



ELUSIÓN AL ESTATUTO DE CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN
PÚBLICA A TRAVÉS DE LOS CONTRATOS Y CONVENIOS
INTERADMINISTRATIVOS: IDENTIFICACIÓN DEL PROBLEMA Y
PROPUESTAS NORMATIVAS PARA SU SOLUCIÓN.

SANTIAGO ECHEVERRI MURIEL

TESIS DE GRADO PARA OPTAR AL TÍTULO DE MAGISTER EN DERECHO

ASESOR: ALEJANDRO GÓMEZ VELÁSQUEZ

UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO
MAESTRÍA EN DERECHO
MEDELLÍN

2024

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	3
PRIMER APARTADO: CELEBRACIÓN DE CONVENIOS Y CONTRATOS INTERADMINISTRATIVOS COMO CAUSAL DE CONTRATACIÓN DIRECTA	4
SEGUNDO APARTADO: CELEBRACIÓN DE CONTRATOS Y CONVENIOS INTERADMINISTRATIVOS COMO FORMA DE EVASIÓN DE LAS MODALIDADES DE SELECCIÓN ESTABLECIDAS EN EL ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN ESTATAL	9
TERCER APARTADO TRABAJO DE GRADO: DISTINTAS SOLUCIONES PLANTEADAS AL USO INDEBIDO O INADECUADO DE LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS O CONVENIOS INTERADMINISTRATIVOS PARA INAPLICAR EL EGCAP	21
CUARTO APARTADO: PROPUESTA DE MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 95 DE LA LEY 1474 DE 2011	27
Consideraciones Finales.....	34
REFERENCIAS	36

INTRODUCCIÓN

Cuando una Entidad Estatal requiere la prestación de un servicio, realizar una obra o proveer un bien y no tiene la capacidad para solucionar esa necesidad con su personal vinculado, debe acudir al mercado para adquirir los mismos, a través de la celebración de un acuerdo de voluntades con un tercero. Para ello, las Entidades Estatales no pueden seleccionar a ese contratista de manera libre como lo podría hacer cualquier particular, toda vez que es necesario que en esa elección se garantice mínimamente los principios constitucionales y legales de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad, publicidad y selección objetiva.

Para garantizar esos principios, el Estatuto General de Contratación Pública estableció unas modalidades de selección, y consagró que la elección de los contratistas se realizaría, como regla general, por medio de la licitación pública. El ordenamiento jurídico colombiano, sin embargo, también establece que existen algunas Entidades que por su naturaleza o por estar en competencia en el mercado con privados u otras Entidades Públicas, no están obligadas a utilizar esas modalidades de selección ni otras disposiciones del Estatuto General.

No obstante, en la realidad, se viene presentando que algunas Entidades que están sometidas al Estatuto General de Contratación, celebran de manera directa convenios y contratos interadministrativos con las Entidades que están exceptuadas de utilizar esas modalidades de selección, con el objetivo que sean estas quienes subcontraten a quien realmente terminará ejecutando el contrato o convenio.

Teniendo en cuenta lo anterior, en primer lugar, en este artículo de investigación se abordará el tema de los contratos y convenios interadministrativos como causal de contratación directa, para luego establecer el problema que se viene presentando por el mal uso de ambos instrumentos contractuales. Posteriormente, se enunciarán algunas soluciones que han sido planteadas para solucionar la problemática

expuesta y finalmente, se presentará una propuesta de modificación al artículo 95 de la Ley 1474 de 2011, toda vez que esta es una de las disposiciones normativas que permite que se presente la problemática antes mencionada.

Palabras clave: Contratación Estatal; Convenio Interadministrativo; Contrato Interadministrativo; Modalidades de selección; Selección objetiva; Entidades exceptuadas.

PRIMER APARTADO: CELEBRACIÓN DE CONVENIOS Y CONTRATOS INTERADMINISTRATIVOS COMO CAUSAL DE CONTRATACIÓN DIRECTA.

Las diferentes Entidades del Estado, sin importar su naturaleza o régimen de contratación, con el fin de cumplir su labor misional, se ven en la necesidad de adquirir bienes, obras o servicios a través de la celebración de contratos o convenios. Esto convierte a los contratos estatales en el mecanismo principal que tienen las distintas Entidades para la materialización y consecución de sus finalidades esenciales (Arenas,2020, pp. 473).

Para la adquisición de esos bienes, obras o servicios, las Entidades Estatales deben acudir al mercado para encontrar contratistas de naturaleza pública o privada, que cuenten con la capacidad administrativa, presupuestal, financiera, organizacional y que tengan la experticia suficiente para garantizar que los mismos sean provistos y ejecutados en las condiciones requeridas. Lo anterior toma especial relevancia en Colombia, toda vez que este es un país donde las necesidades de la población son muchas y los recursos son escasos, por lo que la selección adecuada de esos terceros que celebren contratos o convenios con las Entidades del Estado, garantizan un mayor bienestar social.

Es por esto por lo que la selección de esos terceros que celebran contratos y convenios no debe responder a intereses personales o subjetivos de algún servidor público, es decir, que estos no pueden celebrarse porque sí o simplemente para ejecutar recursos públicos, sino que los mismos deben contribuir a garantizar de

manera integral el interés general (Santofimio, 2017, pp. 670). Por lo anterior, las distintas Entidades Estatales no tienen la libertad para elegir o escoger su contraparte en un contrato a su arbitrio, como lo puede hacer un ciudadano corriente (Vidal & Molina, 2009, pp. 392), toda vez que dicha elección se debe realizar garantizando principios legales tales como: la selección objetiva y la libre competencia. Frente a este último, la Corte Constitucional ha expresado:

La libre competencia, entraña, entonces, la no discriminación para el acceso en la participación dentro del proceso de selección, a la vez que posibilita la competencia y oposición entre los interesados en la contratación. Consecuencia de este principio es el deber de abstención para la administración de imponer condiciones restrictivas que impidan el acceso al procedimiento de selección, por lo que resulta inadmisibles la inclusión en los pliegos de condiciones de cláusulas limitativas que no se encuentren autorizadas por la Constitución y la Ley, puesto que ellas impiden la más amplia oportunidad de competencia y atentan contra los intereses económicos de la entidad contratante, en razón a que no permiten la consecución de las ventajas económicas que la libre competencia del mercado puede aparejar en la celebración del contrato (Corte Constitucional, sentencia C-713, 2009, p. 33).

Para cumplir con lo enunciado, el ordenamiento jurídico colombiano establece que las Entidades Estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública-EGCAP deben hacer uso de unas modalidades de selección, las cuales se encuentran actualmente establecidas en el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007. Estas son: la licitación pública, la selección abreviada, el concurso de méritos, la mínima cuantía y de manera excepcional la contratación directa.

Los procesos competitivos para la selección de los contratistas que colaboren con el Estado, si bien garantizan la eficiencia en la asignación de recursos a través de la libre competencia y la libre competencia, se enfrentan al régimen de contratación

directa, el cual permite a las Entidades Estatales elegir a sus contratistas sin acudir a procesos de selección cuando se requiera su pronta intervención o por motivos de economía o de eficiencia (Mendieta, 2021, pp.60-63).

Los procesos contractuales celebrados a través de la modalidad de contratación directa tienen algunas flexibilidades, como que no requieren exigir la obligación de solicitar el Registro Único de Proponentes establecido en artículo 6 de la Ley 1150 de 2007, ni tampoco requiere la obtención de diversas ofertas. Las causales para que las Entidades Públicas puedan acudir a la selección de sus contratistas a través de la modalidad de contratación directa se encuentran establecidas taxativamente en el numeral 4 de la Ley 1150 de 2007 (Matallana,2015,pp.725).

Una de las causales que establece el EGCAP para la procedencia de la contratación directa es la consagrada en el literal c) del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, la cual dispone: *“Contratos interadministrativos, siempre que las obligaciones derivadas del mismo tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora señalado en la ley o en sus reglamentos (...)”*. En el mismo sentido, el artículo 2.2.1.2.1.4.4 del Decreto 1082 de 2015 establece que: *“La modalidad de selección para la contratación entre Entidades Estatales es la contratación directa; y en consecuencia, le es aplicable lo establecido en el artículo 2.2.1.2.1.4.1 del presente decreto (...)”*.

Frente a la modalidad de selección directa de los convenios y contratos interadministrativos, la Corte Constitucional (2015) indicó que: *“Lo que hace interadministrativo a un contrato o convenio no es el procedimiento de selección aplicable, sino la calidad de los sujetos contratantes, esto es que las dos partes de la relación jurídica contractual formen parte de la administración pública”* (p.19). Por lo tanto, un elemento de la esencia de los contratos y convenios interadministrativos es el que las partes que suscriben el mismo sean dos Entidades Estatales independientemente de su régimen de contratación.

