



CONTRATO INTERADMINISTRATIVO – Concepto – Régimen jurídico aplicable

[...] 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. 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 en el 1082 de 2015, no quiere decir que solo puedan celebrarse entre entidades estatales que apliquen el régimen de contratación allí previsto, pues bien puede una entidad estatal de Ley 80 de 1993 celebrar esta clase de convenios con una entidad estatal de régimen especial y no por ello dejará de ser un contrato o convenio interadministrativo, caso en el cual su ejecución estará sometida a la Ley 80 de 1993.

SUBCONTRATACIÓN – Definición

La figura jurídica de la subcontratación no ha tenido un desarrollo regulatorio sustancial en el derecho colombiano. Aunque en materia de contratación estatal hay algunas referencias a esta institución en las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, así como en el Decreto 1082 de 2015, y en el Decreto 092 de 2017, el ordenamiento jurídico carece de una disposición legal que brinde una definición de subcontratación. Sin embargo, la jurisprudencia y la doctrina se han encargado de estudiar y analizar la naturaleza de esta figura y han construido los elementos y características propias de la subcontratación. La doctrina ha analizado la subcontratación en la contratación estatal, señalando que «La subcontratación supone la celebración de un contrato eventual y accesorio, entre un contratista del Estado y un tercero, sin que aquel tenga el deber, por regla general, de agotar un procedimiento previo de selección, por medio del cual el segundo sustituye parcial y materialmente al primero, quien conserva la dirección general del proyecto y es responsable ante la entidad estatal contratante por el cumplimiento íntegro de las obligaciones derivadas del contrato adjudicado».

SUBCONTRATACIÓN – Contratos interadministrativos – Limitaciones

Aunque hay ausencia de regulación específica de la subcontratación, esta no se encuentra proscrita en materia de contratación pública; pero sí encuentra límites en su aplicación en el principio de la autonomía de la voluntad, representada en lo pactado en el contrato principal, y en algunas normas específicas. Una de estas restricciones normativas se encuentra el literal c del numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, precisamente referente a los contratos interadministrativos. [...] De lo anterior se destaca lo siguiente: i) la norma se refiere a la subcontratación de algunas de las actividades derivadas del contrato principal, de lo cual se puede colegir que la subcontratación es permitida en los contratos interadministrativos pero en relación con algunas actividades y no la totalidad de estas. [...]. ii) Ni la entidad ejecutora ni el subcontratista podrá subcontratar a las personas que hayan participado en la elaboración de estudios, diseños y proyectos del contrato principal. De este modo, se reitera la posibilidad de subcontratar en el marco de un contrato interadministrativo; no obstante, se limita esta subcontratación en relación con ciertas personas naturales o jurídicas.



Compartido por:



SUBCONTRATACIÓN – Prohibición – Contrato principal – Interpretación

Para efectos de la aplicación de la restricción señalada en el inciso cuarto del literal c del numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, se deberá tener en cuenta que el contrato principal es el contrato interadministrativo, del cual se desprenden los subcontratos que eventualmente realice la entidad estatal ejecutora para desarrollar algunas actividades derivadas de este. Esta conclusión se desprende de la misma redacción del literal c *ibidem* en la medida en que este regula el contrato interadministrativo, de manera que cuando la norma se refiere al contrato principal, sin duda alguna alude al contrato interadministrativo pues solo de este se pueden derivar las actividades a cargo de la entidad ejecutora. [...] De acuerdo con lo anterior, es importante destacar dos aspectos de la prohibición establecida en el inciso cuarto del literal c del numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007. *En primer lugar*, como se indicó, el contrato principal al que hace referencia la norma es el contrato interadministrativo celebrado entre las entidades estatales, por lo que la prohibición aplica en relación con los subcontratos que se celebren en el marco del contrato interadministrativo. Y *en segundo lugar*, la prohibición se dirige a la entidad estatal ejecutora y al subcontratista, de manera que la restricción allí contemplada, no solo aplica para la entidad ejecutora sino que se extiende al subcontratista de esta, lo que significa que en el caso en que la entidad estatal ejecutora subcontrate alguna actividad derivada del contrato interadministrativo, este subcontratista no podrá vincular o contratar personas que hayan participado en la elaboración de los estudios, diseños y proyectos que tengan relación directa con el objeto de dicho contrato interadministrativo



Compartido por:



Colombia Compra Eficiente

Rad No. RS20221109013548

Anexos: No Con copia: No

Fecha: 09/11/2022 14:08:35



Bogotá D.C., 9 de noviembre de 2022

Señora

Viviana Riática Alarcón

Bogotá D.C.

Concepto C – 702 de 2022

Temas: CONTRATO INTERADMINISTRATIVO – Concepto – Régimen jurídico aplicable / SUBCONTRATACIÓN – Definición / SUBCONTRATACIÓN – Contratos interadministrativos – Limitaciones / SUBCONTRATACIÓN – Prohibición – Contrato principal – Interpretación

Radicación: Respuesta a consultas P20220912009173 y P20220927009680 (Acumuladas)

Estimada señora Riática:

En ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, responde sus consultas del 12 y 26 de septiembre de 2022.

