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

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

[…]

Ahora bien, es importante destacar, que el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 93 de la Ley 1474 de 2011, esclareció las dudas que producía el confuso artículo 93 de la Ley 489 de 1998 a propósito del régimen contractual de estas entidades. Por lo tanto, las EICE, las Sociedades de Economía Mixta, sus filiales y las sociedades entre Entidades Públicas en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), están sometidas, por regla general, al EGCAP, excepto aquellas EICE que: i) desarrollen actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, nacional o internacional o ii) desarrollen actividades en mercados regulados, eventos en los cuales ellas se rigen por las disposiciones que regulen su actividad. Lo anterior, sin perjuicio de dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, esto es, del deber que le incumbe a la EICE de aplicar, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal consagrados en los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal y el deber de publicidad en el Secop.

**CONTRATOS Y CONVENIOS INTERADMINISTRATIVOS – Definición – Sujetos – Entidades Estatales – Entidades exceptuadas**

Sobre la tipología de convenio o contrato interadministrativo, conviene señalar que esta fue creada en la Ley 80 de 1993, y aunque no la definió ni desarrolló, el Decreto 1082 de 2015, “Por medio del cual se expide el Decreto único reglamentario del sector administrativo de planeación nacional”, califica a los convenios o contratos interadministrativos como aquella contratación entre Entidades Estatales. De acuerdo con esto, el contrato o el convenio interadministrativo es el acuerdo donde concurre la voluntad de dos o más personas jurídicas de derecho público con la finalidad de cumplir, en el marco de sus objetivos misionales y sus competencias, con los fines del Estado. Es decir, los contratos o convenios interadministrativos nominados en la Ley 80 de 1993 están determinados por un criterio orgánico, pues es necesario que los extremos de la relación contractual sean Entidades Estatales con competencia para celebrar contratos.

Si bien los contratos o convenios interadministrativos están previstos en la Ley 80 de 1993, en la Ley 1150 de 2007 y en el Decreto 1082 de 2015, no quiere decir que solo puedan celebrarse entre Entidades Estatales que apliquen el régimen de contratación allí previsto. En efecto, una Entidad Estatal de la Ley 80 de 1993 bien puede celebrar esta clase de convenios con una Entidad Estatal de régimen especial y no por ello dejará de ser un contrato o convenio interadministrativo.

**CONTRATO INTERADMINISTRATIVO – Modalidad de selección**

[…] teniendo en cuenta el primer problema jurídico, debe señalarse, en relación con la modalidad de selección aplicable a la celebración de contratos interadministrativos que, la Ley 1150 de 2007 establece que las Entidades Estatales pueden suscribirlos de manera directa, siempre que las obligaciones derivadas de los mismos tengan relación con el objeto de la entidad ejecutora.

**CONTRATO INTERADMINISTRATIVO – Modalidad de selección – Excepciones**

[…] debe tener en cuenta que el inciso segundo establece una limitación a la contratación directa mediante la causal del literal c) –transcrito anteriormente– dirigido a los supuestos en que las “instituciones de educación superior públicas o las Sociedades de Economía Mixta con participación mayoritaria del Estado, o las personas jurídicas sin ánimo de lucro conformadas por la asociación de entidades públicas, o las federaciones de entidades territoriales sean las ejecutoras”. De manera que cuando ellas sean las ejecutoras, no se pueden celebrar contratos interadministrativos de manera directa, utilizando la causal del literal c), en tratándose de “contratos de obra, suministro, prestación de servicios de evaluación de conformidad respecto de las normas o reglamentos técnicos, encargos fiduciarios y fiducia pública”, estos últimos a los cuales hace referencia en su consulta.

Conviene señalar que la excepción contenida en la norma mencionada –concretamente el inciso segundo– determina de manera explícita los sujetos a los cuales les es aplicable la restricción contenida en dicho artículo, que incluye la celebración de contratos o convenios interadministrativos cuando se trate, entre otros, de un contrato de obra o suministro. Esta disposición exceptuó celebrar de manera directa contratos o convenios interadministrativos cuando se trate de encargos fiduciarios o fiducia pública cuya entidad ejecutora sea una institución de educación superior pública o una Sociedad de Economía Mixta con participación mayoritaria del Estado, o una persona jurídica sin ánimo de lucro conformada por la asociación de Entidades Públicas, o una federación de entidades territoriales.

**CONTRATO INTERADMINISTRATIVO –Régimen jurídico aplicable**

De conformidad con lo dispuesto en el inciso tercero de la norma objeto de análisis, la ejecución de los contratos interadministrativos quedó sometida por regla general al EGCAP, salvo los casos en que la entidad ejecutora actúa en régimen de competencia con el sector privado o cuando el contrato tenga relación directa con su actividad. En otras palabras, la ejecución del respectivo contrato interadministrativo podrá hacerse bajo unas normas distintas a las dispuestas en el EGCAP si existe una relación inmediata entre el objeto del contrato y la actividad propia de la entidad ejecutora.