Por su parte, el Consejo de Estado con respecto a la figura de contrato interadministrativo ha expresado lo siguiente:

Un contrato interadministrativo es aquel negocio jurídico celebrado entre dos entidades públicas, mediante el cual una de las dos partes se obliga para con la otra a una prestación (suministro de un bien, realización de una obra o prestación de un servicio), por la que, una vez cumplida, obtendrá una remuneración o precio (Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, radicado 2257, 2016, p. 9).

De la definición antes expuesta, se puede concluir que, un contrato interadministrativo es aquel negocio jurídico celebrado entre dos Entidades Estatales enunciadas en el artículo segundo de la Ley 80 de 1993. Así mismo, es un negocio jurídico bilateral, oneroso y conmutativo, toda vez que en él se generan obligaciones de contenido patrimonial para las entidades que concurren dentro del acuerdo de voluntades. Con respecto a la onerosidad y conmutatividad de los contratos interadministrativos, el Consejo de Estado manifestó lo siguiente:

El objeto de los contratos interadministrativos, lo constituyen obligaciones de contenido patrimonial y, por lo mismo, son onerosos, lo que implica el gravamen de cada parte en beneficio de la otra. En el contrato, como verdadero acuerdo de voluntades productor de efectos jurídicos, las partes actúan con intereses disímiles y contrapuestos; la entidad estatal contratante en un interés público, la entidad estatal contratista en su propio interés específico económico o de índole privado (es claro que una entidad estatal, puede y debe obtener ganancias, o generar valor respecto de su patrimonio, productos o actividad, si así lo autoriza su objeto social, o las funciones que le haya otorgado la ley) (Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, radicado 2257, 2016, p. 27).

Teniendo en cuenta lo anterior, las Entidades que celebran los contratos interadministrativos actúan motivadas por intereses contrapuestos, contrarios o

dispares, así mismo, es un negocio jurídico donde prevalece la conmutatividad, ya que la entidad contratante se encuentra motivada por la satisfacción de sus fines estatales, mientras que la Entidad que funge como contratista, actúa en virtud de un interés específico económico.

Por otra parte, dentro de la actividad contractual desarrollada por el Estado, encontramos también los convenios interadministrativos, los cuales, si bien no tienen un desarrollo normativo propio como sí ocurre en otros ordenamientos jurídicos como el Español (artículo 47 Ley 40 de 2015), así como tampoco tienen una diferenciación expresa con los contratos interadministrativos dentro del EGCAP (Santos, 2009, pp.13), sí permiten a dos Entidades Estatales solventar necesidades de manera conjunta, a partir de la colaboración y coordinación entre ellas.

Los principios de colaboración y coordinación, que sirven de fundamento para la celebración de los convenios interadministrativos, se encuentran consagrados en los artículos 113 y 209 de la Constitución Política de Colombia respectivamente, así mismo, en los artículos 6 y 95 de la Ley 489 de 1998. Frente a la definición de convenio interadministrativo, se puede afirmar que: *“Es el vínculo jurídico establecido mediante un acuerdo de voluntades celebrado entre dos o más personas jurídicas públicas con el objeto de coordinar, cooperar o colaborar en la realización de funciones administrativas de interés común a los sujetos contratantes”*. (Chávez, 2015, p. 112). Así mismo, frente a la noción de convenios interadministrativos, el Consejo de Estado, ha mencionado:

Son mecanismos de gestión conjunta de competencias administrativas que se instrumentan a través de acuerdos celebrados entre dos o más entidades públicas, en los cuales las contrayentes aúnan esfuerzos para el logro de los fines de la Administración regidos por los principios de coordinación y cooperación sin que ello suponga la cesión de la competencia encomendada a cada una de ellas (...) (Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, radicado 2257, 2016, p. 23).

De las definiciones antes esgrimidas, podemos establecer que, un convenio interadministrativo es un acuerdo de voluntades, entre dos o más Entidades Estatales, las cuales en sus diferentes etapas (precontractual, contractual y postcontractual), actúan en un plano de igualdad entre ellas. Así mismo, los convenios interadministrativos tienen como fin que las entidades suscribientes de los mismos logren aunar esfuerzos para lograr la materialización de intereses, fines comunes y compartidos entre las entidades que suscriben los mismos, sin que, por ello, se reciba el pago de una contraprestación económica.

Por consiguiente, si bien los contratos y convenios interadministrativos tienen como similitud el ser acuerdos de voluntades generadores de obligaciones entre dos o más Entidades Estatales, también es importante precisar que ambas poseen una naturaleza, alcance, finalidades y características que los hacen diferentes, por tanto, debe distinguirse por parte de las Entidades Públicas cuando se está en presencia o no de una u otra figura. Por lo tanto, si bien los contratos y convenios interadministrativos son instrumentos contractuales que tienen diferencias entre sí, el ordenamiento jurídico establece que ambos pueden celebrarse de manera directa, al permitir a las Entidades Estatales colaborar entre sí, por lo tanto, son una excepción a los procesos públicos y competitivos de selección de contratistas que colaboren con el Estado, lo que permite que no sea necesario acudir a las demás modalidades de selección para su celebración.

SEGUNDO APARTADO: CELEBRACIÓN DE CONTRATOS Y CONVENIOS INTERADMINISTRATIVOS COMO FORMA DE EVASIÓN DE LAS MODALIDADES DE SELECCIÓN ESTABLECIDAS EN EL ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN ESTATAL.

Como se expresó anteriormente, el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública establece unas modalidades de selección, las cuales

permiten la satisfacción del interés general y de las necesidades de la población procurando por la selección de la oferta más favorable para la Entidad, dando cumplimiento a los principios de eficacia, eficiencia y economía, entre otros. Es por esto, que las modalidades para la selección de los contratistas establecidos en el ordenamiento jurídico colombiano permiten a las Entidades Estatales elegir a los terceros que puedan solventar su necesidad, sin tener en consideración factores de afecto o de interés subjetivo, permitiendo de esta manera elegir la oferta más favorable en términos de precio, calidad y tiempo.

A la luz del ordenamiento jurídico vigente, las modalidades de selección con que cuentan las Entidades Públicas para seleccionar de manera objetiva a los terceros que colaboraran con ellas son: la selección abreviada, la mínima cuantía, el concurso de méritos, la contratación directa y la licitación pública. Frente a la modalidad de selección de licitación pública, se estableció en el numeral 1 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 que: *“La escogencia del contratista se efectuará por regla general a través de licitación pública, con las excepciones que se señalan en los numerales 2, 3 y 4 del presente artículo...”*.

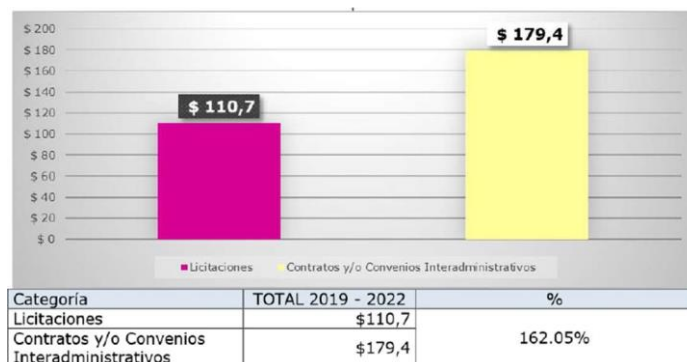
Por lo tanto, la selección de los contratistas a través de la modalidad de licitación pública, al ser el procedimiento administrativo de selección más completo permite garantizar la libre concurrencia y la protección de los intereses económicos del Estado, evitando eventuales sobrecostos o subjetividades, toda vez que la licitación pública otorga la posibilidad de contratar con el oferente que presente la relación precio y calidad más favorable para la entidad y, por tanto, ajustado al mercado. (Matallana, 2015, pp.580-586). Así mismo, la licitación pública permite garantizar que la selección de los contratistas que colaboren con las Entidades Estatales se realice de manera objetiva, sin depender del libre albedrío de la Entidad contratante, toda vez que posibilita valorar las ofertas que presenten un número indeterminado de interesados que compiten entre sí, sin ningún tipo de favoritismo, garantizando que sea elegido aquel tercero que ofrezca la mayor garantía del cumplimiento del contrato (Escobar, 1999, pp.145-162).

