

CONTRATOS Y CONVENIOS
DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

ROQUE LUIS CONRADO IMITOLA

**CONTRATOS Y CONVENIOS
DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

**ESTUDIOS DESDE LAS NORMAS
CONSTITUCIONALES, LEGALES, JURISPRUDENCIA DE LA
CORTE CONSTITUCIONAL Y DEL CONSEJO DE ESTADO**

© ROQUE LUIS CONRADO IMITOLA

© GRUPO EDITORIAL IBÁÑEZ
Carrera 69 Bis N° 36-20 Sur
Teléfonos: 6012300731 - 6012386035
Librería: Calle 12B N° 7-12 L.1
Tels.: 6012835194 - 6012847524
Librería Teusaquillo: Calle 37 No. 19-07
Teléfonos: 6017025760 - 6017025835
Bogotá, D.C. - Colombia
www.grupoeditorialibanez.com

ISBN: ~~978-958-791-831-1~~

Diseño de carátula: Lady Vanessa Peña
Diagramación electrónica: Deissy Alejandra Rodríguez

Queda prohibida la reproducción parcial o total de este libro por cualquier proceso reprográfico o fónico, especialmente por fotocopia, microfilme, offset o mimeógrafo.

Ley 23 de 1982

® 2023

Dedicatoria a la memoria de mi madre Elsa:

Madre Elsa, nunca olvido que cuando estábamos estudiando la primaria y luego el bachillerato, siempre nos decías, “estudien hijos que es una de las formas de salir adelante”, también nos decías. “hijos si ustedes estudian, nadie los humillará, ni echará vaina” y la otra frase: “quien dijo que los de la alta sociedad son los únicos que pueden ser doctores?”.

Hoy recuerdo mucho esas palabras tan sabias, como también recuerdo tus consejos como madre protectora. Madre no te olvido, ni te olvidaré, siempre estás en mi mente, a toda hora te recuerdo, te pienso y, te recuerdo sobre todo en las mañanas cuando te llamaba por celular; en las tardes cuando me llamabas, y cuando me decías hijo cuando vienes nuevamente. Tu partida hacia el cielo ha cambiado el rumbo de mi vida, mi alegría se apagó, mis sueños se fueron a un lado y, mis grandes aspiraciones ya no tienen sentido, porque tú no estás.

Madre mi Dios todo poderoso te tenga en el cielo y estés a su lado.

TE EXTRAÑO Y TE AMO

A mi familia:

También dedico este esfuerzo académico a mi hermoso y bendecido hijo Anderson Andres conrado manotas, medico de profesion a mi nieto Juan jose conrado acero y a mis hermanos querdios elida, Edgardo, Euclides y mi hermano Hugo q.e.p.d. a mi esposa cristina.

Aprovecho este espacio para presentarle mis agradecimientos infinitos al Dr Wilson Ruiz orejuela, quien ha sido una persona de mucha importancia en mi vida, por ser gran amigo, por su orientaciones, consejos, oportunidades y apoyo en mi vida. Dios todo poderoso lo siga bendiciendo, así como a toda su familia, en especial a su maravilloso y bendecido hogar.

CONTENIDO

EL AUTOR.....	15
INTRODUCCIÓN	17
COMENTARIOS SOBRE LEY DEL EMPRENDIMIENTO Y COMPRAS PÚBLICAS; BONDADES Y RETOS	21
CONCLUSIONES.....	31
CAPÍTULO INTRODUCTORIO	33

PARTE I

1. APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS EN LOS CONTRATOS Y CONVENIOS	43
1.1. ALCANCE DEL PRINCIPIO DE PLANEACIÓN EN LOS CONTRATOS Y CONVENIOS.....	44
1.2. EL PRINCIPIO DE PLANEACIÓN	44
2. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES	52
2.1. PRINCIPIO DE IGUALDAD	53
2.2. PRINCIPIO DE MORALIDAD ADMINISTRATIVA	56
2.3. PRINCIPIO DE EFICACIA Y EFICIENCIA	65
2.3.1. <i>Aplicación Indirecta del Principio de Eficacia</i>	69
2.4. PRINCIPIO DE ECONOMÍA	70
2.5. PRINCIPIO DE CELERIDAD.....	76
2.6. PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD.....	77
2.7. PRINCIPIO DE PUBLICIDAD.....	79
2.8. PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD	81
2.9. PRINCIPIO DEL DEBIDO PROCESO Y EL PRINCIPIO DE BUENA FE	83
3. LOS PRINCIPIOS DE LA GESTIÓN FISCAL APLICABLES A LA CONTRATACIÓN ESTATAL Y A LOS CONVENIOS QUE CELEBRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.....	85
3.1. PRINCIPIO DE ECONOMÍA DESDE LA GESTIÓN FISCAL	87
3.2. PRINCIPIO DE EFICIENCIA DESDE LA GESTIÓN FISCAL	88
3.3. PRINCIPIO DE EQUIDAD DESDE LA GESTIÓN FISCAL.....	88
3.4. PRINCIPIO DE VALORACIÓN DE COSTOS AMBIENTALES DESDE LA GESTIÓN FISCAL.....	89
4. RELACIONES INTERORGÁNICAS Y RELACIONES INTERADMINISTRATIVAS.....	89
5. LOS CONVENIOS QUE CELEBRA LA ADMINISTRACIÓN TAMBIÉN SE REGULAN POR LOS PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA.....	93