Bogotá D.C., 14 de agosto de 2024.



Señor

**Diego Alejandro Ospina Agudelo**

LW Abogados

Ciudad

|  |  |
| --- | --- |
|  | **Concepto C- 139 de 2024** |
| **Temas:**  | EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO – Naturaleza Jurídica – Régimen de contratación / CONTRATOS Y CONVENIOS INTERADMINISTRATIVOS – Definición – Sujetos – Entidades Estatales – Entidades exceptuadas / CONTRATO INTERADMINISTRATIVO – Modalidad de selección / CONTRATO INTERADMINISTRATIVO – Modalidad de selección – Excepciones / CONTRATO INTERADMINISTRATIVO –Régimen jurídico aplicable  |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta con radicado No. P20240517005185 |

Estimado señor Ospina:

En ejercicio de la competencia otorgada por los artículos 3, numeral 5º, y 11, numeral 8º, del Decreto Ley 4170 de 2011, así como lo establecido en el artículo 4 de la Resolución 1707 de 2018 expedida por esta Entidad, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente– responde su solicitud de consulta de fecha 17 de mayo de 2024, en la cual manifiesta lo siguiente:

“1. ¿Puede una entidad estatal sometida al estatuto general de la contratación pública celebrar un contrato interadministrativo por contratación directa con una empresa industrial y comercial del estado?

2. Puede una empresa industrial y comercial del estado utilizar su manual de contratación privado para la celebración de contratos derivados de transferencias del ente territorial para cumplir funciones públicas, como por ejemplo, realizar mejoramientos de vivienda. O de lo contrario, para dicha contratación debe utilizarse el estatuto general de la contratación.

3. ¿Puede una empresa industrial y comercial del estado, previo a la celebración de un convenio interadministrativo, utilizar su manual de contratación para ejecutar los recursos que entran con ocasión al convenio? O se configura una tercerización contractual.

[…]”.

De manera preliminar, resulta necesario acotar que esta entidad solo tiene competencia para responder consultas sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. En ese sentido, resolver casos particulares desborda las atribuciones asignadas por el legislador extraordinario, que no concibió a Colombia Compra Eficiente como una autoridad para solucionar problemas jurídicos particulares de todos los partícipes del sistema de compra pública. La competencia de esta entidad se fija con límites claros, con el objeto de evitar que la Agencia actúe como una instancia de validación de las actuaciones de las entidades sujetas a la Ley 80 de 1993 o de los demás participantes de la contratación pública. Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, ni a brindar asesorías sobre casos puntuales.

Conforme lo expuesto, en aras de satisfacer el derecho fundamental de petición se resolverá su consulta dentro de los límites de la referida competencia consultiva, esto es, haciendo abstracción de las circunstancias particulares y concretas mencionadas en su petición, pero haciendo unas consideraciones sobre las normas generales relacionadas con los problemas jurídicos de su consulta.

1. **Problema planteado:**

De acuerdo con el contenido de su solicitud, esta Agencia resolverá los siguientes problemas jurídicos: i) ¿Una Entidad Estatal sometida al Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública – en adelante EGCAP – puede celebrar contratos y convenios interadministrativo con una Empresa Industrial y Comercial del Estado a través de la modalidad de contratación directa?; ii) ¿Cuál es el régimen jurídico aplicable a los contratos y convenios interadministrativos que celebren?

1. **Respuesta:**

|  |
| --- |
| En respuesta a los interrogantes planteados, la Subdirección de Gestión Contractual manifiesta:* De acuerdo con el inciso primero del literal c) del numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 92 de la Ley 1474 de 2011, la suscripción de contratos interadministrativos de forma directa está sujeta a que las obligaciones del negocio jurídico tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora, establecido en la ley o en sus reglamentos. La condición impuesta por el legislador para la suscripción de estos contratos se establece a efectos de constatar que el ejecutante cuente con la capacidad jurídica para contraer las obligaciones establecidas en el contrato. Sin perjuicio de lo anterior, debe señalarse que el inciso segundo de la citada disposición establece una limitación a la contratación directa mediante la causal del literal c) dirigido a los supuestos en que las “instituciones de educación superior públicas o las Sociedades de Economía Mixta con participación mayoritaria del Estado, o las personas jurídicas sin ánimo de lucro conformadas por la asociación de entidades públicas, o las federaciones de entidades territoriales sean las ejecutoras”. De manera que cuando ellas sean las ejecutoras, no se pueden celebrar contratos interadministrativos de manera directa, utilizando la causal del literal c), en tratándose de “contratos de obra, suministro, prestación de servicios de evaluación de conformidad respecto de las normas o reglamentos técnicos, encargos fiduciarios y fiducia pública”.
* Ahora bien, de conformidad con lo dispuesto en el inciso tercero de la norma objeto de análisis, la ejecución de los contratos interadministrativos quedó sometida por regla general al EGCAP, salvo los casos en que la entidad ejecutora actúa en régimen de competencia con el sector privado o cuando el contrato tenga relación directa con su actividad. En otras palabras, la ejecución del respectivo contrato interadministrativo podrá hacerse bajo unas normas distintas a las dispuestas en el EGCAP – dentro de las cuales es posible ubicar a los Manuales de Contratación de las entidades con regímenes exceptuados – si existe una relación inmediata entre el objeto del contrato y la actividad propia de la entidad ejecutora.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley 2195 de 2022 en cuanto al régimen aplicable, el cual se refiere de manera expresa a los Documentos Tipo y a su aplicabilidad a sujetos diferentes de las Entidades Estatales sometidas al EGCAP, pues dicha disposición también va a definir la norma aplicable a los contratos y convenios interadministrativos.  |