De lo anterior se puede establecer que la regla general que rige la escogencia de los contratistas que celebren negocios jurídicos con el Estado a la luz del ordenamiento vigente debería ser la licitación pública, y solo en condiciones excepcionales o situaciones taxativas, ya sea por el objeto y/o la cuantía del proceso, se podría hacer uso de las demás modalidades de selección. Sin embargo, lo que viene sucediendo en la realidad es todo lo contrario, debido a que, la modalidad principal a la que acuden las Entidades Estatales para celebrar sus contratos es hoy día la contratación directa y de manera excepcional se recurre a la licitación pública y demás modalidades abiertas de selección.

Como ejemplo de lo anterior, podemos presentar en el siguiente gráfico, en el cual se muestra el valor total de los recursos empleados por las Entidades Nacionales y Territoriales durante las vigencias 2019-2022 para la selección de contratistas a través de la licitación pública (\$110.700.000.000), en comparación con el valor utilizado para celebrar de manera directa, a través de contratos y convenios interadministrativos (\$179.400.000.000).

Figura 1

Licitaciones VS Contratos y/o Convenios Interadministrativos, cifras en Billones de pesos.



Así mismo, si ahondamos aún más en dicho estudio realizado por la Contraloría General de la República (2023), podemos observar que la celebración de forma directa de convenios y contratos interadministrativos durante las vigencias 2019-2022 fue por valor de \$179.400.000.000, lo cual representó el 84,3% del valor total de los gastos de inversión del presupuesto general de la nación, el cual ascendía a la suma de \$212.800.000.000 (p. 46). Lo anterior evidencia que la modalidad de contratación directa y, de formas más precisa, la causal de celebración de convenios y contratos interadministrativos se viene convirtiendo en la regla general y, por el contrario, la licitación pública poco a poco se viene convirtiendo en una modalidad excepcional, contrariando de expresa lo dispuesto en la Ley 1150 de 2007.

Además, no es solo que la celebración de contratos y convenios interadministrativos haya dejado de ser la excepción, sino que se ha venido abusando de dicha causal, contraviniendo su regulación legal. Un ejemplo de ello lo encontramos en el caso resuelto a través de la sentencia con radicado 2500-023-24-000-2011-00136-01, emitida el 18 de septiembre de 2023 por el Consejo de Estado, en la cual un ciudadano presentó una acción popular por medio de la cual pretendía que se declarara que la empresa SATENA violó los derechos colectivos a la moralidad administrativa, el patrimonio público y la libre competencia económica, en tanto que, a través de la figura del contrato interadministrativo, subcontrató a Aviatur, sin ningún proceso de selección, para que suministrara tiquetes nacionales e internaciones de otras aerolíneas. Según el demandante, la finalidad de este convenio no sólo desbordaba el objeto social de Satena, sino que materializó una conducta desligada de los principios y fines que regulan la actividad contractual, en perjuicio de los intereses generales de las entidades estatales contratantes, del presupuesto público y de las demás agencias de viaje interesadas en este tipo de contrataciones (Consejo de Estado, Sección Tercera, radicado 00136, 2023, p. 2).

Como se pudo probar en el proceso, SATENA suscribía contratos interadministrativos con Entidades sometidas al Estatuto General de Contratación tales como: el Ministerio de Defensa, la Contraloría General de la República, la

Auditoría General de la República, el DAFP, la Cámara de Representantes, el Ministerio de Educación, la Secretaría Distrital de Desarrollo Económico, entre muchas otras, con el fin de venderles tiquetes a diferentes lugares de Colombia y el Mundo, para las comisiones de sus funcionarios. Posterior a la celebración de esos contratos interadministrativos, SATENA procedía a utilizar el derecho privado para subcontratar de manera directa los servicios de la empresa AVIATUR, con el fin de que esta se obligara, entre otras cosas, a: *"[e]xpedir tiquetes aéreos en rutas nacionales de Satena y otros operadores, así como internacionales de otros operadores, a solicitud de SATENA o de la persona o entidad que esta designe"* (p.26).

Debido a que el objeto de SATENA se limitaba: *"a la prestación del servicio aéreo en las zonas marginadas del país, así como las gestiones necesarias para el efecto"* (p.48), el Consejo de Estado determinó que dicha empresa actuaba meramente como simple mandataria para eludir los procesos de selección y tercerizar un servicio que SATENA no podía prestar, por cuanto desbordaba su objeto social, esto es, la venta de tiquetes de otras aerolíneas. Además, dispuso el Alto tribunal que:

Esta Corporación ha sido enfática en castigar la elusión de procesos. Efectivamente, se ha declarado la nulidad absoluta de los contratos que buscan erigirse como instrumentos para eludir los procesos de selección plurales. Sin duda el contrato interadministrativo constituye un aligeramiento de las exigencias de selección para la consecución de obras, bienes y servicios, pero estos deben ser prestados directamente por la entidad estatal contratista, no como un simple mecanismo de tercerización, como ocurre en esta oportunidad (Consejo de Estado, Sección Tercera, radicado 00136, 2023, pp. 52-53).

Como consecuencia de lo anterior, y por el uso indebido de los contratos interadministrativos suscritos, el Consejo de Estado declaró la violación al principio de la libre competencia económica y, en consecuencia, ordenó a SATENA y las

demás Entidades públicas comprometidas en estas prácticas que finalizaran, en un plazo máximo de seis meses los contratos interadministrativos que tuviera con SATENA, y cuyo objeto consistiera en el suministro de tiquetes aéreos de otras aerolíneas por intermedio de la agencia comercial entre SATENA y Aviatur.

Otro ejemplo, pero ya en sede penal, lo podemos encontrar en la sentencia emitida por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, el día 8 de julio de 2015 con radicado 38464, por medio de la cual fue resuelto el recurso de casación en contra la sentencia proferida en el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, por medio de la cual se condenó al alcalde del municipio de Sahagún y al rector de la Universidad de la Guajira por el delito de celebración de contrato sin requisitos legales. Según los hechos, entre ambas entidades fue celebrado el convenio interadministrativo N° 46 que tenía por objeto: “*Consultoría de estudios arquitectónicos, estructurales y gestión de la obtención de las licencias de reconocimiento (sic) del inventario de bienes inmuebles del municipio*” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado 38464, 2015, p.2).

Quedó probado que dicho contrato no fue desarrollado por la Universidad, toda vez que, posterior a su celebración, esta suscribió de manera directa un contrato de prestación de servicios cuyo objeto era: “*Consultoría para el proceso de legalización – inventario de predios del municipio de Sahagún – Córdoba*”, con una persona natural, quien se encargó de ejecutar la totalidad de lo pactado en el convenio. Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia decidió no casar la sentencia que declaró culpables a los funcionarios antes mencionados, toda vez que, si bien el artículo 93 de la Ley 30 de 1993 dispone que, salvo las excepciones consagradas en dicha ley, los contratos que para el cumplimiento de sus funciones celebren las universidades estatales u oficiales se regirán por las normas del derecho privado y sus efectos estarán sujetos a las normas civiles y comerciales, según la naturaleza de los contratos.

Al respecto, determina la Corte que el objeto del convenio suscrito no tenía relación con el cumplimiento de las funciones propias de la Universidad, así como tampoco

tenía correlación con alguno de los programas que ofrecía, toda vez que no contaba con programas como ingeniería civil, derecho o administración, situación que quedó evidenciada en tanto el convenio tuvo que subcontratarse en su totalidad. Termina concluyendo la Sala que fue evadido el procedimiento de licitación pública para elegir al contratista que debía desarrollar el objeto establecido en el convenio, incumpliendo de esta manera los principios de selección objetiva, libre concurrencia y libertad económica, que rigen la contratación estatal.

Por último, se traerá como ejemplo un fallo en sede de control disciplinario, proferido por la Procuraduría General de la Nación, en segunda instancia, con radicado D-2013-792-583596 y emitido el día 20 de noviembre de 2014, mediante el cual se confirma la responsabilidad disciplinaria de dos funcionarios a raíz de la suscripción del convenio marco interadministrativo 22 del 28 de enero de 2011, entre el Instituto de Desarrollo del Meta y la Universidad de Cundinamarca- UDEC, el cual tenía como objeto realizar una interventoría al contrato LP-IDM-C0050-2010. Según lo probado en el proceso, debido a que la Universidad no contaba con la experticia, el conocimiento y los profesionales adecuados para realizar dicha labor, subcontrató de manera directa la totalidad del contrato con una persona natural, el cual incumplió con lo pactado, generando así retrasos en la obra y que la misma no fuese terminada y entregada. A partir de lo anterior, la Procuraduría concluyó que:

Queda suficientemente clara la doble tercerización en la contratación a la que tuvo que acudir la UDEC ante la falta de idoneidad para llevar a cabo los contratos de interventoría de obra, pues subcontrató a una gerente general del convenio marco y la dotó de facultades para que, a su vez, contratara, mediante contrato de prestación de servicios, a los profesionales requeridos para ejercer interventoría de obra (Procuraduría General de la República, Sala Disciplinaria, radicado 2013-792-583596, 2014, p.123).

