**CONTRATO INTERADMINISTRATIVO – Concepto – Régimen – Criterio orgánico**

La tipología de convenio interadministrativo fue creada en la Ley 80 de 1993, y aunque 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 estatales.

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.

**CONTRATO INTERADMINISTRATIVO – Excepciones – Empresas Industriales y Comerciales del Estado**

Sin embargo, por la relevancia que tiene esta idea para resolver la consulta objeto de análisis, conviene señalar que la excepción contenida en la norma mencionada determina de manera explícita los sujetos a los cuales les es aplicable la restricción contenida en dicho artículo, que incluye la celebración de contratos o convenios interadministrativos cuando se trate de un contrato de obra. Esta disposición exceptuó celebrar de manera directa contratos o convenios interadministrativos cuando se trate de un contrato de obra cuyo sujeto ejecutor sea una institución de educación superior pública o una sociedad de economía mixta con participación mayoritaria del Estado, o una persona jurídica sin ánimo de lucro conformada por la asociación de entidades públicas, o una federación de entidades territoriales. No obstante, el artículo 92 de la Ley 1474 de 2011 dispuso que «[…] 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», permitiendo que estos contratos en el marco de procedimientos de selección que garanticen la pluralidad de oferentes.

De lo anterior se desprende que la ley no previó que esta excepción sea aplicable a las empresas industriales y comerciales del Estado, por lo cual, al no existir prohibición explícita para la celebración de contratos o convenios interadministrativos con empresas industriales y comerciales del Estado cuando se trate de un contrato de obra, es posible afirmar que se aplica la regla general, y por ende, pueden celebrar contratos o convenios interadministrativos con dicho objeto de manera directa. Lo anterior siempre que del análisis jurídico, técnico y financiero se derive la viabilidad de suscribir dichos convenios, así como que el objeto de la entidad, señalado en la ley o en sus reglamentos, permita el cumplimiento de las obligaciones del contrato.

**ADMINISTRACIÓN DELEGADA** **– Noción – Definición – Mandato – Administración y pago**

En este mismo contexto, la Sección cuarta del Consejo de Estado precisó que la administración delegada reviste de la misma esencia de la relación contractual propia del mandato, en el entendido de que el contratista representa, administra y gestiona el contrato. Por ello, el contratista recibe como valor del contrato los recursos de inversión o entregados en administración y los honorarios, imponiéndosele, en virtud del principio de transparencia, el deber de identificar con claridad cada uno de estos valores y de rendirle cuentas a la entidad contratante, como a los órganos de control, si estos lo solicitan. […] Además del contrato de mandato, la administración delegada puede concebirse como una forma de pago de contratos como el de obra pública o de interventoría. En efecto, dentro de la forma de pactar la metodología de ejecución y el precio de los contratos estatales de obra pública, las partes pueden emplear distintos sistemas, como, por ejemplo, i) el «precio global» –en el que se paga «a mano alzada» el objeto del contrato–; ii) los «precios unitarios» –en los cuales se suelen detallar los costos directos, diferenciándolos de los costos indirectos de administración (A), imprevistos (I) y utilidades (U)–, o iii) la «administración delegada», que consiste en la modalidad en virtud de la cual el contratista recibe unos recursos destinados a cubrir los costos de un determinado proyecto –siendo lo más común que se aplique en la ejecución de obras públicas– (recursos de inversión o entregados en administración), por cuya labor obtendrá, a título de pago, unos honorarios por la administración.

**CONTRATOS ESTATALES – Deber de vigilancia y control**

[…] los artículos 4, 5, 12, 14 y 26 de la Ley 80 de 1993 consagran normas relacionadas con el control y vigilancia de la ejecución de los contratos estatales. Estas disposiciones establecen, entre otros aspectos, la obligación de las entidades estatales de velar por el correcto y oportuno cumplimiento de las prestaciones del contrato, las especificaciones de los bienes, obras y servicios objeto del mismo, las condiciones de calidad ofrecidas, etc. Esta obligación se predica, en principio, del jefe o representante legal de la entidad, por tener la responsabilidad de la dirección y manejo de la actividad contractual, pero también de los servidores públicos que intervienen en ella. En ese sentido, las entidades estatales deben ejercer el control de la ejecución del contrato y, de ser el caso, tomar medidas para exigir el adecuado cumplimiento.