1. **Razones de la respuesta:**

Lo anterior se sustenta en las siguientes consideraciones:

* Dentro de la estructura de la Administración Pública se encuentran las entidades descentralizadas por servicios, y dentro de dicha categoría se ubican las Empresas Industriales y Comerciales del Estado – en adelante EICE, las cuales –sin perjuicio del control de tutela– tienen personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio.Estas entidades, como su nombre lo indica, se caracterizan por desarrollar actividades de carácter industrial o comercial. Así, por ejemplo, son EICE la Imprenta Nacional de Colombia, Coljuegos, Indumil, la Caja Promotora de Vivienda Militar y de Policía, Colpensiones, entre otras[[1]](#footnote-2).
* Las EICE, bajo la denominación de Entidades Estatales, quedaron sometidas al EGCAP –Ley 80 de 1993, artículo 2, numeral 1, literal a)–[[2]](#footnote-3). Posteriormente, la Ley 489 de 1998[[3]](#footnote-4), mediante el cual se regula la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, en su artículo 93 estableció el régimen jurídico aplicable a los contratos celebrados por las EICE, como sigue: *“Artículo 93. Régimen de los actos y contratos. Los actos que expidan las empresas industriales y comerciales del Estado para el desarrollo de su actividad propia, industrial o comercial o de gestión económica se sujetarán a las disposiciones del Derecho Privado. Los contratos que celebren para el cumplimiento de su objeto se sujetarán a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de las entidades estatales”.*
* No obstante, por las dificultades hermenéuticas que suscitaba la disposición anterior, el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007 – modificado por el artículo 93 de la Ley 1474 de 2011 – dispuso un régimen exceptivo de aplicación del derecho privado para la actividad contractual de las EICE que ejercen su actividad en competencia con el sector público o privado, o en mercados regulados, quedando las otras EICE dentro del ámbito de aplicación del EGCAP[[4]](#footnote-5). Así, la norma vigente respecto a su régimen contractual establece:

“Artículo 14. Del régimen contractual de las empresas industriales y comerciales del estado, las sociedades de economía mixta, sus filiales y empresas con participación mayoritaria del estado. Las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, las Sociedades de Economía Mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), sus filiales y las Sociedades entre Entidades Públicas con participación mayoritaria del Estado superior al cincuenta por ciento (50%), estarán sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, con excepción de aquellas que desarrollen actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, nacional o internacional o en mercados regulados, caso en el cual se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a sus actividades económicas y comerciales, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 13 de la presente ley. Se exceptúan los contratos de ciencia y tecnología, que se regirán por la Ley 29 de 1990 y las disposiciones normativas existentes[[5]](#footnote-6).”

* El sometimiento parcial de las EICE al régimen de derecho privado, se ha justificado por “la necesidad de que en su actividad industrial y comercial, tradicionalmente ajena al Estado y propia de los particulares, ellas actúen en términos equivalentes a éstos cuando realicen actividades similares, sin tener prerrogativas exorbitantes que atenten contra el derecho a la igualdad ni estar sujetas a procedimientos administrativos que entraben sus actuaciones y las pongan en situación de desventaja frente a sus competidores […]. Por ello, la regla general es que en sus actos y contratos rijan las normas de derecho privado, salvo en cuanto a sus relaciones con la administración [otras Entidades Estatales -convenios o contratos interadministrativos] y en aquellos casos en los que por expresa disposición legal ejerzan alguna función administrativa, puesto que allí sí deberá dar aplicación a las reglas de derecho público pertinentes [...]”[[6]](#footnote-7). (corchetes fuera de texto)
* De acuerdo con la jurisprudencia, lo anterior se justifica en el principio de igualdad, ya que, si el Estado desarrolla actividades similares a los particulares, debe actuar no solo desprovisto de poderes exorbitantes sino también con la misma eficacia y eficiencia que los sujetos de derecho privado. No en vano:

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

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

* Ahora bien, es importante destacar, que el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 93 de la Ley 1474 de 2011, esclareció las dudas que producía el confuso artículo 93 de la Ley 489 de 1998 a propósito del régimen contractual de estas entidades. Por lo tanto, las EICE, las Sociedades de Economía Mixta, sus filiales y las sociedades entre Entidades Públicas en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), están sometidas, por regla general, al EGCAP, excepto aquellas EICE que: i) desarrollen actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, nacional o internacional o ii) desarrollen actividades en mercados regulados, eventos en los cuales ellas se rigen por las disposiciones que regulen su actividad. Lo anterior, sin perjuicio de dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, esto es, del deber que le incumbe a la EICE de aplicar, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal consagrados en los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal y el deber de publicidad en el Secop[[7]](#footnote-8).
* De conformidad con las explicaciones anteriores, en torno a los fundamentos jurídicos que regulan el régimen contractual aplicable a las EICE, a cada Entidad Estatal le corresponde analizar si se encuentra en alguno de los supuestos establecidos en el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007, para definir si su régimen contractual es el EGCAP o si están exceptuadas de él y, por tanto, si se rigen por un régimen especial, como sería el derecho privado.
* Analizada la naturaleza jurídica y régimen contractual de las EICE, corresponde entrar a estudiar posibilidad de celebrar contratos o convenios interadministrativos de manera directa y el régimen jurídico aplicable, con el fin de dar respuesta a los problemas jurídicos planteados.
* Sobre la tipología de convenio o contrato interadministrativo, conviene señalar que esta fue creada en la Ley 80 de 1993, y aunque no la definió ni desarrolló, el Decreto 1082 de 2015, “Por medio del cual se expide el Decreto único reglamentario del sector administrativo de planeación nacional”, califica a los convenios o contratos interadministrativos como aquella contratación entre Entidades Estatales[[8]](#footnote-9). De acuerdo con esto, el contrato o el convenio interadministrativo es el acuerdo donde concurre la voluntad de dos o más personas jurídicas de derecho público con la finalidad de cumplir, en el marco de sus objetivos misionales y sus competencias, con los fines del Estado. Es decir, los contratos o convenios interadministrativos nominados en la Ley 80 de 1993 están determinados por un criterio orgánico, pues es necesario que los extremos de la relación contractual sean Entidades Estatales con competencia para celebrar contratos.
* Si bien los contratos o convenios interadministrativos están previstos en la Ley 80 de 1993, en la Ley 1150 de 2007 y en el Decreto 1082 de 2015, no quiere decir que solo puedan celebrarse entre Entidades Estatales que apliquen el régimen de contratación allí previsto. En efecto, una Entidad Estatal de la Ley 80 de 1993 bien puede celebrar esta clase de convenios con una Entidad Estatal de régimen especial y no por ello dejará de ser un contrato o convenio interadministrativo.
* Un contrato o convenio interadministrativo no está determinado por la modalidad de selección utilizada para celebrarlo. La Ley 1150 de 2007 establece que pueden celebrarse directamente, 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, a menos que, según las excepciones previstas en dicha Ley – las cuales se analizarán posteriormente con el fin de atender la consulta –, deba adelantarse un procedimiento susceptible de pluralidad de oferentes[[9]](#footnote-10). Nótese que, en este caso, lo que cambia es la modalidad de selección y no la naturaleza de contrato interadministrativo.
* Así las cosas, atendiendo a la literalidad de las normas enunciadas, no cabe una interpretación diferente[[10]](#footnote-11), pues, de acuerdo con lo anotado, esta clase de acuerdos de voluntades se definen por un criterio orgánico, por lo que uno de sus elementos esenciales es que en los extremos de la relación jurídico negocial concurran personas de derecho público con competencia para celebrar contratos. Adicionalmente, el Consejo de Estado ha indicado, frente a los contratos o convenio interadministrativos y sus características, que:

“[…] se puede señalar que los convenios o contratos interadministrativos tienen como características principales las siguientes:

(i) constituyen verdaderos contratos en los términos del Código de Comercio cuando su objeto lo constituyen obligaciones patrimoniales; (ii) tienen como fuente la autonomía contractual; (iii) son contratos nominados puesto que están mencionados en la ley; (iv) son contratos atípicos desde la perspectiva legal dado que se advierte la ausencia de unas normas que de manera detallada los disciplinen, los expliquen y los desarrollen, como sí las tienen los contratos típicos, por ejemplo compra venta, arrendamiento, mandato, etc. (v) la normatividad a la cual se encuentran sujetos en principio es la del Estatuto General de Contratación, en atención a que las partes que los celebran son entidades estatales y, por consiguiente, también se obligan a las disposiciones que resulten pertinentes del Código Civil y del Código de Comercio; (vi) dan lugar a la creación de obligaciones jurídicamente exigibles; (vii) persiguen una finalidad común a través de la realización de intereses compartidos entre las entidades vinculadas; (viii) la acción mediante la cual se deben ventilar las diferencias que sobre el particular surjan es la de controversias contractuales”[[11]](#footnote-12).