6.	EL DECRETO 92 DE 2017 LOS APARTES SUSPENDIDOS Y LOS QUE SE ENCUENTRAN VIGENTES REGLAMENTARIO DEL INCISO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 355 DE LA CONSTITUCIÓN.....	95
7.	PRINCIPIO DE ORDEN LEGAL.....	100
8.	PRINCIPIO DE SELECCIÓN OBJETIVA	102
9.	PRINCIPIO DE LIBERTAD DE CONCURRENCIA	104
10.	NORMAS CONSTITUCIONALES QUE APLICAN EN LOS CONTRATOS Y CONVENIOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	107
10.1.	EL INTERÉS GENERAL, LOS PRINCIPIOS, DERECHOS Y DEBERES EN LAS ACTUACIONES CONTRACTUALES.....	107
10.2.	PRIMACIA DE LA CONSTITUCIÓN EN MATERIA CONTRACTUAL	108
10.3.	PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD CONSTITUCIONAL DEL SERVIDOR PÚBLICO.....	109
10.4.	DERECHO A LA IGUALDAD EN MATERIA CONTRACTUAL	110
10.5.	EL DERECHO DE PETICIÓN EN LAS ACTUACIONES CONTRACTUALES Y MECANISMOS DE PROTECCIÓN	111
10.6.	PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA PARA GARANTIZAR EL DEBIDO PROCESO DE CARÁCTER RESIDUAL EN MATERIA CONTRACTUAL.....	112
10.7.	PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE BUENA FE EN MATERIA CONTRACTUAL.....	114
11.	LOS CONTRATISTAS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.....	116
12.	LOS DOCUMENTOS Y LA CONTRATACIÓN DE CARÁCTER RESERVADO.....	118
13.	EL DAÑO ANTIJURIDICO EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL.....	122
14.	LA CALIDAD DE SERVIDORES PÚBLICOS Y LAS FUNCIONES DETALLADAS EN LA CONSTITUCIÓN, LA LEY Y EL REGLAMENTO	127

PARTE II

1.	DIFERENCIAS ENTRE CONTRATOS Y CONVENIOS	133
1.1.	LOS CONTRATOS Y CONVENIOS INTERADMINISTRATIVOS	137
1.1.1.	<i>Los contratos interadministrativos.....</i>	137
1.1.2.	<i>Los convenios interadministrativos.....</i>	138
2.	INCLUSIÓN DE CLÁUSULAS EXCEPCIONALES EN LOS CONTRATOS Y CONVENIOS.....	141
3.	CONSTITUCIÓN DE GARANTÍAS EN LOS CONVENIOS	144
4.	LAS FORMAS DE PAGOS EN LOS CONTRATOS Y LOS CONVENIOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.....	147
5.	CONVENIOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	149

6.	DIFERENTES TIPOLOGÍAS DE CONVENIOS QUE CELEBRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	152
6.1.	CONVENIOS INTERADMINISTRATIVOS	152
6.2.	CONVENIOS DE APOYO	153
6.3.	CONVENIOS DE ASOCIACIÓN.....	155
6.4.	CONVENIOS DE ASOCIACIÓN ENTRE ENTIDADES PÚBLICAS	156
6.5.	CONVENIOS DE ASOCIACIÓN ENTRE LA ADMINISTRACIÓN Y PERSONAS JURÍDICAS SIN ÁNIMO DE LUCRO	159
6.6.	CONVENIOS DE COOPERACIÓN INTERNACIONAL	163
6.7.	CONVENIO DE CIENCIA Y TECNOLOGÍA.....	166
6.8.	CONVENIOS DE DESEMPEÑO	172
7.	CONTRATO INTERADMINISTRATIVO	173
7.1.	MODALIDAD SELECCIÓN EN LOS CONTRATOS INTERADMINISTRATIVOS.....	178
7.2.	INCLUSIÓN DE CLÁUSULAS EXCEPCIONALES EN LOS CONTRATOS INTERADMINISTRATIVOS	181
8.	REGLAS SOBRE LOS CONVENIOS CON RECURSOS PÚBLICOS CELEBRADOS CON ORGANISMOS INTERNACIONALES Y EL EJERCICIO DE CONTROL FISCAL	184
9.	LA INSTITUCIÓN JURÍDICA DE LOS CONVENIOS	187
10.	LOS CONVENIOS COMO ACUERDO DE VOLUNTADES Y NEGOCIO JURÍDICO.....	190
11.	ORIGEN DEL NEGOCIO JURÍDICO	191
12.	DEFINICIÓN DE NEGOCIO JURÍDICO	192
12.1.	CARACTERÍSTICAS.....	192
12.2.	LIBRE CAPACIDAD DE AUTODETERMINACIÓN	192
12.3.	LA EXTERIORIZACIÓN O MANIFESTACIÓN DE LA VOLUNTAD	192
13.	PARTES INTERVINIENTES O MULTILATERALIDAD.....	193
13.1.	VALIDEZ DEL NEGOCIO JURÍDICO.....	193
14.	SUSCRIPCIÓN DE CONVENIOS ENTRE VARIAS ENTIDADES DEL MISMO ENTE TERRITORIAL	193
15.	CONFORMACIÓN DE LOS COMITÉS PARA EJECUTAR CONVENIOS.....	196
15.1.	LAS DELEGACIONES QUE SE SURTEN EN LA SUSCRIPCIÓN DE LOS CONVENIOS Y LAS RESPONSABILIDADES DEL DELEGANTE Y DELEGATARIO	198
15.2.	LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS QUE SE EXPIDEN PARA REGULAR ACTUACIONES DEL CONVENIO.....	200
16.	EL CONTRATO ATÍPICO DE DONACIÓN PROVENIENTE DE LOS RECURSOS DE COOPERACIÓN INTERNACIONAL	203
17.	LAS PRÓRROGAS, OTRO SI Y ADICIONES EN LOS CONVENIOS	205
17.1.	SOBRE LAS PRÓRROGAS Y OTRO SÍ.....	205
17.2.	CONTRATOS QUE SE DERIVAN DE LOS CONVENIOS.....	211
17.3.	LOS RECURSOS PROVENIENTES DE LA EJECUCIÓN DE LOS CONVENIOS.....	213