**INTERVENTORÍA – Características**

[…] de las disposiciones contenidas en la Ley 1474 de 2011 se infieren las siguientes características, en relación con la interventoría: i) será un mecanismo de vigilancia contingente en la medida que solo es obligatorio para el seguimiento de los contratos de obra adjudicados por licitación pública –art. 32, numeral 1; en los demás casos se requerirá cuando «el seguimiento del contrato suponga conocimiento especializado en la materia, o cuando la complejidad o la extensión del mismo lo justifiquen» –art. 83, Ley 1474 de 2011–. ii) Este mecanismo de vigilancia exige, en su ejecución, la utilización de conocimientos especializados. iii) Por lo anterior, la entidad contrata un experto a través de un concurso de méritos, al tratarse la interventoría de una especie del contrato de consultoría –art. 32, numeral 2, inciso 2, Ley 80 de 1993 –, de manera que la interventoría es realizada por una «persona natural o jurídica contratada para tal fin por la Entidad Estatal» –art. 83, Ley 1474–. iv) Le es inherente el seguimiento técnico, frente a la vigilancia de la correcta ejecución del contrato vigilado; sin embargo, el artículo 83 de la Ley 1474 de 2011 permite que en el contrato de interventoría también se pacten obligaciones para que el contratista realice el seguimiento administrativo, financiero, contable o jurídico. v) En caso de que no se encomiende al interventor el seguimiento total del contrato, en el contrato de interventoría «se deberán indicar las actividades técnicas a cargo del interventor y las demás quedarán a cargo de la Entidad a través del supervisor» –art. 83, inciso 3–. vi) El contrato de interventoría será supervisado directamente por la entidad –art. 83, inciso 4–.

**ADMINISTRACIÓN DELEGADA – Interventoría – Obra – Administración y pago – Mandato**

De acuerdo con lo anterior, el interventor es un contratista externo a la entidad estatal y al contratista vigilado, de manera que es seleccionado por la entidad estatal mediante los procedimientos de selección establecidos en el EGCAP. En todo caso, si la entidad estatal requiere contratar con otra entidad pública, podrá celebrar un convenio o contrato interadministrativo en el que se puede incluir la administración delegada, bien como forma de mandato o como modalidad de administración de los recursos de inversión de la obra o interventoría y de pago de los honorarios.

De esta manera, aunque en abstracto es posible celebrar contratos interadministrativos para ejecutar una obra o realizar una interventoría a través de la metodología de administración delegada siempre que no recaigan sobre el mismo objeto, es necesario tener en cuenta que el interventor es un contratista externo a la entidad estatal y al contratista vigilado, por lo que dicha autonomía debe garantizarse. Por tanto, tratándose de la administración delegada como modalidad de administración de los recursos de inversión, no es posible la ejecución e interventoría de una misma obra pública, en la medida que dicha figura no garantiza la autonomía del interventor frente al contratista vigilado y compromete su independencia.

Bogotá D.C., **27/11/2020 18:07:05s**

**N° Radicado: 2202013000011786**

Señor

**Mauricio Eduardo González Moncada**

Ciudad

 **Concepto C ‒ 691 de 2020**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | CONTRATO INTERADMINISTRATIVO – Concepto – Régimen – Criterio orgánico / CONTRATO INTERADMINISTRATIVO – Excepciones – Empresas Industriales y Comerciales del Estado / ADMINISTRACIÓN DELEGADA – Noción – Definición – Mandato – Administración y pago / CONTRATOS ESTATALES – Deber de vigilancia y control / INTERVENTORÍA – Características / ADMINISTRACIÓN DELEGADA – Interventoría – Obra – Administración y pago – Mandato |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta # 4202013000009408  |

Estimado señor Mesa:

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 su consulta del 16 de octubre del 2020.

1. **Problema planteado**

Usted realiza las siguientes preguntas: i) «¿Se puede suscribir un contrato interadministrativo de administración delegada para la construcción de una obra pública, basados en lo establecido en el literal C) numeral 4 del artículo 2 de la ley 1150 de 2007?» y ii) «¿Un contrato interadministrativo de Administración Delegada de Recursos suscrito con una empresa Industrial y Comercial del Estado, puede tener como objeto la ejecución y la interventoría de una misma obra pública?».

1. **Consideraciones**

Para resolver su consulta, se analizarán los siguientes temas: i) concepto de contrato interadministrativo y régimen jurídico aplicable, ii) modalidad de administración delegada de recursos, iii) obligación de controlar y vigilar la correcta ejecución de los contratos estatales y iv) supervisión e interventoría en los contratos estatales. Para lo anterior, respecto de administración delegada, se expondrá la tesis contenida en el concepto C-593 del 09/10/2020; y respecto de la obligación de controlar y vigilar se expone la tesis de los conceptos 4201912000006011 del 17/10/2019, C-134 del 30/03/2020, C-192 del 15/04/2020 y C-414 del 30/06/2020.