* Ahora bien, teniendo en cuenta el primer problema jurídico, debe señalarse, en relación con la modalidad de selección aplicable a la celebración de contratos interadministrativos que, la Ley 1150 de 2007 establece que las Entidades Estatales pueden suscribirlos de manera directa, siempre que las obligaciones derivadas de los mismos tengan relación con el objeto de la entidad ejecutora. Sin embargo, esa misma Ley establece excepciones concretas a esta facultad, aplicable a los supuestos en que ciertas tipologías contractuales sean ejecutadas por alguna de las Entidades Estatales enlistadas en dicha restricción. De esta manera, el artículo 2, numeral 4, literal c), de la mencionada ley –modificado por el artículo 92 de la Ley 1474 de 2011– estableció lo siguiente:

“c) 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.

Se exceptúan los contratos de obra, suministro, prestación de servicios de evaluación de conformidad respecto de las normas o reglamentos técnicos, encargos fiduciarios y fiducia pública cuando las instituciones de educación superior públicas o las Sociedades de Economía Mixta con participación mayoritaria del Estado, o las personas jurídicas sin ánimo de lucro conformadas por la asociación de entidades públicas, o las federaciones de entidades territoriales sean las ejecutoras. Estos contratos podrán ser ejecutados por las mismas, siempre que participen en procesos de licitación pública o contratación abreviada de acuerdo con lo dispuesto por los numerales 1 y 2 del presente artículo”.

* Según el inciso primero del literal trascrito, la suscripción de contratos interadministrativos de forma directa, conforme a dicha causal, está sujeta a que las obligaciones del negocio jurídico tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora, establecido en la ley o en sus reglamentos. La condición impuesta por el legislador para la suscripción de estos contratos se establece a efectos de constatar que el ejecutante cuente con la capacidad jurídica para contraer las obligaciones establecidas en el contrato.

* De otro lado, para efectos de responder la consulta, debe tener en cuenta que el inciso segundo establece una limitación a la contratación directa mediante la causal del literal c) –transcrito anteriormente– dirigido a los supuestos en que las “instituciones de educación superior públicas o las Sociedades de Economía Mixta con participación mayoritaria del Estado, o las personas jurídicas sin ánimo de lucro conformadas por la asociación de entidades públicas, o las federaciones de entidades territoriales sean las ejecutoras”. De manera que cuando ellas sean las ejecutoras, no se pueden celebrar contratos interadministrativos de manera directa, utilizando la causal del literal c), en tratándose de “contratos de obra, suministro, prestación de servicios de evaluación de conformidad respecto de las normas o reglamentos técnicos, encargos fiduciarios y fiducia pública”, estos últimos a los cuales hace referencia en su consulta.
* Conviene señalar que la excepción contenida en la norma mencionada –concretamente el inciso segundo– determina de manera explícita los sujetos a los cuales les es aplicable la restricción contenida en dicho artículo, que incluye la celebración de contratos o convenios interadministrativos cuando se trate, entre otros, de un contrato de obra o suministro. Esta disposición exceptuó celebrar de manera directa contratos o convenios interadministrativos cuando se trate de encargos fiduciarios o fiducia pública cuya entidad ejecutora sea una institución de educación superior pública o una Sociedad de Economía Mixta con participación mayoritaria del Estado, o una persona jurídica sin ánimo de lucro conformada por la asociación de Entidades Públicas, o una federación de entidades territoriales.
* En esta línea, la Sala de Consulta y Servicio Civil[[12]](#footnote-13) precisó sobre el alcance de la modificación introducida por el artículo 92 de la Ley 1474 de 2011 al literal c) del numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, y en particular, sobre la restricción establecida en el inciso segundo de la norma referida, lo siguiente:

“[...] La suscripción de contratos interadministrativos “de obra, suministro, prestación de servicios de evaluación de conformidad respecto de las normas o reglamentos técnicos, encargos fiduciarios y fiducia pública cuando las instituciones de educación superior públicas o las Sociedades de Economía Mixta con participación mayoritaria del Estado, o las personas jurídicas sin ánimo de lucro conformadas por la asociación de entidades públicas, o las federaciones de entidades territoriales sean las ejecutoras”, debe estar precedida de licitación pública o selección abreviada; solamente en los demás casos, podrá acudirse al sistema de contratación directa (literal c, inciso 2).

La Sala aclara que, en todo caso y aún en los eventos de licitación pública o selección abreviada, el contrato debe tener relación directa con el objeto de la entidad ejecutora; en ese sentido, el inciso segundo de la norma en cita, no puede ser interpretado como una autorización para celebrar contratos que no tengan relación con el objeto de la entidad ejecutora. La excepción que consagra dicho inciso se refiere solamente a que los contratos allí referidos no pueden celebrarse por contratación directa sino que requieren agotar un proceso previo de licitación pública o selección abreviada”.