1. Problema planteado

Usted realiza la siguiente pregunta:



DEPARTAMENTO
NACIONAL DE PLANEACIÓN

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente

Tel. (601) 7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



www.colombiacompra.gov.co

Compartido por:



«Es nuestro entendimiento que en el marco de un contrato interadministrativo para el Gerenciamiento de un Proyecto de Obra Pública de Infraestructura de Transporte [no incluido en pliegos tipo], el Contrato Principal a que hace referencia el artículo 2, numeral 4, literal c) de la Ley 1150 de 2007 es el Contrato de Obra Pública. El citado artículo dispone:

“En aquellos casos en que la entidad estatal ejecutora deba subcontratar algunas de las actividades derivadas del contrato principal, no podrá ni ella ni el subcontratista, contratar o vincular a las personas naturales o jurídicas que hayan participado en la elaboración de los estudios, diseños y proyectos que tengan relación directa con el objeto del contrato principal”.

En este sentido, a los subcontratos a que hace referencia son aquellos derivados del contrato de obra, y es a éstos a los que se aplicaría la prohibición de vinculación de las personas jurídicas y/o naturales que participaron en la elaboración de los estudios que tengan relación directa con el objeto principal, esto es, con el contrato de obra.

Teniendo en cuenta que la restricción que dispone la norma trata de “subcontratar” y no de “contratar”, el contrato de consultoría que suscribe el gerente del proyecto para realizar la interventoría del contrato de obra, al tratarse de una contratación y no de una subcontratación, por ser éste un contrato principal y autónomo al contrato de obra, como se indica en la guía para el ejercicio de las funciones de Supervisión e Interventoría de los contratos del Estado, de Colombia Compra Eficiente:

“El contrato de interventoría es principal y autónomo y aunque el objeto del mismo supone la existencia de otro contrato respecto del cual se va a ejercer la vigilancia, el mismo es independiente de este último y por lo tanto, su existencia no depende de la existencia del contrato vigilado”. Subrayas y negrilla fuera del texto original.

Y considerando que las disposiciones que consagran prohibiciones, inhabilidades o restricciones son taxativas, de interpretación restrictiva y se rigen por el principio de tipicidad estricta, a la contratación de la interventoría del contrato de obra, no le es aplicable la prohibición respecto a la vinculación de las personas naturales o jurídicas que participaron en la elaboración de estudios relacionados directamente con el objeto principal. Agradecemos confirmar que nuestro entendimiento es correcto».

2. Consideraciones

En ejercicio de las competencias establecidas en los artículos 3.5 y 11.8 del Decreto 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente resuelve consultas sobre



Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente
Tel. [601] 7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



www.colombiacompra.gov.co



la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. En ese sentido, resolver casos particulares o conceptuar sobre el alcance de normas ajenas a la contratación estatal 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 de la contratación estatal ni para interpretar el alcance de cualquier norma vigente en el ordenamiento jurídico.

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 pública¹. Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, brindar asesorías sobre casos puntuales ni interpretar normas ajenas al sistema de compras públicas.

En este contexto, la Subdirección –dentro de los límites de sus atribuciones, esto es, haciendo abstracción del caso particular expuesto por el peticionario– resolverá la consulta conforme a las normas generales en materia de contratación estatal. Para estos efectos, se analizarán los siguientes temas: i) contratos interadministrativos: concepto y régimen jurídico aplicable y ii) la subcontratación en los contratos interadministrativos y sus limitaciones.

La Agencia Nacional de Contratación Pública — Colombia Compra Eficiente se ha pronunciado sobre el concepto y régimen jurídico aplicable a los contratos interadministrativos, en los Conceptos: 420191300004536 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 2021, 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-662 del 1 de diciembre de 2021, entre otros. Igualmente, se pronunció sobre la subcontratación en los conceptos C-599 del 26 de octubre de 2021, C-056 del 7 de febrero de 2022, C-594 del 26 de agosto de 2022 y C-581 del 16

¹ La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente fue creada por el Decreto Ley 4170 de 2011. Su objetivo es servir como ente rector de la política de compras y contratación del Estado. Para tales fines, como órgano técnico especializado, le corresponde formular políticas públicas y normas y unificar los procesos de contratación estatal, con el fin de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado. El artículo 3 ibidem señala, de manera precisa, las funciones de Colombia Compra Eficiente. Concretamente, el numeral 5º de este artículo establece que le corresponde a esta entidad: «[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general y expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública». Seguidamente, el numeral 8º del artículo 11 ibidem señala que es función de la Subdirección de Gestión Contractual: «[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general».





de septiembre de 2022². La tesis expuesta en estos conceptos se reitera y, en lo pertinente, se complementa a continuación:

2.1. Contratos interadministrativos. Concepto y régimen jurídico aplicable

La contratación Estatal constituye un instrumento a través del cual las entidades públicas realizan el aprovisionamiento de sus bienes, obras y servicios, con el propósito de satisfacer las necesidades e intereses colectivos³. Para este propósito se sirve de la colaboración de los particulares o de otras entidades que integran la administración pública.