**2.1. Contratos interadministrativos. Concepto y régimen jurídico aplicable**

Los procedimientos contractuales mediante los cuales las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública ejecutan recursos públicos y satisfacen el interés general se rigen por la normativa de contratación pública –Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007, Decreto 1082 de 2015 y disposiciones concordantes–, que contiene los principios, reglas y procedimientos que rigen los contratos de las entidades estatales. En concreto, el Estatuto General de Contratación de la Contratación Pública se aplica a las entidades estatales relacionadas en el artículo 2[[1]](#footnote-1), con lo cual se determina quiénes deben cumplir los principios y obligaciones señalados en las normas citadas.

Los procedimientos de contratación se estructuran a partir de las modalidades de selección, y al revisar las normas citadas se observa que contienen los procedimientos para adelantarlas y las reglas de cada modalidad: licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos, contratación directa y mínima cuantía[[2]](#footnote-2). La exposición de motivos de la Ley 1150 de 2007 explica las razones por las cuales se establecieron las modalidades de selección: «A ese respecto es claro que las experiencias exitosas a nivel internacional demuestran que el criterio de distinción que debe gobernar un esquema contractual eficiente, es el de modular las modalidades de selección en razón a las características del objeto».

La tipología de convenio interadministrativo fue creada en la Ley 80 de 1993, y aunque 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 estatales[[3]](#footnote-3).

 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.

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. En efecto, una entidad estatal de Ley 80 de 1993 bien puede celebrar esta clase de convenios con una entidad estatal de régimen especial y no por ello dejará de ser un contrato o convenio interadministrativo, caso en el cual su ejecución estará sometida a la Ley 80 de 1993, si la entidad sometida al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública actúa en calidad de contratante.

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 oferentes[[4]](#footnote-4). 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 suscrito por una entidad sometida al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública exista, debe cumplir con los siguientes elementos: contener un acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y que conste por escrito[[5]](#footnote-5). En consecuencia, 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 explicó, mediante la Sentencia C–671 de 2015 ̶ en control automático de constitucionalidad del Decreto Legislativo 1773 de 2015, «Por el cual se autoriza la celebración de convenios administrativos para la ejecución de recursos públicos por parte de algunas entidades territoriales» ̶ sobre la naturaleza de los convenios interadministrativos, 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 citadas, no cabe una interpretación diferente[[6]](#footnote-6), pues, de acuerdo con lo anotado, esta clase de acuerdos de voluntades se definen por un criterio orgánico, por lo que uno de sus elementos esenciales es que en los extremos de la relación jurídico negocial concurran personas de derecho público. 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 contractuales[[7]](#footnote-7).

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 a esta regla, la cual está condicionada a que ciertas tipologías contractuales sean ejecutadas por las entidades estatales previstas, pues el artículo 2, numeral 4, literal c), inciso 2, de la mencionada ley –modificado por el artículo 92 de la Ley 1474 de 2011– señala que 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», no pueden celebrar contratos interadministrativos de manera directa.

Sin embargo, por la relevancia que tiene esta idea para resolver la consulta objeto de análisis, conviene señalar que la excepción contenida en la norma mencionada determina de manera explícita los sujetos a los cuales les es aplicable la restricción contenida en dicho artículo, que incluye la celebración de contratos o convenios interadministrativos cuando se trate de un contrato de obra. Esta disposición exceptuó celebrar de manera directa contratos o convenios interadministrativos cuando se trate de un contrato de obra cuyo sujeto ejecutor sea una institución de educación superior pública o una sociedad de economía mixta con participación mayoritaria del Estado, o una persona jurídica sin ánimo de lucro conformada por la asociación de entidades públicas, o una federación de entidades territoriales. No obstante, el artículo 92 de la Ley 1474 de 2011 dispuso que «[…] 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», permitiendo que estos contratos en el marco de procedimientos de selección que garanticen la pluralidad de oferentes.

De lo anterior se desprende que la ley no previó que esta excepción sea aplicable a las empresas industriales y comerciales del Estado, por lo cual, al no existir prohibición explícita para la celebración de contratos o convenios interadministrativos con empresas industriales y comerciales del Estado cuando se trate de un contrato de obra, es posible afirmar que se aplica la regla general, y por ende, pueden celebrar contratos o convenios interadministrativos con dicho objeto de manera directa. Lo anterior siempre que del análisis jurídico, técnico y financiero se derive la viabilidad de suscribir dichos convenios, así como que el objeto de la entidad, señalado en la ley o en sus reglamentos, permita el cumplimiento de las obligaciones del contrato.

Así las cosas, la Ley no limitó la celebración de contratos interadministrativos a la modalidad de selección de contratación directa, pues sólo estableció, excepcionalmente, su celebración de manera directa, cuando dos o más entidades del Estado, con el fin de materializar funciones administrativas de interés común para ambas partes, celebran un negocio jurídico.