* Así las cosas, de conformidad con lo establecido por el artículo 92 de la Ley 1474 de 2011, al modificar el literal c) del numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, sin perjuicio de lo dispuesto en otras disposiciones normativas que resulten aplicables, el alcance de la excepción establecida en la norma referida se circunscribe a las entidades mencionadas en el inciso segundo de este artículo. De modo que, estas entidades, cuando sean las ejecutoras, no podrán celebrar bajo la modalidad de contratación directa contratos interadministrativos cuyo objeto consista, entre otros, encargos fiduciarios o fiducias públicas, sin perjuicio de que dichas entidades participen y, eventualmente, celebren dichos contratos luego de ser seleccionados a través de modalidades como la licitación pública, selección abreviada o mínima cuantía, según corresponda.
* Por tanto, para esta Agencia, el ámbito de aplicación de la regla referida es de alcance restrictivo, dado que se circunscribe a los contratos y entidades señaladas en el inciso segundo del literal c) analizado, por lo que la prohibición aplica cuando confluyan ambos elementos. En este sentido, cuando se trate de otros objetos contractuales o cuando sean celebrados por entidades distintas a las enlistadas en el inciso segundo, no aplicará la excepción establecida en la regla referida y, en consecuencia, las entidades podrían celebrar los contratos o convenios interadministrativos bajo la modalidad de contratación directa, sin perjuicio de observar las demás disposiciones del ordenamiento jurídico, correspondiendo a cada entidad definir la conveniencia y procedencia jurídica, técnica y financiera de su celebración.
* En particular, teniendo en cuenta la consulta del peticionario, se observa que la restricción establecida en el inciso segundo del literal c) no se extendió a las EICE, las cuales ostentan una naturaleza jurídica particular, de acuerdo con lo establecido en la Ley 489 de 1998 –artículo 38, entre otros–, por lo cual no es posible asimilarlas a alguno de los tipos de entidades enlistadas en el inciso segundo del literal c) analizado. En particular, cabe destacar que la Ley 489 de 1998 regula como Entidades Estatales distintas, entre otras, por un lado, a las EICE y, por otro, a las Sociedades de Economía Mixta[[13]](#footnote-14).
* Ahora bien, respecto del segundo problema jurídico conviene precisar que, el literal c) del numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, modificada por el artículo 92 de la Ley 1474 de 2011, establece lo siguiente: “En aquellos eventos en que el régimen aplicable a la contratación de la entidad ejecutora no sea el de la Ley [80](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0080_1993.html#1) 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”.
* De conformidad con lo dispuesto en el inciso tercero de la norma objeto de análisis, la ejecución de los contratos interadministrativos quedó sometida por regla general al EGCAP, salvo los casos en que la entidad ejecutora actúa en régimen de competencia con el sector privado o cuando el contrato tenga relación directa con su actividad. En otras palabras, la ejecución del respectivo contrato interadministrativo podrá hacerse bajo unas normas distintas a las dispuestas en el EGCAP si existe una relación inmediata entre el objeto del contrato y la actividad propia de la entidad ejecutora.
* Adicionalmente, debe tenerse lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley 2195 de 2022, el cual se refiere de manera expresa a los Documentos Tipo y a su aplicabilidad a sujetos diferentes de las entidades estatales sometidas al EGCAP. El tenor literal de este precepto prescribe lo siguiente:

Artículo 56. Aplicación de los documentos tipo a entidades de régimen especial. Para la adquisición de bienes, obras o servicios, las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública que celebren contratos o convenios interadministrativos o de cualquier otra índole, con otra entidad estatal o con patrimonios autónomos o con personas naturales o jurídicas de derecho privado, cuyo régimen de contratación sea especial o de derecho privado, deberán aplicar los documentos tipo adoptados por la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente o quien haga sus veces, conforme al parágrafo 7 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 o las normas que lo modifiquen o sustituyan.

Los procedimientos de selección y los contratos que realicen en desarrollo de los anteriores negocios jurídicos, donde apliquen los documentos tipo se regirán por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Parágrafo. Se exceptúan del presente artículo 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. En estos casos, en los manuales de contratación de estas entidades, se fomentará como buena práctica la aplicación de los pliegos tipo.