Quando se trata de contratos celebrados por dos entidades estatales, tales negocios jurídicos se han denominado como interadministrativos, en el entendido de que son celebrados entre entidades públicas. En efecto, la doctrina ha señalado que «se denominan contratos interadministrativos los contratos bilaterales celebrados entre dos entidades estatales»⁴. Sobre la tipología de contrato interadministrativo, conviene señalar que aunque la Ley 80 de 1993 no lo 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 estatales⁵. De acuerdo con lo anterior, 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.

² Estos conceptos pueden ser consultados en el siguiente enlace: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos>

³ Corte Constitucional, Sentencia C-449 de 1992, y Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 3 de diciembre de 2007, expedientes acumulados: (25206, 25409, 24524, 27834, 25410, 26105, 28244, 31447).

⁴ DÁVILA VINUEZA. Luis Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal. 3ª ed. Bogotá: Temis, 2016. p. 494.

⁵ 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».





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 en el 1082 de 2015, no quiere decir que solo puedan celebrarse entre entidades estatales que apliquen el régimen de contratación allí previsto, pues bien puede una entidad estatal de Ley 80 de 1993 celebrar esta clase de convenios con una entidad estatal de régimen especial y no por ello dejará de ser un contrato o convenio interadministrativo, caso en el cual su ejecución estará sometida a la Ley 80 de 1993.

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, deba adelantarse un procedimiento susceptible de pluralidad de oferentes⁶. Nótese que, en este caso, lo que cambia es la modalidad de selección y no la naturaleza de contrato interadministrativo.

Además, es necesario tener en cuenta que para que un contrato o convenio interadministrativo exista debe cumplir con los siguientes elementos: acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y que conste por escrito⁷. Entonces, si ambas partes son entidades estatales, pueden celebrar convenios interadministrativos, porque las disposiciones que regulan esta tipología hacen referencia a la calidad de los sujetos que intervienen en la contratación, que deben ser entidades estatales o de derecho público.

La Corte Constitucional expresó en la Sentencia C-671 de 2015 que «Lo que hace interadministrativo a un contrato o convenio no es el procedimiento de selección aplicable, sino la calidad de los sujetos contratantes, esto es que las dos partes de la relación jurídica contractual formen parte de la administración pública». Así las cosas, atendiendo a la literalidad de las normas

⁶ 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».

⁷ Ley 80 de 1993: «Artículo 41. Del perfeccionamiento del contrato. Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito.
[...]».





enunciadas, no cabe una interpretación diferente⁸, 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 concurren personas de derecho público. Adicionalmente, el Consejo de Estado ha indicado, frente al convenio interadministrativo 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 contractuales⁹.

En relación con la modalidad de selección aplicable a la celebración de contratos interadministrativos, 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:

⁸ Código Civil: «Artículo 27. Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor a pretexto de consultar su espíritu».

⁹ 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.





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.

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

En aquellos casos en que la entidad estatal ejecutora deba subcontratar algunas de las actividades derivadas del contrato principal, no podrá ni ella ni el subcontratista, contratar o vincular a las personas naturales o jurídicas que hayan participado en la elaboración de los estudios, diseños y proyectos que tengan relación directa con el objeto del contrato principal.

Estarán exceptuados de la figura del contrato interadministrativo, los contratos de seguro de las entidades estatales; [Énfasis fuera de texto]

Según el inciso primero del literal transcrito, 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, se encuentra 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), 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». En esos supuestos específicos deberán adelantarse procesos competitivos, de acuerdo con las demás modalidades de selección establecidas en el EGAP, en los cuales dichas entidades podrían participar en igualdad de condiciones e, incluso, resultar adjudicatarias.

Finalmente, cabe destacar que 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 EGAP, 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 EGAP si existe una relación inmediata entre el objeto del contrato y la actividad propia de la entidad ejecutora.

Aunado a la verificación de las condiciones anteriormente descritas, las entidades públicas también deben garantizar el cumplimiento de los principios de transparencia y selección objetiva¹⁰. Así lo ha señalado de manera unánime la jurisprudencia de la sección tercera del Consejo de Estado, en el sentido de que independiente de modalidad de selección, esto es mediante la contratación directa o un mecanismo competitivo, la celebración de los contratos del estado deben estar orientados por los principios de la contratación estatal, siendo uno de ellos el de transparencia y selección objetiva, tal y como se pasa a explicar¹¹.