18. CONTENIDO DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES.....	213
19. REGULACIÓN DEL ESTATUTO ORGÁNICO DE PRESUPUESTO.....	214
20. EL CONTRATO DE INTERVENTORÍA, SUS FUNCIONES Y CARACTERÍSTICAS	216
20.1. LA SUPERVISIÓN Y LA INTERVENTORÍA	219
20.2. DIFERENCIAS ENTRE LA SUPERVISIÓN Y LA INTERVENTORÍA	219
20.3. CONCURRENCIA ENTRE LA INTERVENTORÍA Y LA SUPERVISIÓN.....	219
20.4. DESIGNACIÓN DEL SUPERVISOR	220
20.5. INTERVENTORÍA Y SUPERVISIÓN PARA LOS CONTRATOS QUE SE DERIVEN DE LOS CONVENIOS.....	222
20.6. LOS INFORMES DE LAS INTERVENTORÍAS Y SUPERVISIÓN Y SU VALOR PROBATORIO ...	223
20.7. LAS PRÓRROGAS Y ADICIÓN EN LOS CONTRATOS DE INTERVENTORÍAS.....	224
21. ADICIÓN DE LOS CONTRATOS Y EL CONTRATO ADICIONAL	226
22. EL COBRO DE ADMINISTRACIÓN, AIU EN LOS CONTRATOS Y CONVENIOS	229
23. LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN	232
24. LA FIRMA DE LAS ACTAS FINALES INDISTINTAMENTE SI PARTICIPARON EN LA EJECUCIÓN.....	234

PARTE III

1. DECLARATORIA DE LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN Y URGENCIA MANIFIESTA	237
1.1. LA DECLARATORIA DE URGENCIA MANIFIESTA ES DE REGULACIÓN LEGAL	243
1.1.1. <i>Manual de procedimientos de contratación en declaratoria de urgencia manifiesta</i>	246
1.1.2. <i>Competencia de las contralorías frente a la declaratoria de emergencia social y urgencia manifiesta</i>	249
1.1.3. <i>Estudios del sector debe mantener los precios en estados de excepción y urgencia manifiesta</i>	250
1.2. ASPECTOS GENERALES DEL MERCADO.....	251
1.2.1. <i>La importancia del sector en el contexto local y nacional</i>	251
1.2.2. <i>Datos históricos del desempeño del sector</i>	251
1.2.3. <i>Participación del sector en el PIB</i>	252
1.2.4. <i>Empleos que genera</i>	252
1.2.5. <i>Aspecto internacional-acuerdos comerciales</i>	252
1.2.6. <i>Aspecto económico</i>	252
1.2.7. <i>Aspecto técnico</i>	253
1.2.8. <i>Aspecto legal</i>	253
1.2.9. <i>Análisis de la demanda</i>	253
1.2.10. <i>Análisis económico del valor del contrato</i>	253
1.3. LIQUIDACIÓN DE LOS CONTRATOS Y CONVENIOS.....	254
1.4. TERMINACIÓN DEL CONTRATO.....	259

1.4.1. <i>Clases de liquidación</i>	260
1.4.2. <i>Liquidación bilateral</i>	261
1.4.3. <i>Las Salvedades</i>	265
1.4.4. <i>Oportunidad para liquidar</i>	267
1.4.5. <i>Liquidación unilateral</i>	268
ANEXO 1.....	271
BIBLIOGRAFÍA	299

EL AUTOR

ESTUDIOS ACADÉMICOS

Abogado, especializado en derecho administrativo; gobierno y asuntos públicos y contratación estatal. Maestría en gobierno municipal. Estudios de doctorado en ciencias jurídicas del derecho y las nuevas tecnologías de la universidad de Mendoza - Argentina y estudios de doctorado en derecho de la universidad externado de Colombia.

EXPERIENCIA DOCENTE

Docente en pregrado, especializaciones y maestría en varias universidades como la Universidad libre, Universidad la gran Colombia, Universidad Católica, Universidad Militar Nueva granada, Universidad Sergio Arboleda, universidad Unicoc, Universidad simon bolivar, entre otras, también ha sido invitado como conferencista en foros a nivel nacional e internacional.

PUBLICACIONES

Los principios en materia de contratación estatal

El control fiscal en Colombia

El contrato de prestación de servicios de la administración pública

El estatuto del abogado, comentarios, doctrina y jurisprudencia

CARGOS OCUPADOS

Asesor ante la Unidad Administrativa Especial de Organizaciones solidarias, Asesor ante FONTUR, Conjuez del Consejo Nacional Electoral; Conjuez del Consejo Superior de la Judicatura; conjuez del tribunal administrativo de cundinamarca, sección segunda y sección tercera, Asesor de despacho del Ministerio de Justicia y del Derecho, viceministro de promoción y justicia y del derecho (€) en dos oportunidades, ministro de justicia y del derecho (€) delegado

del señor ministro de justicia y del derecho ante el comité de contratación, delegado del señor ministro de justicia y del derecho ante la Junta Directiva de la SAES y presidente del comité de conciliación del Ministerio de Justicia y del Derecho.

Contraloría distrital de Barranquilla, asesor entre otros, Unidad administrativa especial liquidadora, sub director; jefe de control interno del Distrito de Barranquilla; Defensor delegado en políticas públicas, director nacional de defensoría pública (€); asesor ante el fondo nacional del ahorro, asesor ante el fondo de vigilancia del distrito, auditor fiscal ante la contraloría de Bogotá, elegido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca para un periodo de dos (2) años; asesor de malla vial en contratación; asesor ante el fondo de vigilancia del distrito de Bogotá, secretario general de Telecaribe; Gerente (e) de Tele caribe;

INTRODUCCIÓN

La presente investigación me invitó a explorar sobre los contratos y, convenios que celebra la administración pública, así como también, los contratos interadministrativos que celebran entre entidades públicas, en ellos se estudia si los principios que rigen en materia de contratación administrativa se aplican también a los convenios en general y los contratos interadministrativos.

Lo anterior, teniendo en cuenta que en la administración pública asimila los convenios a los contratos de la administración pública, pero no se hace distinción alguna, sobre la aplicación de los principios en estas dos instituciones jurídicas. Cuando la administración pública suscribe un contrato o un convenio guarda silencio en la aplicación de los principios en cuanto a los convenios, o si estos se aplican a los contratos, pero no a los convenios. razón por la cual nos invita a estudiar los principios bajo estos dos conceptos.