* Así las cosas, son dos los requisitos necesarios para que proceda la aplicación del artículo 56 de la Ley 2195 de 2022: i) que una entidad estatal sometida al EGCAP celebre un contrato o convenio interadministrativo, o un contrato de cualquier índole con una entidad exceptuada de la aplicación del EGCAP –incluso con patrimonios autónomos o con personas naturales o jurídicas de derecho privado–, esto es, cuyo régimen de contratación sea especial o sujeto al derecho privado y, además, ii) esta última –entidad estatal de régimen especial, patrimonio autónomo o persona natural o jurídica de derecho privado–, en desarrollo de los negocios jurídicos anteriores, contrate la adquisición de un bien, obra o servicio que esté cobijada por un documento tipo.
1. **Referencias normativas, jurisprudenciales y otras fuentes:**

|  |
| --- |
| * Ley 1150 de 2007: Artículo 2, numeral 4 del literal c).
* Ley 2195 de 2022: Artículo 56.
 |

1. **Doctrina de la Agencia Nacional de Contratación Pública:**

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente ha analizado diferentes aspectos sobre el concepto y régimen jurídico aplicable a los contratos interadministrativos, entre otros, en los Conceptos: 4201913000004536 del 27 de julio de 2019, C-023 del 3 de febrero de 2020, C-702 del 11 de diciembre de 2020, C-097 de 23 de marzo de 202, C-350 del 16 de julio de 2021, C-352 del 27 de julio de 2021, C-508 del 20 de septiembre de 2021, C-616 del 3 de noviembre de 2021, C-662 del 1 de diciembre de 2022, C-147 del 25 de julio de 2023, C-369 del 12 de septiembre de 2022. Igualmente, se ha referido previamente al régimen contractual de las empresas industriales y comerciales del Estado, según desarrollen o no sus actividades en competencia con el sector privado o en mercados regulados, en los conceptos 4201913000001662, C-251 del 27 de mayo de 2020, C-280 del 6 de julio de 2020, C-253 del 2 de junio de 2021, C-616 del 3 de noviembre de 2021, C-176 del 6 de abril de 2022, C-369 del 12 de septiembre de 2022, entre otros. Estos y otros conceptos se encuentran disponibles para consulta en el Sistema de relatoría de la Agencia, al cual se puede acceder a través del siguiente enlace: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos>.

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y las expresiones aquí utilizadas con mayúscula inicial deben ser entendidas con el significado que les otorga el artículo 2.2.1.1.1.3.1. del Decreto 1082 de 2015.

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Diana Lucia Saavedra Castañeda Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual  |
| Revisó: | Alejandro Raúl Sarmiento Cantillo Gestor Grado T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual  |
| Aprobó: | Carolina Quintero GacharnáSubdirectora de Gestión Contractual ANCP – CCE |

1. Ley 489 de 1998: “Artículo 85. Empresas industriales y comerciales del Estado. Las empresas industriales y comerciales del Estado son organismos creados por la ley o autorizados por ésta, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial y de gestión económica conforme a las reglas del Derecho Privado, salvo las excepciones que consagra la ley, y que reúnen las siguientes características:

a) Personería jurídica;

b) Autonomía administrativa y financiera;

c) Capital independiente, constituido totalmente con bienes o fondos públicos comunes, los productos de ellos, o el rendimiento de tasas que perciban por las funciones o servicios, y contribuciones de destinación especial en los casos autorizados por la Constitución.

El capital de las empresas industriales y comerciales del Estado podrá estar representado en cuotas o acciones de igual valor nominal.

A las empresas industriales y comerciales del Estado y a las sociedades de economía mixta se les aplicará en lo pertinente los artículos 19, numerales 2°, 4°, 5°, 6°, 12, 13, 17, 27, numerales 2°, 3°, 4°, 5°, y 7°, y 183 de la Ley 142 de 1994.

Parágrafo. Las disposiciones legales que protegen el secreto industrial y la información comercial se aplicarán a aquellos secretos e informaciones de esa naturaleza que desarrollen y posean las empresas industriales y comerciales del Estado”. [↑](#footnote-ref-2)
2. El estatuto estableció como regla general para la selección del contratista la licitación pública o el concurso público, con algunas excepciones en las cuales la selección se haría mediante el procedimiento de contratación directa, entre ellas, la prevista en el literal m) del numeral 1 del artículo 24: “m) Los actos y contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las empresas industriales y comerciales estatales y de las sociedades de economía mixta, con excepción de los contratos que a título enunciativo identifica el artículo 32 de esta ley”, o sea, los de obra, consultoría, prestación de servicios, concesión, encargos fiduciarios y fiducia pública, que se regirían por la regla general, salvo los casos de menor cuantía –previstos en el ordinal a), numeral 1 del artículo 24, original, de la Ley 80 de 1993–. Además, en el parágrafo del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, se señaló que “en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2º de este artículo (…) se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales”. [↑](#footnote-ref-3)
3. El artículo 85 de la ley 489 de 1998 definió a las empresas industriales y comerciales del Estado como “organismos creados por la ley o autorizados por ésta, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial y de gestión económica conforme a las reglas del Derecho Privado, salvo las excepciones que consagra la ley, y que reúnen las siguientes características: a) Personería jurídica; b) Autonomía administrativa y financiera; c) Capital independiente, constituido totalmente con bienes o fondos públicos comunes, los productos de ellos, o el rendimiento de tasas que perciban por las funciones o servicios, y contribuciones de destinación especial en los casos autorizados por la Constitución […]”.