2.2. La subcontratación en los contratos interadministrativos y sus limitaciones

La figura jurídica de la subcontratación no ha tenido un desarrollo regulatorio sustancial en el derecho colombiano. Aunque en materia de contratación estatal hay algunas referencias a esta

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 21 de mayo de 2021, radicado: 250002336000 201501315 01 (57822).

¹¹ Sentencia del 14 de abril de 2005 radicación número: 19001-23-31-000-2002-01577-01 (AP); Sentencia del 28 de mayo de 2012 radicación número: 07001-23-31-000-1999-00546-01 (21489).





institución en las Leyes 80 de 1993¹² y 1150 de 2007¹³, así como en el Decreto 1082 de 2015¹⁴, y en el Decreto 092 de 2017¹⁵, el ordenamiento jurídico carece de una disposición legal que brinde una definición de subcontratación. Sin embargo, la jurisprudencia y la doctrina se han encargado de estudiar y analizar la naturaleza de esta figura y han construido los elementos y características propias de la subcontratación.

La doctrina ha analizado la subcontratación en la contratación estatal, señalando que «La subcontratación supone la celebración de un contrato eventual y accesorio, entre un contratista del Estado y un tercero, sin que aquel tenga el deber, por regla general, de agotar un procedimiento previo de selección, por medio del cual el segundo sustituye parcial y materialmente al primero, quien conserva la dirección general del proyecto y es responsable ante la entidad estatal contratante por el cumplimiento íntegro de las obligaciones derivadas del contrato adjudicado»¹⁶. En el ámbito internacional se ha entendido a la subcontratación como «La práctica mercantil de organización productiva en virtud de la cual el contratista o subcontratista encarga a otro subcontratista o trabajador autónomo parte de lo que a él se le ha encomendado»¹⁷. En el marco

¹² El inciso final del numeral 5 «encargos fiduciarios y fiducia pública» del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 señala lo siguiente: «So pena de nulidad no podrán celebrarse contratos de fiducia o subcontratos en contravención del artículo 355 de la Constitución Política. Si tal evento se diese, la entidad fideicomitente deberá repetir contra la persona, natural o jurídica, adjudicataria del respectivo contrato».

¹³ El literal c del numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 dispone que: «En aquellos casos en que la entidad estatal ejecutora deba subcontratar algunas de las actividades derivadas del contrato principal, no podrá ni ella ni el subcontratista, contratar o vincular a las personas naturales o jurídicas que hayan participado en la elaboración de los estudios, diseños y proyectos que tengan relación directa con el objeto del contrato principal».

¹⁴ El artículo 2.2.1.2.3.1.5 del Decreto 1082 de 2015 hace mención a la subcontratación en lo relacionado con las garantías, particularmente en los riesgos a los que se encuentran expuestas las entidades estatales, derivados de la responsabilidad extracontractual que pueda surgir por las actuaciones, hechos u omisiones de sus contratistas y subcontratistas.

¹⁵ El artículo 7 del Decreto 092 de 2017 señala lo siguiente: «La contratación a la que hace referencia el presente decreto está sujeta a los principios de la contratación estatal y a las normas presupuestales aplicables. En consecuencia, las normas relativas a la publicidad son de obligatorio cumplimiento, por lo cual, la actividad contractual y los Documentos del Proceso de que trata el presente decreto deberán ser objeto de publicación en el Sistema Electrónico de Contratación Pública (SECOPI). Adicionalmente, la entidad privada sin ánimo de lucro contratista deberá entregar a la Entidad Estatal, y esta publicar en el SECOPI, la información relativa a los subcontratos que suscriba para desarrollar el programa o actividad de interés público previsto en el Plan Nacional o seccional de Desarrollo, incluyendo los datos referentes a la existencia y representación legal de la entidad con quien contrató y la información de pagos» [Énfasis por fuera de texto].

¹⁶ RAMÍREZ GRISALES, Richard Steve. La Subcontratación. Serie: Las cláusulas del contrato estatal. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. y Centro de Estudios de Derecho Administrativo –CEDA-, Medellín, 2012, p. 26.

¹⁷ TRABALÓN Cristóbal. Tratado Legal de Construcción. Editorial Tébar Flores. Madrid. 2015





de esta figura, se define el nivel de subcontratación como «Cada uno de los escalones en que se estructura el proceso de subcontratación que se desarrolla para la ejecución de la totalidad o parte de la obra asumida contractualmente por el contratista con el promotor»¹⁸.

Por su parte, la Sección Tercera del Consejo de Estado, en Sentencia del 12 de agosto de 2013¹⁹, estructuró la definición y naturaleza del subcontrato reiterando lo señalado por la doctrina. Al respecto, indicó:

Esta institución hace surgir una relación jurídica autónoma entre el contratista del Estado y el sub contratista, es decir, independiente de la relación que preexiste entre el Estado y el contratista. En este sentido, las obligaciones que adquiere el sub contratista con el contratista sólo son exigibles entre ellos, y no vinculan a la entidad estatal –contratante-, en virtud del principio de relatividad del contrato –sólo produce efectos para las partes, no para terceros-, pero sin que ello limite o restrinja a la entidad estatal en la dirección general para ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato, a que se refiere el artículo 14 de la Ley 80.