En esta exploración académica, se identificaron, tanto los principios que rigen las leyes que regulan la contratación administrativa; como los principios constitucionales y los principios de la gestión fiscal que también aplican en materia de estos instrumentos jurídicos, pero desde una óptica distinta. También se estudia los contratos, convenios, convenios de cooperación, convenios internacionales, convenios de ciencia y tecnología y contratos interadministrativos; también si aplican los principios que deben aplicar las entidades del estado en toda su manifestación y acuerdo de voluntades que realicen para celebrar estos contratos y convenios.

Aunque se pudo identificar, que si bien es cierto que la administración pública, producto del acuerdo de la autonomía de la voluntad puede celebrar estos tipos de contratos y convenios, también es cierto que existen diferencias marcadas, situación que se alcanza a identificar cuando se observa que los contratos de la administración para su celebración tienen como mecanismo de selección y regla general la licitación pública y se celebran con particulares, en el caso de los convenios, esta regla de celebración se surte entre entidades públicas y excepcionalmente, entre particulares cuando se realiza con organizaciones o fundaciones, pero para que se pueda acudir a estas organizaciones, deben sujetarse a una reglas que nos advierte el Decreto 092 de 2017, como son las reglas de selección objetiva, que se aplican a las entidades públicas cuando se trate de

convenios competitivos o cuando se tenga que contratar con aportes del 30% como lo advierte el referido Decreto.

En las actuaciones contractuales, lo que se vislumbra en las entidades estatales, es que cuando se habla de contratación administrativa, se remiten inmediatamente a la ley 80/93 y ley 1150 de 2007, Decreto 1082 de 2015, pero no a la Constitución Política, la cual tiene un conjunto de normas que guardan estricta relación con las actuaciones contractuales de la administración pública, así como con los convenios celebrados por las entidades estatales.

Se estudia el interés general como principio rector de la manifestación de la administración, el principio de responsabilidad de los servidores públicos, el derecho a la igualdad, como principio y derecho, así como su forma de ser vulnerado en la contratación administrativa. El derecho de petición, como derecho y como forma vinculante en las actuaciones contractuales, la acción de tutela como mecanismo de carácter excepcional y transitorio en las actuaciones contractuales, las cuales deben ser de carácter públicas, se estudia el carácter reservado de algunos documentos, así como las entidades que deben por ley celebrar contratos que tienen el carácter de reserva, en virtud del cual se tiene en cuenta la seguridad nacional, también estudiamos el principio constitucional de la buena fe en la contratación estatal, el daño antijurídico y el concepto o definición, la calidad de servidor público y la forma como éste debe actuar de acuerdo con las normas constitucionales, legales y reglamentarias.

En la segunda parte se tratan temas como las diferencias entre contratos y convenios, así como los contratos interadministrativos, la inclusión de las cláusulas excepcionales en estas instituciones jurídicas, la inclusión de las garantías en los convenios y, dentro de esas identificaciones de convenios, como son: convenios interadministrativos, convenios de apoyo, convenios de la administración y personas jurídicas sin ánimo de lucro, convenios de cooperación internacional, convenios de ciencia y tecnología, convenios de desempeño y contratos interadministrativos y, la inclusión de las cláusulas excepcionales en los contratos interadministrativos, la modalidad de contratación de éstos contratos, los convenios como acuerdo de voluntades y negocio jurídico, la definición de negocio jurídico, su validez y la concepción de estos actos jurídicos producto del acuerdo de voluntades. Se hace un análisis sobre si se pueden suscribir convenios solo con dos entidades y si pueden ser más de dos entidades de acuerdo con la regulación de la Ley 489/98, la conformación de los comités en materia de suscripción de convenios, los actos administrativos que se expiden y la competencia para la actuación de estos comités.

Exploramos un poco sobre el contrato de donación proveniente de los recursos de cooperación Internacional, las prórrogas y adiciones en los convenios, los

contratos que se derivan de los convenios, los cuales no pueden suscribirse para vulnerar los procesos de selección del contratista dispuesto en el art. 2º de la Ley 1150 de 2007, la interventoría como contrato y sus obligaciones contractuales, las prórrogas y adiciones en los contratos de interventoría, las diferencias entre interventorías y supervisión, la calidad y requisitos de cada una de estas para ejercerlas, así mismo estudiamos sobre el AIU que no tienen regulación legal, y como figura dentro de los contratos de obra y convenios, la teoría de la imprevisión, las firmas de actas finales en los contratos y por último en la tercera parte del libro, se estudió sobre la declaratoria de los estados de excepción, su procedimiento, mecanismo y límites durante su vigencia, el estado de declaratoria de urgencia manifiesta, que son autoridades distintas y sus implicaciones, el papel de los órganos de control y por último las liquidación de los contratos de la administración pública, así como de los convenios que se suscriben, incluidas las formas como son: liquidación unilateral, bilateral, judicial y la evolución jurisprudencial en materia de liquidación de los contratos.

Espero que este texto sea de gran utilidad para las instituciones del estado, los servidores públicos, asesores y la academia, donde el escenario es muy complejo en la práctica en la administración pública.

COMENTARIOS SOBRE LEY DEL EMPRENDIMIENTO Y COMPRAS PÚBLICAS; BONDADES Y RETOS

POR: WILLIAM IVÁN MEJIA TORRES¹

Realizar una aproximación a la realidad de las MIPYMES de cara a las compras públicas en el marco del libro “*convenios y contratos diferencias y límites estudio de los estados de excepción y urgencia manifiesta*” permite llamar la atención que frente a los retos formales de la aplicación y materialización de los principios y modalidades de la contratación y el control fiscal, se yerguen nuevos retos, como son el paliar el efecto del eventual fraccionamiento de procesos contractuales, o el direccionamiento de los mismos en favor de un segmento empresarial, con autorización legal. Por lo cual, es una gran oportunidad que me brinda el autor para llamar la atención de los lectores estudiantes de derecho, profesionales de todas las ciencias que tienen como objeto de estudio el derecho contractual, docentes, servidores públicos y cualquier inquieto, que atraído por el reconocido tratadista Roque Luis Conrado Imitola se anime a explorar el gran contenido académico de su obra, encuentre en este corto texto un asunto adicional para reflexionar, y por que no, incluso explorar como objeto de estudio, gracias al autor por la oportunidad.