Casos como los anteriores son abundantes dentro de la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Suprema de Justicia y en los fallos disciplinarios emitidos por la Procuraduría General de la República. Son múltiples los fallos donde se evidencia el uso de los convenios y contratos interadministrativos para beneficiar a un tercero y evadir el uso de la licitación pública o de las demás modalidades que garanticen la selección objetiva de los contratistas que colaboran con la administración. Sin embargo, tal y como lo vimos en el apartado anterior, los convenios y contratos interadministrativos son instrumentos contractuales celebrados entre dos entidades públicas, los cuales cuando son utilizados de manera correcta, pueden ser vitales para el logro de los objetivos misionales de aquellas entidades.

Su uso es fundamental para la subsistencia o fortalecimiento de los municipios de cuarta, quinta y sexta categoría, y para todas aquellas entidades del Estado con presupuestos limitados por techos presupuestales, toda vez que, sin la existencia de dichas figuras, estas entidades no podrían cumplir con los fines para los cuales fueron creadas. A pesar de ello, lo que viene sucediendo en la realidad es que las Entidades Estatales que se encuentran sometidas al Estatuto General de Contratación Pública, están celebrando cada vez más contratos y convenios interadministrativos con otras Entidades, las cuales, por su naturaleza o situación de competencia, tienen un régimen especial de contratación. Esto, con el fin de que estas Entidades exceptuadas, subcontraten o celebren contratos derivados, haciendo uso de formas distintas a las modalidades de contratación previstas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública para seleccionar el contratista que realmente será el ejecutor del contrato.

Frente a lo anterior, es importante precisar que el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007 estableció que las entidades que desarrollan sus actividades en competencia no están sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, por lo tanto, no tienen la obligación de usar las modalidades de selección establecidos en el mismo. De la misma manera, en su artículo 16, estableció que: "*Los contratos que celebren Satena, Indumil, El Hotel Tequendama, la Corporación de Ciencia y Tecnología para el desarrollo de la industria naval, marítima y fluvial -Cotecmar- y la Corporación de la Industria Aeronáutica Colombiana*", no se regirían por lo establecido en el Estatuto General de Contratación Pública. Así mismo, el numeral 6 del artículo 195 de la Ley 100 de 1993, los artículos 31 y 32 de la Ley 142 de 1994, el párrafo del artículo 8 de la

Ley 143 de 1994, el artículo 93 de la Ley 30 de 1992, el artículo 3 de la Ley 31 de 1992 y el artículo 15 de la Ley 1150 de 2007, entre otras, otorgaron la posibilidad de no estar sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación y regirse por lo establecido en el derecho privado a las Empresas Sociales del Estado-ESE, los establecimientos de crédito y compañías de seguro estatales, al Banco de la República, las Universidades Estatales, y las Entidades Estatales que presten servicios públicos y de energía.

El fundamento para la creación de regímenes excepcionales al Estatuto General de Contratación surge de la creencia, según la cual, el uso del derecho privado para la selección de los contratistas que colaboren con el Estado era la única opción para garantizar la eficiencia en la prestación de los servicios públicos, toda vez que, supuestamente las modalidades de selección previstas en la Ley 1150 de 2007, significaba un incremento en los costos y tiempos, sin que se viera un incremento en la calidad de los bienes o servicios contratados. (Vernaza, 2018, pp.30-36)

El ordenamiento vigente en Colombia, en el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007, establece que la contratación que realicen aquellas Entidades Estatales exceptuadas de utilizar el EGCAP estarían definidos en la norma que crea el régimen especial, además pueden expedir su propio manual de contratación, el cual según Colombia Compra Eficiente (2023) debe: *“regular aspectos asociados a la actividad contractual, como los procedimientos de selección, los requisitos de participación, las condiciones de ejecución del contrato, entre otros”*.

Estos manuales de contratación de las Entidades Exceptuadas deben ser vinculantes y de obligatorio cumplimiento en cada uno de los contratos que

desarrollen, además deberán establecer las políticas, procedimientos, roles, responsabilidades y etapas que guiarán y orientarán sus procesos contractuales en cada una de sus etapas. (Maldonado, 2023, pp.221). También deberán elaborarse respetando y dando cumplimiento a los principios de la función administrativa y la gestión fiscal, consagrados respectivamente en los artículos 209 y 267 de la Constitución Política de Colombia, según se colige del artículo 13 de la Ley 1150 de 2007. Así mismo, lo establecido en los manuales de contratación de las entidades exceptuadas deberá atender el régimen de inhabilidades e incompatibilidades establecidos en el artículo 126 de la Constitución Política, el artículo 8 de la Ley 80 de 1993, la Ley 1474 de 2011 y la Ley 2097 de 2021, y no podrán regular temas o materias que tengan reserva de Ley (Colombia Compra Eficiente, Concepto C-049 de 2022).

Debido a que, como se dijo, se presume que las Entidades Exceptuadas requieren contratar de una manera ágil y rápida para desarrollar sus actividades financieras, mercantiles, comerciales e industriales, estas suelen consagrar en sus manuales de contratación formas menos rigurosas para seleccionar sus contratistas, situación que es aprovechada por las Entidades Estatales que, en principio, tendrían que hacer uso de las modalidades de selección previstas en el Estatuto General de Contratación para evadir los mismos a partir de la celebración de contratos y convenios interadministrativos. Lo anterior permite que estas Entidades exceptuadas subcontratan, haciendo uso de sus formas de selección más discrecionales, permitiendo elegir a aquellos que respondan a los intereses subjetivos y no propendiendo, necesariamente, por elegir la mejor oferta en términos contractuales.

El legislador no es ajeno a estas prácticas y, como respuesta, en el año 2011, expidió la Ley 1474, comúnmente denominada como “estatuto anticorrupción”, la cual buscaba, a través de la inclusión de nuevas medidas administrativas, penales, fiscales y disciplinarias fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública.

Dentro de la exposición de motivos de la Ley 1474 de 2011 encontramos que en el capítulo séptimo se estableció que la corrupción era el escenario donde se presentaban los casos más graves y sonoros de corrupción; es por ello por lo que dicha norma contempló dentro del capítulo séptimo una serie de medidas para prevenir la corrupción en la contratación.

Con estas ideas en mente, la Ley 1471 estableció en los artículos 1, 2 y 4 prohibiciones en materia contractual para las Entidades Estatales como: el no poder celebrar contratos con personas que hayan sido declaradas responsables por la comisión de delitos contra la Administración Pública, o que hayan financiado campañas políticas por encima del 2.5% de las sumas máximas a invertir por los candidatos en cada circunscripción, o con exfuncionarios del nivel directivo en los dos años siguientes a su retiro, entre otras. Dentro de otras de las medidas adoptadas, está la mayor responsabilidad que se les impone a los interventores; un régimen más severo de imposición de multas, sanciones y declaraciones de incumplimiento, la obligación de que los proyectos de concesión que implican obra estén maduros con todos los estudios de preinversión finalizados, un esquema más severo de inhabilidades como consecuencia de imposición de multas o incumplimientos, la obligación de que los anticipos se manejen a través de fiducia, entre otros aspectos.

En cuando al tema que nos convoca, esta norma intentó también ponerle límites a la celebración de convenios y contratos interadministrativos para evadir las modalidades de selección y en el artículo 92 estableció que las obligaciones derivadas del contrato interadministrativo debían tener relación directa con el objeto de la entidad ejecutora señalado en la ley o en sus reglamentos. Así mismo, en este artículo 92 fue prohibida la celebración de este tipo de negocios jurídicos cuando fueran de obra, suministro, prestación de servicios de evaluación de conformidad respecto de las normas o reglamentos técnicos, encargos fiduciarios y fiducia pública con instituciones de educación pública, sociedades de economía mixta con participación mayoritaria del Estado o personas jurídicas o las personas jurídicas

sin ánimo de lucro conformadas por la asociación de entidades públicas, o las federaciones de entidades territoriales sean las ejecutoras.

Frente a la posibilidad de eludir el EGCP a través de contratos o convenios interadministrativos, en la etapa de conciliación del trámite legislativo se aprobó el artículo 95 de la ley 1474 de 2011 que expresamente la prohibía señalando que “en caso de que las entidades contratistas no estuviesen sometidas a la aplicación del Estatuto General de Contratación Pública, la ejecución del contrato debería estar sometida a esa Ley”. Sin embargo, junto con esta disposición se aprobaron dos excepciones a dicha regla que en la práctica implicaron su inaplicabilidad, a saber, si la entidad contratista desarrollaba su actividad en competencia con el sector privado o si tuviese relación directa con el desarrollo de la actividad propia de la Entidad contratista.