En este sentido, el contratista conserva frente a la entidad pública la responsabilidad por la ejecución del contrato, así que desde el punto de vista subjetivo la sub contratación es material y no jurídica, porque traslada el cumplimiento del contrato a un tercero, pero no sustituye al contratista.

La subcontratación es la celebración de un contrato accesorio a otro principal, entre un contratista del Estado y un tercero, en virtud del cual el subcontratista o tercero sustituye parcial y materialmente al primero, quien conserva la dirección general del proyecto y es responsable ante la entidad estatal contratante por el cumplimiento íntegro de las obligaciones derivadas del contrato adjudicado. Esta institución hace surgir una relación jurídica autónoma entre el contratista del Estado y el subcontratista, es decir, independiente de la relación que preexiste entre el Estado y el contratista. En este sentido, las obligaciones que adquiere el sub contratista con el contratista sólo son exigibles entre ellos, y no vinculan a la entidad estatal –contratante-, en virtud del principio de relatividad del contrato –sólo produce efectos para las partes, no para terceros-, pero sin que ello limite o restrinja a la entidad estatal en la dirección general para ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato, a que se refiere el artículo 14 de la Ley 80.

¹⁸ Ibidem

¹⁹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 12 de agosto de 2013. Radicación número: 52001-23-31-000-1999-00985-01 (23.088) C.P: Enrique Gil Botero.





De lo expuesto se resaltan, como características esenciales de la subcontratación, las siguientes: i) es un contrato eventual, ii) es un contrato accesorio, pues asegura el cumplimiento de otro contrato –principal–, iii) la relación jurídica que surge entre el contratista del Estado y el tercero es independiente y autónoma de la entidad contratante, iv) la sustitución es parcial, lo que significa que no podrán subcontratar la ejecución total del contrato principal y v) la sustitución es material y no jurídica; por lo tanto, no releva al contratista del Estado de las responsabilidades emanadas del contrato principal.

En este sentido, la subcontratación implica la celebración de un contrato derivado de otro principal cuyo propósito es ejecutar parcialmente este último. Dentro de este marco, podrían presentarse niveles de subcontratación, es decir, los escalones en que se estructura el proceso de subcontratación. Estos niveles no excluyen el carácter de contrato derivado de estos subcontratos, puesto que sus objetos se encuentran en función de la realización material del contrato principal.

Debido a la escasa regulación normativa, la subcontratación en materia de contratación pública estará supeditada a lo dispuesto en el pliego de condiciones y en el contrato, sin perjuicio de las limitaciones establecidas por la ley, como se estudiará continuación. De esta manera, su configuración dependerá de las condiciones definidas en el acuerdo de voluntades, de tal forma que si esta no se permite para determinadas actividades, está sujeta a la autorización previa de la entidad o al cumplimiento de algún otro requisito, el contratista no podrá subcontratar sin su autorización o sin el cumplimiento de la condición establecida en el negocio jurídico.

Aunque el subcontrato es un contrato autónomo e independiente del contrato principal, en materia de contratación estatal, es recomendable –en ciertos eventos–, que las entidades estatales, exijan en el contrato la autorización previa y expresa para la subcontratación. Esto permite a la entidad estatal controlar las condiciones bajo las cuales se ejecutará el contrato, asegurar el cumplimiento de este bajo un esquema de transparencia y garantizar que no se infrinjan los principios de la contratación estatal. De esta manera, la autorización de la entidad contratante es importante –aunque no obligatoria de acuerdo con la ley– para que las actividades contratadas puedan ejecutarse de forma parcial por un tercero, sin que el contratista se desprenda de las responsabilidades derivadas del contrato. Por consiguiente, en el evento en que en el contrato principal se haya pactado dicha autorización, los subcontratos que se celebren deberán respetar esta estipulación, so pena de un posible incumplimiento del contrato.

Así las cosas, se colige que aunque hay ausencia de regulación específica de la subcontratación, esta no se encuentra proscrita en materia de contratación pública; pero sí





encuentra límites en su aplicación en el principio de la autonomía de la voluntad, representada en lo pactado en el contrato principal, y en algunas normas específicas. Una de estas restricciones normativas se encuentra el literal c del numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, precisamente referente a los contratos interadministrativos. Según el inciso cuarto de este literal «En aquellos casos en que la entidad estatal ejecutora deba *subcontratar algunas de las actividades derivadas del contrato principal*, no podrá ni ella ni el subcontratista, contratar o vincular a las personas naturales o jurídicas que hayan participado en la elaboración de los estudios, diseños y proyectos que tengan relación directa con el objeto del contrato principal» (Énfasis por fuera de texto).