Soy un convencido del emprendimiento como fuente de bienestar social, considero que es mediante la creación de empresas competitivas con ofertas atractivas en los mercados internacionales como se puede incrementar el índice de bienestar social. Colombia requiere que miles de compatriotas tengan el ímpetu, el entorno y apoyo para la estructuración, implementación y consolidación de sus ideas de negocio (emprendimientos) un sistema de formación oportuno de bajo costo o gratuito para la estructuración de planes de negocio, un modelo de financiación de baja tasa de interés o cero interés que apalanque proyectos con viabilidad en mercados internacionales preferiblemente, sin dejar de lado el mercado local, que a propósito de la invitación por demás generosa del autor, me permite precisar la importancia de las compras públicas en el mercado local,

¹ Candidato a doctor en derecho de la Universidad Católica de Colombia, Magister en derecho económico de la Universidad Externado de Colombia, abogado y economista de la Universidad Autónoma de Colombia.

un nicho al que menos de la mitad de las actuales micros, pequeñas y medianas empresas - MIPYMES acceden por las barreras intrínsecas en el sistema actual de contratación con el Estado.

Como política de Estado, es un desafío la consolidación y crecimiento de las MIPYMES del país, que en la actualidad representan el 99,6% de todos los emprendimientos y la generación del 80% del empleo u ocupación dados los altos niveles de informalidad presentes en este segmento del tejido empresarial, reflejado en los bajos índice de productividad y competitividad de este tipo de empresas, particularmente por los múltiples desafíos que enfrentan en materia de formalización, productividad, diversificación y sofisticación de sus productos, capital humano, inserción en cadenas de valor con un limitado poder de negociación y dificultades para interactuar con empresas de mayor tamaño. CONPES 3866 de 2016, PDP - política de desarrollo productivo

La evolución normativa de las compras estatales en Colombia ha transitado por fases que se explican en la lucha contra la corrupción, la incorporación de los principios de la administración pública en términos de la necesidad, la pertinencia y la modalidad de contratación condensados en el principio de planeación que bien desarrolla Roque Luis en su obra. Posteriormente, con miras a responder las demandas de la OCDE avanzamos hacia la publicidad, la transparencia y la pluralidad de oferentes; con la implementación de las plataformas que visibilizan la contratación pública (SECOP y TVEC). Sin embargo, a las restricciones que impone la ley en materia de capacidad técnica, financiera y de experiencia, para la mayoría de las modalidades de contratación, que deben estar reflejadas en el RUP y soportadas en las certificaciones contractuales aportadas por el proponente; se le suman las restricciones tecnológicas, que se convierten en las barreras invisibles (técnicas) más difícil de superar en la actualidad. La reciente ley de fomento al emprendimiento pretende resolver esas dificultades, veremos en el análisis subsiguiente si los objetivos de la norma se cumplen, cuales limitantes se identifican, y finalmente se presentan propuestas para superarlos.

CONTEXTO DEL TEJIDO EMPRESARIAL EN COLOMBIA FRENTE A LAS COMPRAS PÚBLICAS.

Las compras públicas, son el mecanismo a partir del cual el Estado materializa la búsqueda del interés general (CASTRO, GARCÍA-LÓPEZ, & MARTÍNEZ-VARGAS, 2010) (SANTOFIMIO & BENAVIDES, 2009) sin embargo, el mismo estatuto de la contratación contiene barreras de entrada frente a las MIPYMES, que se caracterizan por tener debilidades técnicas y gerenciales en sus procesos de

producción y penetración de mercados (Segura, 2013) barreras técnicas que rezagan la participación de estos agentes en las compras del Estado, a pesar de las bondades que puede ofrecer al desarrollo económico y social, la promoción e incentivo para que este segmento del tejido empresarial tenga una participación mayor a la actual en las adquisiciones estatales.

El pasado 31 de diciembre de 2020 entró en vigencia la ley 2069 *por medio del cual se impulsa el emprendimiento en Colombia* “tiene por objeto establecer un marco regulatorio que propicie el emprendimiento y el crecimiento, consolidación y sostenibilidad de las empresas, con el fin de aumentar el bienestar social y generar equidad”², radicada por el ministro de comercio industria y turismo del momento, José Manuel RESTREPO ABONDANO el 20 de julio de 2020, en el año de la pandemia, fenómeno que implicó la declaratoria de emergencia sanitaria³, emergencia social económica y ambiental⁴ y calamidad pública⁵ en diferentes territorios del país, una pérdida del tejido empresarial por cierre definitivo del 20% de las MIPYMES; en mayo de 2021 aumentó el porcentaje de empresarios que registraron disminución en sus ventas y se ubicó en 78%, cifra más alta desde el inicio de la reactivación en octubre del 2020.⁶ En términos generales la peor crisis económica de los últimos 100 años del país (Fedesarrollo, 2021)

La ley de emprendimiento parece ser la respuesta a las debilidades de estructuración, consolidación y participación de las MIPYMES en el sistema de compras públicas, por lo tanto, considero pertinente aprovechar este espacio para proponer el análisis de esta norma, de cara al sistema de contratación estatal y los eventuales contrasentidos que pueden existir en el mismo, esto por considerar que; la promoción del emprendimiento es un camino seguro en el desarrollo social y económico de nuestra nación. El mercado de las compras públicas representa el 15% del PIB, (Observatorio Colombiano de Contratación Pública, 2021), por lo tanto, existen razones suficientes en el marco de la actual pandemia, para poner nuestros ojos en las compras del estado como una locomotora de la reactivación económica y la redistribución de la riqueza nacional, lo que representa un reto para la administración, en el sentido de realizar ajustes regulatorios en el marco de la facultad reglamentaria, que incentive la participación de las MIPYMES en el

² Artículo 1 de la ley 2069 de 2020.