La primera excepción pretendía que aquellas Entidades Estatales que se encontraran en competencia con el sector privado no estuvieran en una situación de desventaja o desigualdad con sus competidores al momento de realizar su actividad contractual, por tener que utilizar los procesos de selección de contratistas establecidos en el Estatuto General de Contratación.

La segunda excepción buscaba que cuando el objeto del contrato tuviera relación directa con la actividad principal que desarrollara la Entidad, esta no debía utilizar lo consagrado en el Estatuto General de Contratación para seleccionar a sus contratistas, por ejemplo en el caso de una Entidad Social del Estado que necesitara contratar medicamentos para desarrollar su actividad misional, esta no tendría que seleccionar al contratista a través de las modalidades establecidas en el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007.

A partir de lo expuesto, quedan en evidencia que los límites existentes en el ordenamiento jurídico colombiano para la celebración de convenios y contratos interadministrativos con entidades exceptuadas de aplicar el EGCP son insuficientes, toda vez que estas tienen toda la libertad para subcontratar a los contratistas con sus modalidades menos rigurosas. Así mismo, surge la necesidad

de revisar el artículo 95 de la Ley 1474 de 2011, ya que, si bien su finalidad era evidente, esta quedó truncada con la amplitud de las excepciones prevista y con ellas la posibilidad de poner límites y restricciones a la celebración de dichas figuras contractuales, toda vez que, como está actualmente el ordenamiento jurídico, existe la posibilidad de hacerle un esquivo a las modalidades del EGCAP. Por lo anterior, en el siguiente capítulo, se hará un recuento de las propuestas planteadas por otros autores frente a la problemática, para, finalmente, proponer una posible vía de solución.

TERCER APARTADO TRABAJO DE GRADO: DISTINTAS SOLUCIONES PLANTEADAS AL USO INDEBIDO O INADECUADO DE LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS O CONVENIOS INTERADMINISTRATIVOS PARA INAPLICAR EL EGCAP.

A partir de lo expuesto, es importante precisar que este artículo de investigación no busca, en ningún momento, estigmatizar o lapidar la figura de los convenios o contratos interadministrativos, ya que estos son dos instrumentos contractuales, que se encuentran permitidos y regulados por la Constitución y la Ley. Así mismo, permiten a las Entidades Públicas trabajar entre ellas, a partir de los principios de coordinación y colaboración, evitando las actuaciones aisladas, y económicamente ineficientes, y permitiendo de esta manera alcanzar los fines para los que estas fueron creadas, garantizando así el interés general y las necesidades de la población.

Sin embargo, como se evidenció en el apartado anterior, existe una problemática ampliamente conocida, con respecto al uso indebido de los contratos y convenios interadministrativos por parte de las Entidades Estatales, toda vez que estos están siendo utilizados para eludir las modalidades de contratación preceptuadas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Esta situación, si bien es permitida por el ordenamiento jurídico colombiano, vulnera los principios de selección objetiva, eficiencia, moralidad, economía, imparcialidad y el derecho

constitucional a la libre competencia económica, al no permitir participar en igualdad de condiciones a todos los interesados en los procesos de selección para la elección de los contratistas que colaboraran con el Estado.

Ante la gravedad de esta problemática, varias opciones se han propuesto recientemente para evitar que dicha práctica se siga generalizando. Una primera propuesta se refiere a la obligación de dar publicidad a la actividad contractual que desarrollan las Entidades exceptuadas, toda vez que, en principio, por la naturaleza de estas Entidades, no estaban obligadas a publicar, evidenciar o dar a conocer los documentos que respaldaran sus procesos contractuales, por lo que era imposible conocer con quienes contrataban y quiénes eran los terceros que ejecutaban los contratos y se beneficiaban de los recursos públicos. La obligación de dar publicidad y visibilizar la actividad contractual desarrollada por las Entidades Exceptuadas es una herramienta importante que contribuye al seguimiento y control ejercido por parte los ciudadanos y Órganos de Control, ya que permite conocer al contratista final que termina beneficiándose de la celebración de los contratos derivados o subcontratados producto de los contratos o convenios interadministrativos.

Es por esto que el día 18 de enero del año 2022 el Congreso de la República expidió la Ley 2195 de 2022, la cual estableció en su artículo 1 que tenía como objeto establecer medidas para prevenir los actos de corrupción, reforzar la articulación y coordinación de las entidades del Estado, recuperar la cultura de la legalidad e integridad y recuperar la confianza ciudadana y el respeto por lo público. Al respecto, el artículo 53 de esta norma modificó el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 y estableció la obligación por parte de las Entidades Exceptuadas de publicar los documentos, contratos, actos e información generada por oferentes, contratistas, contratantes, supervisor o interventor, tanto en la etapa precontractual, como en la contractual y la postcontractual en el SECOP II o la plataforma transaccional que posteriormente se designara para ello.

Para dar cumplimiento a lo establecido en el mencionado artículo, se dio un periodo de transición de seis (6) meses, por lo que, a partir del 18 de julio de 2022, todas las Entidades exceptuadas debían comenzar a publicar su actividad contractual en el SECOP II en los términos que establece el Decreto 1082 de 2015. Sin embargo, debido a que no se estaba dando cumplimiento a este artículo por parte de las Entidades Exceptuadas, Colombia Compra Eficiente, haciendo uso de las facultades otorgadas por los numerales 2 y 5 del artículo 3 del Decreto 4170 de 2011, se vio en la necesidad de expedir la Circular Externa 002 del 23 de agosto de 2024. En dicha circular se aclaró cuáles eran los documentos que se debían publicar, el término para hacerlo, además de explicar los módulos que tenía dispuesto la plataforma SECOP II para este tipo de contratación, además exhortó al cumplimiento de este artículo por parte de las entidades con regímenes exceptuados.

Sin embargo, además de consagrar esa obligación, es también necesario que se establezcan consecuencias en materia disciplinaria y sancionatoria para los Representantes Legales de todas aquellas Entidades Exceptuadas en las que no se esté dando cabal cumplimiento a lo establecido en el artículo 53 de la Ley 2195 de 2022, esto con el objetivo de que se presenten reales sanciones ante el incumplimiento que se viene presentando con relación a la publicidad en la información.

La segunda postura identificada para darle solución a la problemática está encaminada a proponer la necesidad de generar un cambio cultural más que un cambio normativo. Al respecto, los defensores de esta propuesta plantean que por más que se creen nuevas normas jurídicas, o se modifiquen las existentes, mientras no haya una real voluntad y cultura por parte de los funcionarios encargados de adelantar los procesos contractuales, o de los mandatarios de turno, nada va a cambiar, toda vez que se seguirán suscribiendo contratos y convenios interadministrativos y creando Entidades excepcionadas con el único fin o propósito

de aprovechar la posibilidad de contratar usando el derecho privado sin tener que acudir a las modalidades de selección del Estatuto de Contratación Público.

Dentro de esta postura encontramos a Andres Mauricio Quiceno Arenas (2020), quien propone que la suscripción de los convenios o contratos interadministrativos ni de ningún otro instrumento contractual es malo por sí mismo, sino que son los funcionarios, quienes motivados por intereses personales más que por realmente satisfacer el interés general, utilizan estas figuras contractuales de manera errónea.

Así mismo, plantea que la suscripción de convenios y contratos interadministrativos no debe motivarse simplemente por la correspondencia entre el objeto a contratar y la posibilidad que los estatutos de la Entidad Exceptuada lo permita, sino que además deber ser verificable orgánica, presupuestal y estructuralmente que la Entidad con régimen exceptuado con quien se celebre el convenio o contrato interadministrativo pueda ejecutarlo de manera directa (p.20-22).

En esta misma línea, Jaime Orlando Santofimio (2024) expresó que el uso de los convenios y contratos interadministrativos para eludir las modalidades de selección es un tema neurálgico en la contratación estatal y en cualquier espacio donde se esté discutiendo frente al buen manejo de los recursos públicos. Así mismo, el ex consejero de Estado enunció que las Entidades Estatales no deben olvidar que estos instrumentos son mecanismos excepcionales y, por lo tanto, primero debe hacerse un análisis de si no es procedente alguna otra modalidad como la licitación pública antes de acudir a su celebración. Así mismo, expresa que el mal uso de los convenios y contratos interadministrativos es una afrenta directa a la libre competencia económica, a la democracia y la participación, todos estos principios y derechos contemplados en nuestra Constitución Política. Por consiguiente, considera que es necesario que los servidores públicos y que los diferentes representantes legales que participan en la estructuración de los procesos contractuales antepongan los intereses de la mayoría sobre los propios o los de un tercero.