De lo anterior se destaca lo siguiente: i) la norma se refiere a la subcontratación de algunas de las actividades derivadas del contrato principal, de lo cual se puede colegir que la subcontratación es permitida en los contratos interadministrativos pero en relación con algunas actividades y no la totalidad de estas. Lo anterior se fundamenta, además, en que la subcontratación total de las actividades del contrato supondría una subrogación material del contratista, en posible contravía de los principios de la contratación pública. De esta manera, solo podría realizarse la subcontratación parcial de las obligaciones del contrato interadministrativo. ii) Ni la entidad ejecutora ni el subcontratista podrá subcontratar a las personas que hayan participado en la elaboración de estudios, diseños y proyectos del contrato principal. De este modo, se reitera la posibilidad de subcontratar en el marco de un contrato interadministrativo; no obstante, se limita esta subcontratación en relación con ciertas personas naturales o jurídicas.

En relación con este aspecto, para efectos de la consulta, es preciso señalar que cuando el inciso cuarto del literal c del numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 se refiere al evento en que la entidad estatal ejecutora deba subcontratar algunas de las actividades derivadas del *contrato principal*, debe entenderse que este se trata del contrato interadministrativo del cual se deriva el subcontrato, que aunque es accesorio, independiente y autónomo de aquel, esto no desvirtúa su naturaleza de subcontrato. En tal sentido, en caso de que se realice la subcontratación en el marco del contrato principal, estos subcontratos se consideran derivados del contrato interadministrativo.

Frente a este punto, resulta de especial importancia el concepto de subcontratación explicado en párrafos anteriores, que explica esta como la celebración de un contrato accesorio a otro principal entre un contratista del Estado y un tercero, en virtud del cual el subcontratista sustituye parcial y materialmente al primero, quien continúa siendo responsable ante la entidad contratante por el cumplimiento íntegro de las obligaciones derivadas del contrato adjudicado. De este modo, la subcontratación parte de la base de un contrato principal del cual se deriva y cuyo





propósito es ejecutar parcialmente las actividades de dicho contrato. En otras palabras, si bien el subcontrato es un contrato independiente y autónomo, su celebración se encuentra atada a la prestación establecida en el contrato principal con el fin de realizar parte de la actividades allí contempladas, es decir, subsiste para la ejecución de las actividades del contrato principal, pues de lo contrario no se trataría de una subcontratación sino de un contrato diferente.

En este contexto, para efectos de la aplicación de la restricción señalada en el inciso cuarto del literal c del numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, se deberá tener en cuenta que el contrato principal es el contrato interadministrativo, del cual se desprenden los subcontratos que eventualmente realice la entidad estatal ejecutora para desarrollar algunas actividades derivadas de este. Esta conclusión se desprende de la misma redacción del literal c *ibidem* en la medida en que este regula el contrato interadministrativo, de manera que cuando la norma se refiere al contrato principal, sin duda alguna alude al contrato interadministrativo pues solo de este se pueden derivar las actividades a cargo de la entidad ejecutora.

Asimismo, esta conclusión es coherente con los argumentos expuestos en el trámite legislativo de la Ley 1150 de 2007 que se surtió en el Congreso de la República, en el que se indica la necesidad de establecer limitaciones en relación con los contratos interadministrativos:

En la modalidad de selección de contratación directa, además de los cambios anotados en relación con el paso de algunas causales inicialmente previstas en selección abreviada a esta categoría, se proponen cambios en relación con la causal de contratos interadministrativos, en el sentido de obligar a las entidades ejecutoras, independientemente de su régimen contractual a aplicar la Ley 80 de 1993 para la ejecución de los contratos interadministrativos y se corrige una práctica que se presenta en la actualidad en el sentido de *frenar las posibilidades de subcontratación desconociendo los procesos de selección y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de la Ley 80 de 1993, amparados en la aplicación de un régimen contractual distinto, para lo cual se prohíbe la subcontratación o vinculación de las personas naturales o jurídicas que hayan participado en la elaboración de los estudios, diseños y proyectos que tengan relación directa con el objeto del contrato principal*²⁰. (Énfasis pro fuera de texto).

²⁰ Informe de ponencia para primer debate al proyecto de Ley 057 de 2006 Cámara, 020 de 2005 Senado. Gaceta 536 del 15 de noviembre de 2006. Disponible en: <http://svrpubindc.imprenta.gov.co/senado/>





Compartido por:



Según se evidencia, la intención del legislador es restringir la subcontratación en los contratos interadministrativos para evitar la elusión de procesos de selección, de tal manera que la entidad ejecutora se encargue de la ejecución de dicho contrato teniendo la posibilidad de subcontratar algunas actividades, pero con la prohibición de vinculación de las personas naturales o jurídicas que hayan participado en la elaboración de los estudios, diseños y proyectos que tengan relación directa con el objeto del contrato principal.