³ Resolución 385 de 2020 del ministerio de salud, ampliada por las resoluciones 844, 1462, 2230 de 2020; 222 y 738 de 2021

⁴ Decretos 417 de 2020 y 637 de 2020.

⁵ Decretos Distritales 087 y 192 de 2020 para el caso de Bogotá.

⁶ Fuente: Cámara de Comercio de Bogotá. Encuesta mensual sobre la reactivación productiva. Octubre 2020 - mayo 2021.

mercado estatal; Enfoque que ha sido identificado años atrás (2014) por la OCDE como una práctica favorable para el impulso de este segmento empresarial y el desarrollo sostenible.

Las adquisiciones por parte del Estado colombiano ascienden a 110 billones de pesos al año, los principales bienes y servicios transados son: 1) gestión, profesionales de empresa y administrativos, 2) edificación, construcción de instalaciones y mantenimiento, 3) políticos y de asuntos cívicos, 4) basados en ingeniería, investigación y tecnología, 5) educativos y de formación⁷. Las MIPYMES que participan actualmente de las compras públicas en el orden nacional es de 48% de un universo del 99.6% del total de empresas existentes y que conforman el tejido empresarial del país. Estas cifras de participación evidencian las barreras de acceso que existen para ingresar al mercado de las compras públicas. 110 billones que de pesos equivalen al 15% del PIB nacional, debería ser un atractivo de alto impacto para una amplia proporción de las MIPYMES, sin embargo, la baja credibilidad en los procesos contractuales, el desconocimiento de las plataformas tecnológicas en las que se realizan las transacciones, las debilidades de las empresas de este segmento para estructurar y presentar las ofertas ante el Estado, los costos asociados a la identificación, estructuración y presentación de ofertas, son las principales causas para que más de la mitad de empresarios ubicados en el segmento de estudio se abstengan de participar o explorar esta posibilidad de mercado.

La definición de mercado viene de la economía (ROSSETTI, 1994) en términos simples, representa un escenario ficticio que permite la libre concurrencia de agentes para el intercambio de bienes y servicios, en ese orden, la regulación económica tiene como propósito evitar las variaciones irracionales (especulación), condiciones de abuso de la posición dominante o de las asimetrías de la información, en último término, brindar a los participantes (agentes, jugadores, concurrentes, proponentes, oferentes) del mercado condiciones de seguridad y razonabilidad que permitan el intercambio de tales bienes y servicios con unos mínimos de seguridad jurídica. Ese es el marco normativo que pretende consolidar la ley 2069 de 2020, al realizar ajustes normativos al estatuto de la contratación, leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, y demás normas y políticas públicas que conforman el sistema normativo del emprendimiento en Colombia. Ley 590 de 2000, ley 789 de 2002, decreto 4463 de 2006, ley 1014 de 2006, decreto 2175 de 2007, decreto 525 de 2009, decreto 1192 de 2009, ley 1955 de 2019, CONPES 3866 de 2016, CONPES 3956 de 2019.

⁷ Exposición de motivos de la ley 2069 de 2020.

CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY DE EMPRENDIMIENTO

En materia constitucional, la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional ha indicado la pertinencia en algunos casos de aplicar la discriminación positiva o acción afirmativa, como una herramienta para disminuir las brechas sociales, la inequidad o desigualdad al respecto pueden consultarse las sentencias C-371 DE 2000, C-964 de 2003, C-932 de 2007, C-115 de 2017, en esta última precisa:

*“Una de las formas especiales de acción afirmativa es la **discriminación positiva**, es decir, aquel trato diferente que propende por materializar la igualdad real, a través de acciones afirmativas de igualdad que recurren a criterios tradicionalmente utilizados para profundizar o al menos perpetuar la desigualdad, tales como el origen racial, el sexo o las preferencias sexuales (discriminación negativa), pero son utilizados, por el contrario, para romper esa situación de desigualdad o, al menos, para estrechar la brecha de la desigualdad no formalmente jurídica, aunque presente en la sociedad. Por lo tanto, se trata de medidas transitorias cuyo desmonte resulta del análisis de su eficacia en la superación de la desigualdad que combate. Estas medidas se conocen también como formas de discriminación inversa y se refieren, por ejemplo, a las cuotas de empleo público reservadas a mujeres. El fundamento de las políticas de acción afirmativa de igualdad, es el mismo artículo 13 de la Constitución Política el que dispone que “El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”.*

Este matiz de discriminación positiva en el campo del emprendimiento probablemente sea novedoso para algunos constitucionalistas, que identifican en los artículos 333 y 334 de la CN una intervención estatal mínima o preferiblemente nula de forma que sea el mercado el que determine los niveles de eficiencia y maximización adecuados, para el intercambio de bienes y servicios, sea este entre particulares o entre particulares y el Estado, por tanto, la ley de emprendimiento es una intromisión del Estado en la economía libre, que implícitamente afecta la participación e intereses de los agentes ya posicionados en el mercado y crea incentivos para la entrada de nuevos jugadores,⁸ sin embargo, en el marco de la

⁸ El concepto de “jugador” en el mercado, es traído de la economía, especialmente de la teoría de juegos aplicada al comportamiento empresarial, en el cual las compañías que interactúan en un mercado determinado realizan sus estrategias de acuerdo con el rol que desempeñen dentro del segmento, con el propósito de ganar mayor participación en el mismo.

racionalidad y competencias del Estado para promover la igualdad material, el desarrollo económico y social del país, los incentivos creados mediante la ley 2069 de 2021, resultan tener soporte y justificación constitucional para su permanencia en el tiempo, a pesar que la reciente ley aún no ha sido sujeto del control de constitucionalidad, anticipadamente le auguro la exequibilidad respectiva, de acuerdo con lo manifestado por la HC en sentencia C-436 de 2016:

*“En virtud de la potestad de configuración legislativa, el Congreso tiene libertad para regular los aspectos más significativos de la contratación pública como son los referentes a las cláusulas excepcionales, la clasificación de los contratos estatales, los deberes y derechos de las partes contratantes, la competencia y capacidad para contratar, principios fundamentales, nulidades, **control de la gestión contractual**, responsabilidad contractual, liquidación de los contratos y solución de las controversias”.*

Nos acercamos en Colombia al concepto de compras públicas incluyentes, ya reconocido en otras latitudes y promovido por la OCDE,⁹ Que bajo la misma perspectiva arriba expuesta coincide en ratificar las acciones afirmativas como una actividad meritoria para el fomento del desarrollo, la generación de empleo y el cumplimiento de los objetivos de desarrollo sostenible – ODS.