Como se explicó, la celebración de contratos interadministrativos es una causal de contratación directa que obedece, antes que nada, a la naturaleza de las partes, por lo que en principio, no interesa el objeto del contrato, pudiendo ser de obra pública, de consultoría, de suministro, de prestación de servicios, de arrendamiento, etc. Se dice que, en principio no es relevante el objeto del contrato, porque el artículo 2º, numeral 4º, literal c), en su segundo inciso –transcrito en el acápite anterior–, establece una excepción a dicha regla, al prohibir que determinados contratos interadministrativos se celebren con ciertas entidades, si no se ha adelantado antes el correspondiente proceso de licitación pública o selección abreviada. Estos objetos, se recuerda, son «los contratos de obra, suministro, prestación de servicios de evaluación de conformidad respecto de las normas o reglamentos técnicos, encargos fiduciarios y fiducia pública».

**2.2. Contratos de administración delegada de recursos**

Debe señalarse que dentro de los contratos estatales se encuentra, como modalidad, la «administración delegada», que, de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, se ha entendido, por lo menos, de dos maneras: i) como un mandato, es decir, como un negocio jurídico mediante el cual el contratista actúa en nombre y representación de la entidad contratante, y en contraprestación, la parte contratante delegante paga el costo real del objeto del contrato, adicionando un porcentaje por concepto de administración y utilidad del contratista; o ii) como una modalidad de administración y pago, no necesariamente asociada al mandato. Al respecto, el Consejo de Estado se refirió a la administración delegada en el contrato de obra pública así:

El contrato de obra pública por administración delegada no constituye una figura nueva en el derecho colombiano como que de él ya se ocupaba tanto el artículo 85 del decreto 150 de 1976, como los artículos 90 a 100 del decreto 222 de 1983. Este negocio jurídico es entendido como aquel en el que el contratista, por cuenta y riesgo de la entidad pública contratante se encarga de la ejecución del objeto convenido, o lo que es igual, bajo este sistema el contratista actúa a nombre y por cuenta del contratante delegante.

Bajo este sistema la administración paga el costo real de la obra, más determinado porcentaje como retribución al contratista por concepto de honorarios de administración (en los que se incluyen costos de personal, oficinas, vehículos, desplazamientos etc.) y la utilidad[[8]](#footnote-8).

En este mismo contexto, la Sección cuarta del Consejo de Estado precisó que la administración delegada reviste de la misma esencia de la relación contractual propia del mandato, en el entendido de que el contratista representa, administra y gestiona el contrato. Por ello, el contratista recibe como valor del contrato los recursos de inversión o entregados en administración y los honorarios, imponiéndosele, en virtud del principio de transparencia, el deber de identificar con claridad cada uno de estos valores y de rendirle cuentas a la entidad contratante, como a los órganos de control, si estos lo solicitan. Así lo ha señalado la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado:

Según la jurisprudencia del Consejo de Estado (sección tercera, sentencias de 12 de septiembre de 1994 y 23 de marzo de 1995), el sistema de administración delegada se realiza ‘por cuenta y riesgo del contratante’, por lo cual coloca al contratista en la posición de un representante que no contrae obligaciones a nombre propio sino del contratante, salvo en tratándose de subcontratos, o sea cuando el contratista encomienda la ejecución de parte del objeto del contrato a un tercero, pues en este evento el subcontratista se vincula en forma directa e independiente con el contratista.

Se comprende entonces que corresponda a la entidad contratante suministrar los fondos necesarios para el cumplimiento de las funciones u obligaciones del contratista; fondos que el administrador delegado manejará bajo su propia responsabilidad, con la obligación de rendir cuentas a la entidad respectiva y a la Contraloría General de la República. Adicionalmente, también se podrán suministrar al contratista equipos y elementos de propiedad de la entidad contratante[[9]](#footnote-9).

Así pues, se podrá pactar dentro de un contrato –incluidos los contratos o convenios interadministrativos– la administración delegada, modalidad de ejecución y pago en la cual se definen los recursos de inversión del proyecto, más los valores –que pueden ser en porcentaje o precios fijos– de los honorarios del contratista, los cuales en todo caso deben ser razonables y proporcionales en relación con el presupuesto del objeto del contrato[[10]](#footnote-10).

Además del contrato de mandato, la administración delegada puede concebirse como una forma de pago de contratos como el de obra pública o de interventoría. En efecto, dentro de la forma de pactar la metodología de ejecución y el precio de los contratos estatales de obra pública, las partes pueden emplear distintos sistemas, como, por ejemplo, i) el «precio global» –en el que se paga «a mano alzada» el objeto del contrato–; ii) los «precios unitarios» –en los cuales se suelen detallar los costos directos, diferenciándolos de los costos indirectos de administración (A), imprevistos (I) y utilidades (U)–, o iii) la «administración delegada», que consiste en la modalidad en virtud de la cual el contratista recibe unos recursos destinados a cubrir los costos de un determinado proyecto –siendo lo más común que se aplique en la ejecución de obras públicas– (recursos de inversión o entregados en administración), por cuya labor obtendrá, a título de pago, unos honorarios por la administración[[11]](#footnote-11).