En la misma línea, el ingeniero Rodrigo Fernández Fernández (2024) afirma que para nadie es un secreto en el ámbito público que, las Empresas Industriales del Estado son creadas en los municipios y departamentos con el propósito fundamental de adelantar la gestión contractual de las Entidades Territoriales a través de la celebración de contratos y convenios interadministrativos utilizando su régimen exceptuado de contratación haciéndole un quite a las modalidades de contratación y los pliegos tipo. Para el autor, siempre han existido y existirán los llamados “contrataderos”, toda vez que las normas creadas para combatir la corrupción y garantizar la selección objetiva de los contratistas que colaboran con el Estado han incluido excepciones que permiten que la contratación estatal caiga en manos de pocos.

Como ejemplos se menciona el párrafo del artículo 2 de la Ley 80 de 1993, que reconocía a las cooperativas y asociaciones conformadas por entidades territoriales como Entidades Públicas, situación que hasta la expedición de la Ley 1150 de 2007, era usada para seleccionar contratistas sin recurrir a las modalidades de selección. Como segundo ejemplo, el autor propone el artículo 92 de la Ley 1474 de 2011 y objeto de esta investigación, con respecto a la posibilidad que tienen de suscribir contratos y convenios interadministrativos la Entidades Estatales con las Empresas Industriales y Comerciales del Estado. Un tercer ejemplo que trae a colación es la Ley 2195 de 2022, la cual establece la obligación de aplicación de los pliegos tipo a las Entidades Exceptuadas, pero en su mismo párrafo exceptúa a las Instituciones de Educación Superior públicas, las empresas sociales del Estado, las sociedades de economía mixta y las empresas industriales y comerciales del Estado, únicamente en cuanto a la contratación de su giro ordinario (p. 18).

Sobre esta segunda propuesta consideramos que, si bien se comparte la posición de que es necesario un cambio cultural para evitar que se utilice de manera indebida la celebración de contratos y convenios interadministrativos, también lo es acompañar el mismo con cambios normativos, que restrinjan la inclusión de

excepciones que permitan hacerle esquivo a la escogencia de los terceros que contratan con el Estado en situación de igualdad con los demás.

Una tercera postura plantea la posibilidad de acudir a la vía judicial con el fin de solicitar que sean retiradas aquellas normas del ordenamiento jurídico que permiten que se utilicen de manera incorrecta los contratos y convenios interadministrativos. En desarrollo de esta postura encontramos la demanda de inconstitucionalidad presentada por Ernesto Matallana, el 25 de julio del año 2023, donde solicitaba la declaratoria de inexequibilidad a la Corte Constitucional de un apartado del artículo 92 de la Ley 1474 de 2011, por considerar que deberían ser incluidas también las empresas industriales y comerciales dentro de las excepciones establecidas en el artículo para la celebración de contratos interadministrativos, por tener, en criterio el abogado, la misma naturaleza en materia contractual, que las Empresas de Economía Mixta.

En un principio, la demanda fue inadmitida por la Corte Constitucional por medio del Auto del 28 de agosto de 2023, toda vez que según el Magistrado ponente no se había sido explicado de manera suficiente la violación constitucional. Dicha situación fue corregida y se solicitó que se entendiera que la demanda de inconstitucionalidad se presentaba por una omisión del legislador en el que era necesario incluir en la prohibición del artículo 92 de la Ley 1474 de 2011 a las Empresas Industriales y Comerciales. Así mismo, argumentó que este artículo permitía a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado- EICE vulnerar la libre competencia económica y la libertad de empresa, en tanto:

Las EICE, usan su naturaleza jurídica para celebrar contratos interadministrativos, y luego al no tener la capacidad técnica e idoneidad para ejecutar directamente el contrato de obra, tercerizan la ejecución del contrato y para ello utilizando su manual de contratación regulado por el régimen privado, seleccionan de manera abreviada a su contratista, con lo cual defraudan el régimen constitucional que permea la licitación pública [...]

generando un obstáculo al ejercicio de estos derechos, por cuanto en la práctica administrativa, muchas de estas empresas industriales y comerciales como se demostró en la demanda, tienen un registro de proponentes privado, que solo se invitan a unos pocos proponentes, y los pocos que participan casi nunca cumplen con los requisitos de la convocatoria (Corte Constitucional, Auto 2406, 2023, p. 7).

La corrección de la demanda fue rechazada y el recurso de súplica fue declarado improcedente, por una insuficiente carga argumentativa, debido a que la Corte Constitucional (2023) consideró que no fueron presentados argumentos suficientes para probar una omisión legislativa, una vulneración de la libre competencia, al derecho a la igualdad o el acceso al mercado, todo lo anterior, aun cuando los argumentos presentados por el demandante demostraban una situación irregular que se viene presentando con la suscripción de los contratos y convenios interadministrativos (pp. 16-19). Teniendo en cuenta este panorama, se presenta en el siguiente apartado una propuesta de modificación del artículo 95 de la Ley 1474 de 2011, la cual permitirá celebrar de manera adecuada los contratos y convenios interadministrativos, evitando que los mismos sigan siendo utilizados para propósitos diferentes al trabajo mancomunado entre Entidades.

CUARTO APARTADO: PROPUESTA DE MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 95 DE LA LEY 1474 DE 2011.

El artículo 150 de la Constitución Política de Colombia establece en su inciso final que: *“Compete al Congreso expedir el estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional”*, por lo tanto, el legislador es el único competente y facultado para regular los aspectos medulares en materia contractual por expreso mandato constitucional. Así, la Constitución Política de Colombia dictamina que el legislador es quien tiene la obligación de

establecer parámetros y regulaciones frente al régimen de contratación pública. Para ello podrá establecer los procedimientos y las actuaciones que deben efectuar las diversas Entidades del Estado que manejan recursos públicos, para evitar la malversación de estos y lograr el cumplimiento de los objetivos y finalidades estatales (Valencia Tello, 2021,pp.3).

Es decir, solo el Congreso de la República tiene la competencia para modificar, reformar o adicionar el artículo 95 de la Ley 1474 de 2011, norma que, como se evidenció anteriormente, es la que permite que la selección de los contratistas de los contratos derivados o subcontratados producto de los convenios y contratos interadministrativos celebrados con Entidades Exceptuadas, sean seleccionados o elegidos sin utilizar las modalidades previstas en el Estatuto General de Contratación. Por lo anterior, en este apartado, se estructurará una propuesta de adición del artículo 95 de la Ley 1474 de 2011, norma que, a su vez, modificó el inciso segundo del literal c) del numeral 4 de la Ley 1150 de 2007, la cual establece:

En aquellos eventos en que el régimen aplicable a la contratación de la entidad ejecutora no sea el de la Ley 80 de 1993, la ejecución de dichos contratos estará en todo caso sometida a esta ley, salvo que la entidad ejecutora desarrolle su actividad en competencia con el sector privado o cuando la ejecución del contrato interadministrativo tenga relación directa con el desarrollo de su actividad.

La primera parte del artículo antes transcrito tenía como intención que la selección de los contratistas de los contratos derivados o subcontratados que surgieran como producto de la celebración de los contratos y convenios interadministrativos con Entidades Exceptuadas se realizara haciendo uso de las modalidades de selección del Estatuto de Contratación de la Administración Pública. Sin embargo, la misma norma establece luego de la palabra “salvo”, dos excepciones de aplicación de la Ley 80 de 1993, y por ende de las modalidades de selección de los contratistas previstos en la Ley 1150 de 2007, para la celebración por parte de las Entidades

Exceptuadas de los contratos derivados o subcontratados producto de los convenios o contratos interadministrativos.

La primera es cuando la Entidad desarrolle su actividad en competencia con el sector privado. En esta excepción estarían incluidas las Empresas Industriales y Comerciales del Estado-EICE, las Empresas de Servicios Públicos-E.S.P, las Sociedades de Economía Mixta y las Empresas Sociales del Estado-ESE. Por su parte, la segunda establece que no es necesario utilizar las modalidades de selección previstas en el Estatuto General de Contratación cuando el contrato o convenio interadministrativo tenga relación con la actividad que desarrolla la Entidad Exceptuada de utilizar el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

En esta segunda excepción puede incluirse casi cualquier Entidad Exceptuada, toda vez que estas, por lo general, son creadas con objetos amplios o incluso pueden en el tiempo modificar sus estatutos, esto con el fin de agregar actividades que les permitan suscribir todo tipo de contratos y convenios interadministrativos para posteriormente poder seleccionar a quien realmente ejecuta el contrato utilizando su manual de contratación. Lo anterior evidencia que las excepciones se convirtieron en regla, toda vez que, en la realidad, amparadas en lo dispuesto en el artículo 95 de la Ley 1474 de 2011, ninguna Entidad Exceptuada utiliza las modalidades previstas en el Estatuto General de Contratación para celebrar ningún contrato delegado o subcontratado.