De acuerdo con lo anterior, es importante destacar dos aspectos de la prohibición establecida en el inciso cuarto del literal c del numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007. *En primer lugar*, como se indicó, el contrato principal al que hace referencia la norma es el contrato interadministrativo celebrado entre las entidades estatales, por lo que la prohibición aplica en relación con los subcontratos que se celebren en el marco del contrato interadministrativo. Y *en segundo lugar*, la prohibición se dirige a la entidad estatal ejecutora y al subcontratista, de manera que la restricción allí contemplada, no solo aplica para la entidad ejecutora sino que se extiende al subcontratista de esta, lo que significa que en el caso en que la entidad estatal ejecutora subcontrate alguna actividad derivada del contrato interadministrativo, este subcontratista no podrá vincular o contratar personas que hayan participado en la elaboración de los estudios, diseños y proyectos que tengan relación directa con el objeto de dicho contrato interadministrativo.

Bajo estas consideraciones, es claro que el *contrato principal* al que hace referencia la norma es el contrato interadministrativo que celebran las entidades estatales, con base en el cual la entidad ejecutora podrá subcontratar algunas actividades derivadas de dicho contrato con las limitaciones que se expuso. En tal sentido, para efectos de la consulta, si en el contrato interadministrativo se contemplan la realización de determinadas actividades y la entidad estatal ejecutora deba subcontratar alguna de ellas, el contrato que se celebre entre esta entidad y el tercero para tales efectos es un subcontrato, pues aunque es independiente y autónomo del contrato interadministrativo su celebración se realiza con el fin de realizar parcialmente las obligaciones derivadas de este. Por consiguiente, a dicho subcontrato le aplica la prohibición de que trata el literal c del numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, por lo que este subcontratista no podrá vincular o contratar personas que hayan participado en la elaboración de los estudios, diseños y proyectos que tengan relación directa con el objeto de dicho contrato interadministrativo.

En armonía con lo anterior, y frente a la posibilidad de subcontratar ciertas actividades en el marco de los contratos interadministrativos, conviene destacar una disposición a la que se hizo referencia en el numeral 2.1. de este concepto, esto es, el inciso tercero del literal c), numeral 4,

DEPARTAMENTO
NACIONAL DE PLANEACIÓN

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente

Tel. [601] 7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



www.colombiacompra.gov.co



Compartido por:



del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 –modificado por la Ley 1474 de 2011– que establece que en los casos en que el régimen contractual de la entidad ejecutora no sea el EGCAP, la ejecución de dichos contratos estará sometida a dicho estatuto, 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.

3. Respuesta

«Es nuestro entendimiento que en el marco de un contrato interadministrativo para el Gerenciamiento de un Proyecto de Obra Pública de Infraestructura de Transporte [no incluido en pliegos tipo], el Contrato Principal a que hace referencia el artículo 2, numeral 4, literal c) de la Ley 1150 de 2007 es el Contrato de Obra Pública. El citado artículo dispone:

“En aquellos casos en que la entidad estatal ejecutora deba subcontratar algunas de las actividades derivadas del contrato principal, no podrá ni ella ni el subcontratista, contratar o vincular a las personas naturales o jurídicas que hayan participado en la elaboración de los estudios, diseños y proyectos que tengan relación directa con el objeto del contrato principal”.

En este sentido, a los subcontratos a que hace referencia son aquellos derivados del contrato de obra, y es a éstos a los que se aplicaría la prohibición de vinculación de las personas jurídicas y/o naturales que participaron en la elaboración de los estudios que tengan relación directa con el objeto principal, esto es, con el contrato de obra.

Teniendo en cuenta que la restricción que dispone la norma trata de “subcontratar” y no de “contratar”, el contrato de consultoría que suscribe el gerente del proyecto para realizar la interventoría del contrato de obra, al tratarse de una contratación y no de una subcontratación, por ser éste un contrato principal y autónomo al contrato de obra, como se indica en la guía para el ejercicio de las funciones de Supervisión e Interventoría de los contratos del Estado, de Colombia Compra Eficiente:

“El contrato de interventoría es principal y autónomo y aunque el objeto del mismo supone la existencia de otro contrato respecto del cual se va a ejercer la vigilancia, el mismo es independiente de este último y por lo tanto, su existencia no depende de la existencia del contrato vigilado”. Subrayas y negrilla fuera del texto original.

DEPARTAMENTO
NACIONAL DE PLANEACIÓN

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente

Tel. [601] 7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



www.colombiacompra.gov.co



Y considerando que las disposiciones que consagran prohibiciones, inhabilidades o restricciones son taxativas, de interpretación restrictiva y se rigen por el principio de tipicidad estricta, a la contratación de la interventoría del contrato de obra, no le es aplicable la prohibición respecto a la vinculación de las personas naturales o jurídicas que participaron en la elaboración de estudios relacionados directamente con el objeto principal. Agradecemos confirmar que nuestro entendimiento es correcto».