En consecuencia, el principio de autonomía de la voluntad de las partes, reconocido en los artículos 13, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993, así como en el artículo 1.602 del Código Civil, permiten también que las entidades estatales celebren contratos distintos al mandato –de obra, de consultoría, de suministro, etc.–, en los que se pacte la administración delegada de los recursos, como forma de administración y pago.

En suma, de acuerdo con lo expuesto, si la entidad estatal requiere contratar con otra entidad pública, podrá celebrar un convenio o contrato interadministrativo, en el que se puede incluir la administración delegada, bien como forma de mandato o como modalidad de administración de los recursos de inversión de la obra o interventoría y de pago de los honorarios. En todo caso, para la celebración de los convenios y/o contratos interadministrativos es indispensable que la entidad ejecutora cuente con un objeto que, de acuerdo con la ley o el reglamento, sea idóneo para la ejecución de la actividad contratada.

**2.3.** **La obligación de controlar y vigilar la correcta ejecución de los contratos estatales**

El Estado acude a la contratación de bienes, obras y servicios para cumplir los fines que le impone el ordenamiento jurídico, la continuidad y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados y de quienes colaboran en la consecución de dichos fines, entre otros[[12]](#footnote-12). Para la garantía de los fines de interés general involucrados en la contratación de las entidades estatales, el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –en adelante EGCAP– establece que, en la etapa de ejecución del contrato, las entidades estatales y los servidores públicos que participan en ella tienen la obligación de controlar y vigilar la correcta ejecución del objeto contratado, para efectos de que las finalidades perseguidas con la celebración de los negocios jurídicos se logren de manera satisfactoria.

Por esto, el estatuto contractual alude a la obligación mencionada, que guarda relación con el principio de responsabilidad que rige la celebración y ejecución de los contratos estatales. Así, por ejemplo, los artículos 4, 5, 12, 14 y 26 de la Ley 80 de 1993 consagran normas relacionadas con el control y vigilancia de la ejecución de los contratos estatales. Estas disposiciones establecen, entre otros aspectos, la obligación de las entidades estatales de velar por el correcto y oportuno cumplimiento de las prestaciones del contrato, las especificaciones de los bienes, obras y servicios objeto del mismo, las condiciones de calidad ofrecidas, etc. Esta obligación se predica, en principio, del jefe o representante legal de la entidad, por tener la responsabilidad de la dirección y manejo de la actividad contractual, pero también de los servidores públicos que intervienen en ella. En ese sentido, las entidades estatales deben ejercer el control de la ejecución del contrato y, de ser el caso, tomar medidas para exigir el adecuado cumplimiento.

Las Leyes 1150 de 2007 y 1474 de 2011 complementan el régimen jurídico de la obligación de vigilar la correcta ejecución de los contratos estatales. Allí se impone el debido proceso como principio rector en materia sancionatoria contractual, entre otros, para la imposición de multas y la decisión de hacer efectiva la cláusula penal; principio que se debe respetar en el ejercicio del control y vigilancia de la ejecución contractual[[13]](#footnote-13). También se establecen los límites de la responsabilidad del representante legal ante la delegación de sus funciones en materia contractual[[14]](#footnote-14) y se regula la supervisión y la interventoría de los contratos estatales[[15]](#footnote-15). La jurisprudencia contencioso-administrativa, por su parte, ha considerado que la obligación de vigilar la correcta ejecución del objeto contractual es una función de la entidad contratante, en los siguientes términos:

La función de vigilancia y control del contrato estatal supone el cuidado y la supervisión, de forma tal que en ejercicio de esa función, quien administra la adecuada y oportuna ejecución del contrato no sólo debe velar por que las partes den cumplimiento a las obligaciones contractuales, sino que el contrato se ejecute en el tiempo y la forma convenidos, para de esta forma garantizar la satisfacción de las necesidades que la administración buscaba alcanzar con la celebración del respectivo contrato”[[16]](#footnote-16).

En este punto, se reitera lo expuesto en el concepto emitido por esta Agencia con el radicado 4201913000008240, del 20 de diciembre de 2019, esto es, que «el seguimiento de la ejecución del contrato para su dirección, control y vigilancia del correcto cumplimiento del objeto es un deber legal que permite a las entidades estatales tomar medidas orientadas a la satisfacción de los fines de la contratación, dentro de las cuales, se encuentra la posibilidad de pactar y ejercer las cláusulas exorbitantes, la designación de una supervisión o la contratación de una interventoría para vigilar la ejecución del contrato y la facultad de pactar e imponer multas, cláusula penal o hacer efectivas las garantías del contrato, previa declaratoria de incumplimiento de las obligaciones del contrato, en aras de lograr la satisfacción de las necesidades de bienes, obras o servicios que se pretenden suplir con la celebración de los contratos estatales».