BONDADES DE LA LEY 2069 DEL 2020

*“El presente Proyecto de Ley busca establecer un marco regulatorio que propicie el emprendimiento, con el fin de aumentar el bienestar social y generar equidad, respondiendo a las necesidades de ajuste normativo identificadas en los documentos de política pública para contribuir a resolver fallas estructurales e incluyendo un enfoque especial para los micronegocios y poblaciones vulnerables”.*¹⁰

De acuerdo con la ley de emprendimiento, faculta a las entidades contratistas a limitar de forma directa las compras públicas de mínima cuantía en favor de las MIPYMES, de conformidad con el reglamento que para el efecto expedirá el gobierno nacional *“Las particularidades del procedimiento aquí previsto, **así como la posibilidad que tengan las entidades de realizar estas adquisiciones a Mlpymes (...)** se determinarán en el reglamento que para el efecto expida el Gobierno Nacional”*¹¹ bajo esta modalidad de selección no se aplica lo contemplado en la ley 816 de 2003, de tal manera que prevalece el precio de los

⁹ <https://www.oecd.org/centrodemexico/presentacion-del-estudio-del-sistema-electronico-de-contratacion-publica-de-mexico-redisenando-compranet-de-manera-incluyente.htm>

¹⁰ Exposición de motivos de la ley 2069 de 2021.

¹¹ Parágrafo 1 del artículo 30 de la ley 2069 de 2020.

bienes adquiridos, sobre el incentivo ponderable, bajo la presunta asunción que las MIPYMES proponentes son de base industria nacional.

A su turno, se promueve de acuerdo con el reglamento del gobierno nacional, condiciones preferentes “*requisitos diferenciales y puntajes adicionales, en función del tamaño empresarial para la promoción del acceso de las MIPYMES al mercado de Compras Públicas*”¹² en los que se identifica plenamente acciones afirmativas de fortalecimiento de este segmento empresarial.

Otro de los factores diferenciales de la ley de emprendimiento son las mujeres a quienes el legislador consideró “*las entidades estatales incluirán requisitos diferenciales y puntajes adicionales en los procesos de licitación pública, selección abreviada de menor cuantía y concurso de méritos, así como en los procesos competitivos que adelanten las entidades estatales que no apliquen en su gestión contractual el Estatuto General de Contratación Administrativa, como medidas de acción afirmativa, para incentivar emprendimientos y empresas de mujeres en el sistema de compras públicas*”¹³ se resalta en este punto, que estos privilegios y trato diferencial, se extiende a los convenios reglados en la ley 489 de 1998 y decreto 92 de 2017, abordados en la presente obra por el autor; sin embargo, estos incentivos se encuentran sujetos a reglamentación “*La definición de emprendimientos y empresas de mujeres se reglamentará por el gobierno nacional*”¹⁴.

El artículo 33 de la norma en estudio, establece una serie de actividades específicas a cargo de las entidades contratantes que se sintetizan en: i. análisis de sector que identifique y promueva la participación de las MIPYMES¹⁵, ii. Modulación del sistema normativo para promover la entrada de las MIPYMES¹⁶, iii. Incrementar anualmente la participación¹⁷, iv. Celeridad en los procedimientos que garanticen recepción y pago oportunos a las MIPYMES¹⁸, v. Preferencia respecto de las grandes empresas¹⁹, vi. División del proceso de contratación que permita la participación de las MIPYMES²⁰, vii. A cargo de la ANCP,CE estará la medición del crecimiento en la participación en las compras del Estado de este

¹² Inciso primero del artículo 31 *ibid.*

¹³ Inciso primero del artículo 32 *ibid.*

¹⁴ Parágrafo 1 del artículo 32 *ibid.*

¹⁵ Numeral 1 del artículo 33 *ibid.*

¹⁶ Numeral 2 *ibid.*

¹⁷ Numeral 3 *ibid.*

¹⁸ Numeral 4 *ibid.*

¹⁹ Numeral 5 *ibid.*

²⁰ Numeral 6 *ibid.*

segmento empresarial²¹, viii. Las entidades contratantes sin excepción, deben remitir la información que da cuenta del cumplimiento de estas órdenes de rango legal²², el no cumplimiento de las mismas es causal de mala conducta²³.

En complemento de lo anterior, el artículo 34 dispone la posibilidad de crear limitaciones en los pliegos de condiciones a MIPYMES sin importar la cuantía o modalidad de selección e incluso que se encuentren radicadas en la jurisdicción de ejecución del objeto contractual, también habilita a la administración para incluir condiciones contractuales que garanticen la vinculación de población “*en pobreza extrema, desplazados por la violencia, personas en proceso de reintegración o reincorporación y, sujetos de especial protección constitucional*”.

Finalmente, estableció condiciones de preferencia de las MIPYMES en casos de empate y la adquisición de nuevas tecnologías para la prestación del servicio de la función pública²⁴.

LIMITACIONES EN LA IMPLEMENTACIÓN DE LA LEY DE EMPRENDIMIENTO

(ÁLVAREZ-PATIÑO, 2020) Estudia la relevancia y el carácter vinculante de los instrumentos emitidos por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente ANCP-CCE, al respecto, el Concepto C-005 DE 2021 del 16 de febrero de 2021, en el estudio de la reglamentación previa a la aplicación directa de la ley del emprendimiento indica:

La referencia hecha en una ley a que el Gobierno Nacional reglamentará la materia es un reconocimiento de que el reglamento es indispensable para el cumplimiento de la misma. Naturalmente, este reconocimiento no siempre implica que la ley está sometida a condición para entrar en vigencia; pero cuando ello se analiza con otros elementos que obran en este sentido, como los antecedentes legislativos, es posible utilizar la referencia al reglamento como una prueba de que la ley moduló sus efectos en el tiempo y se encuentra sometida a condición.