Teniendo en cuenta lo planteado anteriormente, la solución de modificación propuesta se centrará en plantear una propuesta de la regulación de la subcontratación o contratación derivada del contratista, producto de la celebración de los convenios o contrato interadministrativos. Con respecto a la subcontratación, el profesor Richard Ramírez (2012) define la misma de la siguiente manera:

[L]a subcontratación supone la celebración de un contrato eventual y accesorio, entre un contratista del Estado y un tercero, sin que aquél tenga

el deber, por regla general, de agotar un previo procedimiento de selección, por medio del cual el segundo sustituye parcial y materialmente al primero, quien conserva la dirección general del proyecto y es responsable ante la entidad estatal contratante por el cumplimiento íntegro de las obligaciones derivadas del contrato adjudicado (pp.26).

Por su parte, el Consejo de Estado la ha definido como:

La subcontratación es la celebración de un contrato accesorio a otro principal, entre un contratista del Estado y un tercero, en virtud del cual el subcontratista o tercero sustituye parcial y materialmente al primero, quien conserva la dirección general del proyecto y es responsable ante la entidad estatal contratante por el cumplimiento íntegro de las obligaciones derivadas del contrato adjudicado. (Consejo de Estado, sentencia 23088, 2013, p. 24).

La subcontratación no tiene una regulación expresa en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, como bien lo establece Colombia Compra Eficiente al afirmar que: *“La figura jurídica de la subcontratación no ha tenido un desarrollo regulatorio sustancial en el derecho colombiano, el ordenamiento jurídico carece de una disposición legal que brinde una definición de subcontratación”*. Sin embargo, la misma encuentra su fundamento en el artículo 333 Constitucional, en especial en lo referente a los derechos a la libre empresa, a la libertad económica y a la libre iniciativa privada, y tiene como finalidades específicas solventar un problema de insuficiencia técnica o de personal de la Entidades o contratar subcontratistas con un conocimiento especializado que no tiene la Entidad en su planta de cargos. (Ramírez,2012,pp.42-45).

Con respecto a la regulación de los límites a la subcontratación en la celebración de contratos y convenios interadministrativos, se evidencia que solamente existe la consagrada en el inciso c) del numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007.

En aquellos casos en que la entidad estatal ejecutora deba subcontratar algunas de las actividades derivadas del contrato principal, no podrá ni ella

ni el subcontratista, contratar o vincular a las personas naturales o jurídicas que hayan participado en la elaboración de los estudios, diseños y proyectos que tengan relación directa con el objeto del contrato principal.

Lo anterior evidencia que existe un vacío normativo con respecto a la regulación de la subcontratación o contratación derivada producto de los convenios y contratos interadministrativos, toda vez que solo existe una prohibición con respecto a subcontratar con las personas que hayan participado en la elaboración de estudios, diseños y proyectos, dejando de lado la regulación del porcentaje máximo o mínimo del contrato que se puede subcontratar. Así las cosas, entendiendo que en el ordenamiento jurídico colombiano no existe mayores límites o regulación frente a la subcontratación o a la contratación derivada, resulta importante revisar como se ha regulado este aspecto en otros países.

En primer lugar, encontramos la Ley General de Contratación Pública N° 9986 de 2021 de la República de Costa Rica la cual establece en su artículo 18 que todo proveedor o subcontratista que tenga la intención de celebrar contratos con las Entidades Estatales deberá registrarse en el sistema electrónico oficial de proveedores donde cualquier ciudadano podrá consultar los antecedentes y las sanciones, el historial de cumplimiento de contrataciones con la Administración Pública. Así mismo, en su artículo 49 establece que la subcontratación no podrá superar el 50% del total del monto del contrato, además esta no relevará de responsabilidad a la Entidad contratista de responsabilidad por el objeto contratado.

En segundo lugar, encontramos también en la Ley 9 de 2017, de contratos del sector público de España, que el numeral 4 del artículo 30 establece que, para algunos tipos de obras, la subcontratación no podrá exceder el 60 por ciento del importe total del proyecto. Así mismo, esta Ley establece en su numeral 3 del artículo 215, que en caso de que se produzca la falta de acreditación del subcontratista, el porcentaje o las condiciones que hacen urgente la misma, puede dar lugar a la imposición de una penalidad hasta un 50 por 100 del importe del contrato o incluso llegarse a la resolución del mismo.

Por lo anterior, se propone establecer un párrafo dentro del artículo 95, que dictamine que la Entidad Estatal no podrá subcontratar más del 50% del valor total de las actividades establecidas en el convenio o contrato interadministrativo, esto pensado también, con el objetivo de garantizar que las Entidades Exceptuadas recurran a los contratos derivados solo en caso de requerir bienes o servicios especializados que no puedan proveer por ellos mismos.

Esto último, por cuanto es posible que las Entidades Exceptuadas que deban ejecutar los convenios o contratos interadministrativos no cuenten con la totalidad de personal, capacidad locativa o de insumos, y se vean en la necesidad de celebrar un contrato accesorio con el objetivo de subcontratar algunos de los elementos pactados en el contrato o convenio con el fin de cumplir a cabalidad el proceso contractual, sin que por esto ese contrato o convenio interadministrativo se convierta en un instrumento para evadir los procesos de selección, que es lo que ocurre cuando no se limita el porcentaje de este.

Otro aspecto que resulta importante regular tiene que ver con la selección que realizan las Entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de las Entidades Exceptuadas con las que celebrarán un convenio o contrato interadministrativo, toda vez que al hacerlo con una que no cuente con los recursos técnicos, de experiencia, organizacional ni de personal, inevitablemente generará que la Entidad exceptuada tenga que subsanar dicha carencia subcontratando a otro. Al respecto, se hace necesario entonces que la Entidad Exceptuada con quien se celebra un convenio o contrato interadministrativo cumpla con las condiciones mínimas de personal, organización, experticia que le permitan ejecutar de manera directa el objeto contractual, dando cumplimiento a objetivos específicos establecidos en los documentos precontractuales que respalden la celebración de los contratos y convenios interadministrativos.

Esto, con el fin de evitar que sea un subcontratista quien asuma la totalidad de la ejecución del contrato y que la Entidad Exceptuada no tenga injerencia en el cumplimiento del objeto contractual y que sea simplemente utilizada para evitar

utilizar las modalidades de selección, conllevando con ello un mayor costo económico y la vulneración de los principios de selección objetiva, y los consagrados en el artículo 209 constitucional.

Por lo tanto, la propuesta de reforma del artículo 95 de la Ley 1474 de 2011 que modificó el a su vez el inciso 2o del literal c) del numeral 4 del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007 quedaría así:

ARTÍCULO 95. APLICACIÓN DEL ESTATUTO CONTRACTUAL. En aquellos eventos en que el régimen aplicable a la contratación de la entidad ejecutora no sea el de la Ley 80 de 1993, la ejecución de dichos contratos estará en todo caso sometida a esta ley, salvo que la entidad ejecutora desarrolle su actividad en competencia con el sector privado o cuando la ejecución del contrato interadministrativo tenga relación directa con el desarrollo de su actividad.

PARÁGRAFO 1. La totalidad del porcentaje de subcontratación de los contratos derivados de la celebración de convenios y contratos interadministrativos no podrá superar el cincuenta por ciento (50%) del monto total del contrato.

PARÁGRAFO 2. La celebración de convenios y contratos interadministrativos con Entidades Exceptuadas de aplicar el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública procederá en caso de que se compruebe que la Entidad cumple con la experiencia, la organización y el personal técnico y humano necesario, de lo anterior, se dejará constancia en el acto administrativo de justificación de la contratación directa que establece el artículo 2.2.1.2.1.4.1 del Decreto 1082 de 2015.

PARÁGRAFO 3. La infracción de las condiciones establecidas en los párrafos 1 y 2 del presente artículo generará la nulidad absoluta del contrato o convenio principal.

Lo anterior permitiría tener certeza que cuando se celebren contratos o convenios interadministrativos, se realicen con el objeto de trabajar de manera mancomunada entre dos Entidades Públicas a partir de la coordinación, la cooperación o la colaboración en la realización de funciones propias y de interés común para las Entidades que lo suscriben, y tiene como finalidad garantizar el eficiente y eficaz ejercicio de las funciones públicas.