**2.4.** **La supervisión e interventoría en los contratos estatales**

La Ley 1474 de 2011 enmarcó el seguimiento, control y vigilancia de la ejecución del contrato estatal dentro del principio de moralidad administrativa. El artículo 83 *ibidem* establece que «con el fin de proteger la moralidad administrativa, de prevenir la ocurrencia de actos de corrupción y de tutelar la transparencia de la actividad contractual, las entidades públicas están obligadas a vigilar permanentemente la correcta ejecución del objeto contratado a través de un supervisor o un interventor, según corresponda». El legislador además definió las nociones de *supervisión* e *interventoría*, como mecanismos que pueden usar las entidades estatales para vigilar el contrato, en estos términos:

La supervisión consistirá en el seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable, y jurídico que sobre el cumplimiento del objeto del contrato, es ejercida por la misma entidad estatal cuando no requieren conocimientos especializados. Para la supervisión, la Entidad estatal podrá contratar personal de apoyo, a través de los contratos de prestación de servicios que sean requeridos.

La interventoría consistirá en el seguimiento técnico que sobre el cumplimiento del contrato realice una persona natural o jurídica contratada para tal fin por la Entidad Estatal, cuando el seguimiento del contrato suponga conocimiento especializado en la materia, o cuando la complejidad o la extensión del mismo lo justifiquen. No obstante, lo anterior cuando la entidad lo encuentre justificado y acorde a la naturaleza del contrato principal, podrá contratar el seguimiento administrativo, técnico, financiero, contable, jurídico del objeto o contrato dentro de la interventoría.

Según lo expresado por esta entidad[[17]](#footnote-17), de las disposiciones contenidas en la Ley 1474 de 2011 se infieren las siguientes características, en relación con la interventoría: i) será un mecanismo de vigilancia contingente en la medida que solo es obligatorio para el seguimiento de los contratos de obra adjudicados por licitación pública –art. 32, numeral 1; en los demás casos se requerirá cuando «el seguimiento del contrato suponga conocimiento especializado en la materia, o cuando la complejidad o la extensión del mismo lo justifiquen» –art. 83, Ley 1474 de 2011–. ii) Este mecanismo de vigilancia exige, en su ejecución, la utilización de conocimientos especializados. iii) Por lo anterior, la entidad contrata un experto a través de un concurso de méritos, al tratarse la interventoría de una especie del contrato de consultoría –art. 32, numeral 2, inciso 2, Ley 80 de 1993[[18]](#footnote-18)–, de manera que la interventoría es realizada por una «persona natural o jurídica contratada para tal fin por la Entidad Estatal» –art. 83, Ley 1474–. iv) Le es inherente el seguimiento técnico, frente a la vigilancia de la correcta ejecución del contrato vigilado; sin embargo, el artículo 83 de la Ley 1474 de 2011 permite que en el contrato de interventoría también se pacten obligaciones para que el contratista realice el seguimiento administrativo, financiero, contable o jurídico. v) En caso de que no se encomiende al interventor el seguimiento total del contrato, en el contrato de interventoría «se deberán indicar las actividades técnicas a cargo del interventor y las demás quedarán a cargo de la Entidad a través del supervisor» –art. 83, inciso 3–. vi) El contrato de interventoría será supervisado directamente por la entidad –art. 83, inciso 4–.

De acuerdo con lo anterior, el interventor es un contratista externo a la entidad estatal y al contratista vigilado, de manera que es seleccionado por la entidad estatal mediante los procedimientos de selección establecidos en el EGCAP. En todo caso, si la entidad estatal requiere contratar con otra entidad pública, podrá celebrar un convenio o contrato interadministrativo en el que se puede incluir la administración delegada, bien como forma de mandato o como modalidad de administración de los recursos de inversión de la obra o interventoría y de pago de los honorarios.

De esta manera, aunque en abstracto es posible celebrar contratos interadministrativos para ejecutar una obra o realizar una interventoría a través de la metodología de administración delegada siempre que no recaigan sobre el mismo objeto, es necesario tener en cuenta que el interventor es un contratista externo a la entidad estatal y al contratista vigilado, por lo que dicha autonomía debe garantizarse. Por tanto, tratándose de la administración delegada como modalidad de administración de los recursos de inversión, no es posible la ejecución e interventoría de una misma obra pública, en la medida que dicha figura no garantiza la autonomía del interventor frente al contratista vigilado y compromete su independencia.

