridad conceptual y teórica sobre los contratos estatales que se rigen por el derecho privado como presupuesto para su control judicial efectivo. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, (27), 45-72.
- Morillo Carrillo, S. (2019). El ejercicio de las facultades unilaterales en los regímenes exceptuados. En M. N. Velásquez Rico (Ed.), *Reflexiones sobre la contratación del sector público en Colombia*. Universidad Nacional de Colombia.
- Ortiz, F. U., y Ramírez, M. F. Q. (2008). Los decretos en el sistema normativo colombiano: Una política estatal de invención normativa. *Vniversitas*, 57(116), 53-83.
- Palacios, M. T. (2008). La contratación estatal como instrumento para la concreción de las políticas y los cometidos públicos. En *Memorias del III Seminario Internacional de Gerencia Jurídica Pública*. Alcaldía Mayor de Bogotá.
- Pulido Ortiz, F. E., y Barreto Moreno, A. A. (2021). Los principios jurídicos y sus demonios. Un análisis de los documentos tipo en el mercado de compra pública colombiano: Un análisis de los documentos tipo en el mercado de compra pública colombiano. *Revista de Derecho Administrativo*, (33), 311-312. <https://doi.org/10.7764/redae.33.6>
- Zuleta, M. M., y Caro, C. A. (2020). Mirada a las alertas de riesgo de corrupción del sistema de compra pública colombiano identificadas en el cálculo del índice con la metodología del IMCO. *Fedesarrollo*. <http://www.repositorio.fedesarrollo.org.co/handle/11445/3930>

Cómo citar

IIJ-UNAM

Celemín Caicedo, Yenny Andrea y Barreto Moreno, Antonio Alejandro, “La fuerza de atracción de los regímenes especiales para el manejo de recursos públicos en Colombia: el uso de los poderes legislativos del Ejecutivo para la creación de excepciones al régimen general de contratación estatal”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, vol. 57, núm. 171, 2024, pp. 3-46. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2024.171.19354>

APA

Celemín Caicedo, Y. A., y Barreto Moreno, A. A. (2024). La fuerza de atracción de los regímenes especiales para el manejo de recursos públicos en Colombia: el uso de los poderes legislativos del Ejecutivo para la creación de excepciones al régimen general de contratación estatal. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 57(171), 3-46. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2024.171.19354>