La intención de la modificación, como se estableció anteriormente, no iba dirigida en buscar la prohibición en la celebración de contratos y convenios interadministrativos, ya que la misma reviste gran importancia para la consecución de los objetivos misionales de Entidades con bajos presupuestos. Así como tampoco buscaba prohibir la totalidad de la posibilidad de subcontratar bienes o servicios con los que no cuenta la Entidad Exceptuada, sino que los cambios sugeridos van exclusivamente dirigidos a evitar que los convenios y contratos interadministrativos sean utilizados exclusivamente, como viene sucediendo en la realidad, para que las Entidades Estatales obligadas a utilizar las modalidades de selección de los contratistas.

CONSIDERACIONES FINALES.

El contrato estatal es un tema de gran importancia no solo para los abogados administrativistas, sino también para todos los ciudadanos, toda vez que es el instrumento por excelencia a partir del cual las Entidades Públicas del país utilizan o invierten sus recursos en la búsqueda de lograr los fines esenciales del Estado y garantizar el bienestar general. En la Constitución Política de Colombia se consagró en el artículo 333 el derecho que tienen los ciudadanos a la libre competencia económica, situación que fue recogida en los principios de transparencia, economía y responsabilidad de la Ley 80 de 1993 y en el principio de selección objetiva de la Ley 1150 de 2007.

Si bien el Legislador por expreso mandato constitucional tenía como tarea la creación de un Estatuto General de Contratación, lo cierto es que, por la naturaleza y fines de distintos tipos de Entidades Públicas en el país, fue necesario otorgarles

la posibilidad de contratar como lo haría una persona privada. Como se evidenció a lo largo del presente texto, actualmente existe una problemática con relación a la celebración de contratos y convenios interadministrativos con Entidades Exceptuadas, toda vez que los mismos son utilizados para evadir la selección de contratistas utilizando las modalidades establecidas en la Ley 1150 de 2007.

En esta investigación se buscó proponer una modificación normativa frente al artículo 95 de la Ley 1474 de 2011, toda vez que este artículo fue el que facilitó que las Entidades Exceptuadas pudieran celebrar contratos delegados de los contratos y convenios interadministrativos. Es importante mencionar que las normas que ha expedido el Congreso de la República para evitar que se genere corrupción en materia de contratación pública han establecido excepciones que son utilizados por personas con intereses eminentemente particulares, como es el caso del artículo 95 de la Ley 1474 de 2011, y más recientemente el artículo 56 de la Ley 2195 de 2022.

Independientemente que sea utilizada la propuesta normativa aquí planteada, es fundamental que el Congreso de la República realice una modificación al artículo 95 de la Ley 1474 de 2011, toda vez que la excepción permite que la ejecución de los contratos estatales esté concentrándose en unos pocos, lo que innegablemente repercute en un encarecimiento de los bienes, obras o servicios contratados por el Estado y que, en últimas, pagamos todos los ciudadanos.

REFERENCIAS

Doctrina:

Arenas Mendoza, H. (2020). *Derecho Administrativo*. Legis Editores.

Chávez Marín, A. (2015). *Los convenios de la administración: entre la gestión pública y la actividad contractual*. Editorial Universidad del Rosario.

Escobar Gil, R. (1999). *Teoría general de los contratos de la Administración Pública*. Legis Editores.

Fernández Fernández, J.R. (2024). *La magia de los contrataderos*. *Revista Anales de Ingeniería*, 962, 18-22. <https://sci.org.co/edicion-962-contratacion-y-transparencia/>

Matallana Camacho, E. (2015). *Manual de Contratación de la Administración Pública*. Editorial Universidad Externado de Colombia.

Mendieta Pineda, C.R. (2022). *Régimen de contratación directa en las compras públicas: limitantes a la facultad decisoria de contratación cuando no existe pluralidad de oferentes en el mercado*. *Revista Estudios de derecho*, 79 (173), 59-83. DOI: 10.17533/udea.esde.v79n173a03.

Maldonado Rincón, J. (2023). *Panorama y análisis de la configuración legal y de la reglamentación interna de los Regímenes Especiales y Exceptuados de Contratación*. *Revista misión jurídica*, 16 (24), 217-244.

Procuraduría General de la República. Sala Disciplinaria, Sentencia 2013-792-583596, 2014 (P.D.P María Eugenia Carreño Gómez).

Quiceno Arenas, A.M. (2020). *Afectación al principio de selección objetiva a través de la celebración de convenios o contratos interadministrativos*. *Revista Digital de derecho Administrativo*, 24 (jun. 2020), 103–126. DOI: <https://doi.org/10.18601/21452946.n24.05>.

Ramírez Grisales, R. (2012). *La subcontratación*. Centro de Estudios de Derecho Administrativo -CEDA- y Librería Jurídica Sánchez R. LTDA.

Santos Rodríguez, J. E. (2009). *Consideración sobre los contratos y Convenios Interadministrativos*. Revista Digital de derecho Administrativo. 1 (jun. 2009). <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/2592/2231>

Santofimio Gamboa, J.O.(2017). *Compendio de derecho administrativo*. Editorial Universidad Externado de Colombia.

Vidal Perdomo, J, & Molina Betancur, C. (2016). *Derecho Administrativo*. Legis Editores.

Vernaza Civetta, S.(2018). *El derecho y desarrollo en la contratación estatal colombiana a finales del siglo XX*. Universidad de los Andes. Disponible en: <http://hdl.handle.net/1992/38958>.

Valencia Tello, D. C. (2021). *La Constitución de 1991 y la contratación estatal. Visiones conflictivas y deficiencias en el diseño del Estado*. Estudios de Derecho, 78 (172), 175-196 Doi: 10.17533/udea.esde.v78n172a07

Normativa:

Constitución Política de Colombia. Art. 113. Julio 4 de 1991 (Colombia).

Constitución Política de Colombia. Art. 150. Julio 4 de 1991 (Colombia).

Constitución Política de Colombia. Art. 209. Julio 4 de 1991 (Colombia).

Ley 489 de 1998. Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones. Diciembre 29 de 1998. DO. 43464.

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. Julio 16 de 200. DO. N 46.691.

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. Enero 18 de 2022. DO. N 51921.

Ley 40 de 2015. de Régimen Jurídico del Sector Público. 1 de octubre de 2015.
<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-10566>.

Decreto 1082 de 2015. Por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector Administrativo de Planeación Nacional. Mayo 26 de 2015.

Jurisprudencia:

Sala de Consulta y Servicio Civil Consejo de Estado. Concepto con radicado 11001-03-06-000-2010-00034-00 (C.P. Enrique José Arboleda; mayo 20 de 2010).

Sala de Consulta y Servicio Civil Consejo de Estado. Concepto con radicado 11001-03-06-000-2015-00102-00 (C.P. Álvaro Namén Vargas; Julio 26 de 2016).

Corte Constitucional. Sentencia C-713 de 2009 (M.P. María Victoria Calle Correa; octubre 7 de 2009).

Corte Constitucional. Sentencia C-671 de 2015 (M.P. Alberto Rojas Ríos; octubre 28 de 2015).

Corte Constitucional. Auto 2406 de 2023 (M.P. Diana Fajardo Rivera; octubre 11 de 2023).

Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia 23.088 (C.P. Enrique Gil Botero; Agosto 12 de agosto de 2013).

Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia 70.405 (C.P. Fernando Alexei Pardo Flórez; Agosto 13 de 2024).

Institucional:

Agencia Nacional de Contratación Pública-Colombia Compra Eficiente. Concepto con radicado C-049-2022 (Jorge Augusto Tirado; marzo 7 de 2022).

Agencia Nacional de Contratación Pública-Colombia Compra Eficiente. Concepto con radicado C-286-2024 (Carlos Augusto Betancur López; julio 29 de 2024).

Contraloría General de la República, Contraloría Delegada para la Gestión Pública e Instituciones Financieras. (2023). Evaluación del impacto económico en la aplicación de la contratación directa suscrita por las Entidades Públicas del orden nacional y territorial a través de los convenios y contratos interadministrativos 2019- 2022.

Proyecto de Ley 142 de 2010. por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública. Senado de la República. 142/2010.

Circular Externa 002 del 23 de agosto de 2024. Aplicación del artículo 53 de la Ley 2195 de 2022, mediante el cual se modificó el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007.

Colombia Compra Eficiente.

https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_circulares/doc-20240823-wa0021.pdf

Audiovisual:

Contraloría General de la República. (2024, Agosto 27). Foro: Optimizando la Contratación Pública. YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=XBwOHftlkq8>