En los casos de administración delegada como forma de mandato es posible, dependiendo de la viabilidad jurídica, técnica y financiera en cada caso concreto, la ejecución e interventoría de una misma obra pública, pues allí la entidad contratista actúa en representación de otra y por ende no funge como ejecutora de la obra y como interventora al mismo tiempo, toda vez que contrata en nombre del delegante. Sin embargo, so pena de la responsabilidad a que haya lugar, esta modalidad no podrá tener como objetivo eludir los procedimientos de selección del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, especialmente, el régimen del concurso de méritos, para acogerse a los de las entidades del régimen exceptuado, por lo cual debe aclararse que podrá acudir a esta siempre que respete el principio de legalidad y los principios de la función administrativa.

**3. Respuestas**

i) «¿Se puede suscribir un contrato interadministrativo de administración delegada para la construcción de una obra pública, basados en lo establecido en el literal C) numeral 4 del artículo 2 de la ley 1150 de 2007?».

Según se explicó en las consideraciones de este concepto, el contrato interadministrativo en el régimen jurídico vigente de la contratación estatal se define a partir de un criterio eminentemente subjetivo u orgánico, es decir, que un contrato se califica como interadministrativo cuando se celebra por parte de dos o más entidades estatales –o sea, por parte de órganos que tienen una naturaleza jurídica pública–, con prescindencia de las normas que regulen la relación contractual.

El artículo 2 de la Ley 1474 de 2011 permite la celebración de estos contratos de manera directa siempre que las obligaciones derivadas del mismo tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora. Sin embargo, la norma también dispone que los contratos de obra podrán ejecutarse por instituciones de educación superior públicas, sociedades de economía mixta con participación mayoritaria del Estado, personas jurídicas sin ánimo de lucro conformadas por la asociación de entidades públicas o por federaciones de entidades territoriales, siempre que alguna de estas participe en los procedimientos de selección con pluralidad de oferentes regulados en el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 y obtenga la adjudicación del contrato.

Adicionalmente, conforme al principio de autonomía de la voluntad del artículo 1602 del Código Civil, las entidades podrán incluir la administración delegada, bien como forma de mandato o como modalidad de administración de los recursos de inversión de la obra o interventoría y de pago de los honorarios. Lo anterior, teniendo en cuenta la remisión de los 13, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993 a las normas de derecho privado.

Por tanto, es posible suscribir un contrato interadministrativo de administración delegada para la construcción de una obra pública. En todo caso, para la celebración es indispensable que la entidad ejecutora cuente con un objeto que, de acuerdo con la ley o el reglamento, sea idóneo para la ejecución de la actividad contratada.

ii) «¿Un contrato interadministrativo de Administración Delegada de Recursos suscrito con una empresa Industrial y Comercial del Estado, puede tener como objeto la ejecución y la interventoría de una misma obra pública?».

Aunque en abstracto es posible celebrar contratos interadministrativos para ejecutar una obra o realizar una interventoría a través de la metodología de administración delegada siempre que no recaigan sobre el mismo objeto, es necesario tener en cuenta que el interventor es un contratista externo a la entidad estatal y al contratista vigilado, por lo que dicha autonomía garantizarse. Por tanto, tratándose de la administración delegada como modalidad de administración de los recursos de inversión, no es posible la ejecución e interventoría de una misma obra pública, en la medida que dicha figura no garantiza la autonomía del interventor frente al contratista vigilado y compromete su independencia.

En los casos de administración delegada como forma de mandato es posible, dependiendo de la viabilidad jurídica, técnica y financiera en cada caso concreto, la ejecución e interventoría de una misma obra pública, pues allí la entidad contratista actúa en representación de otra y por ende no funge como ejecutora de la obra y como interventora al mismo tiempo, toda vez que contrata en nombre del delegante. Sin embargo, so pena de la responsabilidad a haya lugar, esta modalidad no podrá tener como objetivo eludir los procedimientos de selección del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, especialmente, el régimen del concurso de méritos, para acogerse a los de las entidades del régimen exceptuado, por lo cual debe aclararse que podrá acudir a esta siempre que respete el principio de legalidad y los principios de la función administrativa.

Finalmente, debe aclararse que la viabilidad jurídica, técnica y financiera de la suscripción del contrato en comento deberá analizarse en cada caso concreto, en atención al marco de competencias de las entidades públicas participantes y a los estudios previos que determinen la oportunidad y conveniencia del negocio. Lo anterior, por cuanto esta Subdirección solo cuenta con competencia para resolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general, y no le corresponde conceptuar sobre la posibilidad de celebrar una modalidad de contrato en un caso específico.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Nathalia Urrego JiménezContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Juan David MontoyaGestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual  |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado NavarroSubdirector de Gestión Contractual ANCP - CCE |

1. Ley 80 de 1993: «Artículo 2. De la definición de entidades, servidores y servicios públicos. Para los solos efectos de esta ley:

»1. Se denominan entidades estatales:

»a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.