 [↑](#footnote-ref-4)
4. Sin perjuicio de la regla indicada, es importante señalar que el literal g, numeral 2, artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, prevé como causal de selección abreviada: “Los actos y contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las Empresas Industriales y Comerciales Estatales y de las Sociedades de Economía Mixta, con excepción de los contratos que a título enunciativo identifica el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 [obra, concesión, prestación de servicios, consultoría, fiducia pública]”. g)  Los actos y contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las Empresas Industriales y Comerciales Estatales y de las Sociedades de Economía Mixta, con excepción de los contratos que a título enunciativo identifica el artículo 32 de la Ley 80 de 1993. Por su parte, el Decreto 1082 del 2015, artículo 2.2.1.2.1.2.24, prescribió: “Contratación de empresas industriales y comerciales del Estado. Las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta, sus filiales y las empresas en las cuales el Estado tenga más del cincuenta por ciento (50%) del capital social que no se encuentren en situación de competencia, deben utilizar el procedimiento de selección abreviada de menor cuantía para los contratos que tengan como objeto su actividad comercial e industrial, salvo para los contratos de obra pública, consultoría, prestación de servicios, concesión, encargo fiduciario y fiducia pública para los cuales se aplicará la modalidad que corresponda”. [↑](#footnote-ref-5)
5. El artículo 14 original de la Ley 1150 de 2007 excluía además aquellas cuya actividad se realizaba en “mercados monopolísticos”, pero, con buen tino, se eliminó en el artículo 93 de la Ley 1474 de 2011, pues en ese caso no se está en presencia de los fundamentos que soportan la excepción de no aplicar el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, cual es la “competencia y el libre juego del mercado”. [↑](#footnote-ref-6)
6. Consejo de Estado. Sección Tercera, Sentencia del 19 de agosto de 2004 Exp. 12.342, reiterada en sentencia de 6 de febrero de 2006, Exp. 13.414. [↑](#footnote-ref-7)
7. Ley 1150 de 2007, artículo 13: “Principios generales de la actividad contractual para entidades no sometidas al estatuto general de contratación de la administración pública. Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal”. [↑](#footnote-ref-8)
8. Decreto 1082 de 2015: “Artículo 2.2.1.2.1.4.4. Convenios o contratos interadministrativos. 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.

Cuando la totalidad del presupuesto de una Entidad Estatal hace parte del presupuesto de otra con ocasión de un convenio o contrato interadministrativo, el monto del presupuesto de la primera deberá deducirse del presupuesto de la segunda para determinar la capacidad contractual de las Entidades Estatales”. [↑](#footnote-ref-9)
9. Ley 1150 de 2007: “Artículo 2, numeral 4, literal c. […] Se exceptúan los contratos de obra, suministro, prestación de servicios de evaluación de conformidad respecto de las normas o reglamentos técnicos, encargos fiduciarios y fiducia pública cuando las instituciones de educación superior públicas o las Sociedades de Economía Mixta con participación mayoritaria del Estado, o las personas jurídicas sin ánimo de lucro conformadas por la asociación de entidades públicas, o las federaciones de entidades territoriales sean las ejecutoras. Estos contratos podrán ser ejecutados por las mismas, siempre que participen en procesos de licitación pública o contratación abreviada de acuerdo con lo dispuesto por los numerales 1 y 2 del presente artículo”. [↑](#footnote-ref-10)
10. Código Civil: “Artículo 27. Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor a pretexto de consultar su espíritu”. [↑](#footnote-ref-11)
11. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 23 de junio de 2010. Radicación No. 66001-23-31-000-1998-00261-01(17.860). Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez. [↑](#footnote-ref-12)
12. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 28 de junio de 2012. Rad: 11001-03-06-000-2012-00016-00(2092). CP: William Zambrano Cetina. [↑](#footnote-ref-13)
13. “Articulo 38. Integración de la rama ejecutiva del poder publico en el orden nacional. La Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, está integrada por los siguientes organismos y entidades:

1. Del Sector Central:

a) La Presidencia de la República;

b) La Vicepresidencia de la República;

c) Los Consejos Superiores de la administración;

d) Los ministerios y departamentos administrativos;

e) Las superintendencias y unidades administrativas especiales sin personería jurídica.

*2. Del Sector descentralizado por servicios:*

a) Los establecimientos públicos;

*b) Las empresas industriales y comerciales del Estado*;

c) Las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica;

d) Las empresas sociales del Estado y las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios;

e) Los institutos científicos y tecnológicos;

f) Las sociedades públicas y *las sociedades de economía mixta*;

g) Las demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la ley para que formen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público” (Cursivas fuera del original). [↑](#footnote-ref-14)