[...]

[...] en los artículos 31, 32, 34 y 36, el Congreso de la República reconoce la necesidad de un reglamento para el efectivo cumplimiento de la Ley 2069 de 2020, lo que demuestra, para el caso concreto, una vigencia sometida a condición para los temas regulados en estas normas. Esta conclusión se ajusta no solo a los antecedentes del proyecto de ley, sino también a la necesidad de claridad que

²¹ Numeral 7 *ibid.*

²² Numeral 8 *ibid.*

²³ Parágrafo 1 *ibid.*

²⁴ Artículo 35 y 36 de la ley 2069 de 2020.

debe introducir el reglamento en relación con i) los criterios diferenciales para mipymes, ii) la definición de «emprendimientos y empresas de mujeres», iii) las convocatorias limitadas a mipymes y el fomento en la ejecución de los contratos estatales por parte de sujetos de especial protección, así como iv) la promoción de las compras públicas de tecnología e innovación.

De lo anterior se tiene que, en contraposición a la regulación previa para la aplicación de la ley de emprendimiento, surge el artículo 84 *ibid*, de aplicación inmediata, el cual señala: *“La presente Ley rige a partir del momento de su promulgación, (...) y deroga (...), y todas las disposiciones que le sean contrarias”*. Por lo tanto, surgió al tiempo, una derogatoria inmediata, con una aplicación diferida de la ley, soportada en la reglamentación previa ordenada por el legislador, para su aplicación en aspectos esenciales para la consecución de los objetivos trasados con la ley 2069 de 2020, este emergimiento concomitante, generó un retroceso en las garantías existentes para las MIPYMES en materia de limitación de procesos de compras públicas, por lo tanto, hasta que no se reglamenten los artículos 31, 32, 34 y 36 los efectos causados por la ley 2069 de 2021 en materia de compras públicas serán completamente contrarios a los estipulados por el legislador y gobierno nacional. Llama la atención que, en un periodo de profunda necesidad por reactivar la economía del país, no se haya proferido el reglamento esperado.

Otro de los aspectos de alta relevancia en materia de fomentar el ingreso de MIPYMES a las compras públicas, está definido por las barreras tecnológicas que impone a los empresarios comprender y manejar adecuadamente las plataformas implementadas para la transparencia de las transacciones del Estado, SECOP II y TVEC, en el mismo sentido, conocer y aplicar a las licitaciones por medio de las cuales se conforman los acuerdos marco de precios, cuyo uso es de obligatorio cumplimiento para todas las entidades del Estado sin excepción.

La mayor dificultad de este aspecto es que hay una limitación de capacidad instalada, la ANCP- CCE no cuenta con usuarios de prueba o módulos y usuarios de prueba, webinar, tutoriales, instrumentos multimedia, talleres, foros, que se oferten de forma sistemática a los empresarios MIPYME; herramientas que permitan superar las brechas tecnológicas. Resulta un contrasentido que la entidad que promueve el expediente electrónico y el uso de las nuevas tecnologías de la información solo tenga colgados en su página web, manuales y guías, presentados en un lenguaje técnico, que implican de entrada otra barrera adicional para los emprendedores que consideran ofertar sus bienes y servicios al Estado.

De otra parte, los mecanismos de demanda agregada, acuerdos marco de precios, que determinan un número de oferentes específico, los que participaron

y lo suscribieron, se convierte en otra barrera de entrada para las MIPYMES, si bien es cierto, tiene un propósito saludable para las compras públicas, su carácter vinculante, genera condiciones de oligopolio, igualmente, la TVEC que establece la obligatoriedad de las compras inferiores al límite de la mínima cuantía a través de esta plataforma, salvo que en el desarrollo del artículo 84 de la ley 2069, se entiendan derogadas tales disposiciones y en virtud de ello, se revise el alcance de estos instrumentos de agregación de demanda.

De otra parte, la vigencia inmediata del artículo 33 de la norma en estudio, implica a la luz de algunos lectores un direccionamiento y fraccionamiento de procesos, que goza de autorización legal, asunto que presupone un gran reto para los formuladores de proyectos y los entes de control, en el mismo sentido para los abogados y demás profesionales vinculados a las compras del Estado, para no cruzar la delgada línea que dibujan, las acciones afirmativas en favor de los emprendedores MIPYME y los tipos penales o de responsabilidad disciplinaria.

Por último, a pesar de no estar aún reglamentado y encontrarse diferida su aplicación, el parágrafo 2 del artículo 34, se constituye en una barrera de entrada que puede ir en contravía del espíritu de la ley de emprendimiento, actualmente la experiencia de los socios es tenida en cuenta para promover la entrada de nuevas empresas a las compras públicas, sin embargo, en virtud de la estipulación contenida en el parágrafo citado, solo después de un año de creadas las MIPYME pueden postularse a procesos contractuales limitados a este segmento empresarial, aunque validas y entendibles las razones que pueden soportar esa restricción, resultan abiertamente contrarias a la promoción del emprendimiento.

PROPUESTAS DE SOLUCIÓN A LAS LIMITACIONES IDENTIFICADAS

En criterio del que escribe, las soluciones requeridas para superar las dificultades identificadas en el fomento e implementación de las compras públicas como mecanismo de fortalecimiento y fomento del desarrollo de las MIPYMES, son de acciones relativamente sencillas y de bajo costo, por parte del ejecutivo, mismas que al ser implementadas, pueden en el mediano plazo movilizar una gran masa de empresarios hacia la demanda estatal, cuyo resultado será niveles superiores de competencia, transparencia y disminución de las condiciones que facilitan comportamientos oportunistas, colusorios o de cartelización, restrictivos de la competencia, derivados de la baja participación de agentes en el mercado.

Es probable que el resultado de un modelo de entrada más visible, sencillo y asequible a los empresarios MIPYME refleje mejores precios de mercado, en el cual