De las preguntas en concreto, se precisa que la Agencia Nacional de Contratación Pública tiene competencia para atender consultas relativas a temas contractuales, pero solo para absolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general. Por ello, resolver casos particulares o conceptuar sobre el alcance de normas ajenas a la contratación estatal 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 de la contratación estatal ni para interpretar el alcance de cualquier norma vigente en el ordenamiento jurídico.

A partir de lo anterior, de acuerdo con las consideraciones expuestas en este concepto se precisa que cuando el inciso cuarto del literal c del numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 se refiere al evento en que la entidad estatal ejecutora deba subcontratar algunas de las actividades derivadas del *contrato principal*, debe entenderse que este se trata del contrato interadministrativo del cual se deriva el subcontrato, que aunque es accesorio, independiente y autónomo de aquel, esto no desvirtúa su naturaleza de subcontrato. En tal sentido, en caso de que se realice la subcontratación en el marco del contrato principal, estos subcontratos se consideran derivados del contrato interadministrativo.

Frente a este punto, resulta de especial importancia el concepto de subcontratación explicado en las consideraciones de este concepto, entendido como la celebración de un contrato accesorio a otro principal entre un contratista del Estado y un tercero, en virtud del cual el subcontratista sustituye parcial y materialmente al primero, quien continúa siendo responsable ante la entidad contratante por el cumplimiento íntegro de las obligaciones derivadas del contrato adjudicado. De este modo, la subcontratación parte de la base de un contrato principal del cual se deriva y cuyo propósito es ejecutar parcialmente las actividades de dicho contrato. En otras palabras, si bien el subcontrato es un contrato independiente y autónomo, su celebración se encuentra atada a la prestación establecida en el contrato principal con el fin de realizar parte de





la actividades allí contempladas, es decir, subsiste para la ejecución de las actividades del contrato principal, pues de lo contrario no se trataría de una subcontratación sino de un contrato diferente.

En este contexto, para efectos de la aplicación de la restricción señalada en el inciso cuarto del literal c del numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, se deberá tener en cuenta que el contrato principal es el contrato interadministrativo, del cual se desprenden los subcontratos que eventualmente realice la entidad estatal ejecutora para desarrollar algunas actividades derivadas de este. Esta conclusión se desprende de la misma redacción del literal c *ibidem* en la medida en que este regula el contrato interadministrativo, de manera que cuando la norma se refiere al contrato principal, sin duda alguna alude al contrato interadministrativo pues solo de este se pueden derivar las actividades a cargo de la entidad ejecutora.

De acuerdo con lo anterior, es importante destacar dos aspectos de la prohibición establecida en el inciso cuarto del literal c del numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007. *En primer lugar*, como se indicó, el contrato principal al que hace referencia la norma es el contrato interadministrativo celebrado entre las entidades estatales, por lo que la prohibición aplica en relación con los subcontratos que se celebren en el marco del contrato interadministrativo. Y *en segundo lugar*, la prohibición se dirige a la entidad estatal ejecutora y al subcontratista, de manera que la restricción allí contemplada, no solo aplica para la entidad ejecutora sino que se extiende al subcontratista de esta, lo que significa que en el caso en que la entidad estatal ejecutora subcontrate alguna actividad derivada del contrato interadministrativo, este subcontratista no podrá vincular o contratar personas que hayan participado en la elaboración de los estudios, diseños y proyectos que tengan relación directa con el objeto de dicho contrato interadministrativo.

Bajo estas consideraciones, es claro que el *contrato principal* al que hace referencia la norma es el contrato interadministrativo que celebran las entidades estatales, con base en el cual la entidad ejecutora podrá subcontratar algunas actividades derivadas de dicho contrato con las limitaciones que se expuso. En tal sentido, para efectos de la consulta, si en el contrato interadministrativo se contemplan la realización de determinadas actividades y la entidad estatal ejecutora debe subcontratar alguna de ellas, el contrato que se celebre entre esta entidad y el tercero para tales efectos es un subcontrato, pues aunque es independiente y autónomo del contrato interadministrativo su celebración se realiza con el fin de realizar parcialmente las obligaciones derivadas de este. Por consiguiente, a dicho subcontrato le aplica la prohibición de que trata el literal c del numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, por lo que este subcontratista no podrá vincular o contratar personas que hayan participado en la elaboración de





los estudios, diseños y proyectos que tengan relación directa con el objeto de dicho contrato interadministrativo.

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Atentamente,

Original Firmado
Nohelia del Carmen Zawady Palacio

Nohelia del Carmen Zawady Palacio
Subdirectora de Gestión Contractual ANCP-CCE

Elaboró: Tatiana Baquero Iguarán
Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual
Revisó: Alejandro Sarmiento Cantillo
Gestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual
Aprobó: Nohelia del Carmen Zawady Palacio
Subdirectora de Gestión Contractual