»b) El Senado de la República, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, distritales y municipales, la Procuraduría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil, los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, las unidades administrativas especiales y, en general, los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos». [↑](#footnote-ref-1)
2. Ley 1150 de 2007: «Artículo 2. De las modalidades de selección. La escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa [...]». [↑](#footnote-ref-2)
3. Decreto 1082 de 2015: «Artículo 2.2.1.2.1.4.4. Convenios o contratos interadministrativos. La modalidad de selección para la contratación entre Entidades Estatales es la contratación directa; y en consecuencia, le es aplicable lo establecido en el artículo 2.2.1.2.1.4.1 del presente decreto.

»Cuando la totalidad del presupuesto de una Entidad Estatal hace parte del presupuesto de otra con ocasión de un convenio o contrato interadministrativo, el monto del presupuesto de la primera deberá deducirse del presupuesto de la segunda para determinar la capacidad contractual de las Entidades Estatales». [↑](#footnote-ref-3)
4. Ley 1150 de 2007: «Artículo 2, numeral 4, literal c. […] Se exceptúan los contratos de obra, suministro, prestación de servicios de evaluación de conformidad respecto de las normas o reglamentos técnicos, encargos fiduciarios y fiducia pública cuando las instituciones de educación superior públicas o las Sociedades de Economía Mixta con participación mayoritaria del Estado, o las personas jurídicas sin ánimo de lucro conformadas por la asociación de entidades públicas, o las federaciones de entidades territoriales sean las ejecutoras. Estos contratos podrán ser ejecutados por las mismas, siempre que participen en procesos de licitación pública o contratación abreviada de acuerdo con lo dispuesto por los numerales 1 y 2 del presente artículo». [↑](#footnote-ref-4)
5. 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.

[…]». [↑](#footnote-ref-5)
6. Código Civil: «Artículo 27. Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor a pretexto de consultar su espíritu». [↑](#footnote-ref-6)
7. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 23 de junio de 2010. Radicación No. 66001-23-31-000-1998-00261-01(17.860). Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez. [↑](#footnote-ref-7)
8. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 06 de junio de 2007. Radicación No. 25000-23-26-000-1996-02482-01(17.253). Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio. [↑](#footnote-ref-8)
9. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de 7 febrero de 1997, Rad. 934, C. P. Javier Henao Hidrón.

 [↑](#footnote-ref-9)
10. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 06 de junio de 2007. Radicación No. 25000-23-26-000-1996-02482-01(17.253). Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio. [↑](#footnote-ref-10)
11. Así lo ha considerado también la doctrina: «La administración delegada es una modalidad de pago poco usada en la actualidad, pero, al fin y al cabo, empleada ocasionalmente. En ella el contratista se compromete a ejecutar un trabajo, pero con los recursos económicos, materiales y/o la maquinaria del Estado. Desde este punto de vista se diferencia sustancialmente del precio global y del unitario, donde lo normal es que el contratista pone estos recursos para ejecutar el trabajo.

»[…]

»Los aspectos claves de este negocio, en función del precio, tienen que ver con el hecho de que la entidad estatal asume la obligación de poner el dinero para que el contratista compre los materiales, pague el arriendo de la maquinaria, del personal de trabajo, y demás elementos necesarios para la construcción; y el contratista se compromete a construir con estos recursos puestos a su disposición; no se le paga un precio unitario o global, sino una *administración*, por el hecho de poner su conocimiento y esfuerzo al servicio de la construcción de una obra, la cual ejecuta con los recursos del Estado» (MARÍN CORTÉS, Fabián. *El precio*. Medellín: Librería Jurídica Sánchez, Centro de Estudios de Derecho Administrativo –CEDA–, 2012, pp. 149-150). [↑](#footnote-ref-11)
12. Artículo 3 de la Ley 80 de 1993. [↑](#footnote-ref-12)
13. Artículo 17 de la Ley 1150 de 2007. [↑](#footnote-ref-13)
14. Artículo 21 de la Ley 1150 de 2007. [↑](#footnote-ref-14)
15. Artículos 83 a 86 de la Ley 1474 de 2011. [↑](#footnote-ref-15)
16. Consejo de Estado. Sección 3ª. Sentencia del 27 de noviembre de 2017. M.P. Jaime Orlando Santofimio. Exp. 51.802. [↑](#footnote-ref-16)
17. Radicado # 4201913000008240 del 20 de diciembre de 2019. [↑](#footnote-ref-17)
18. «Son también contratos de consultoría los que tienen por objeto la interventoría[…]» [↑](#footnote-ref-18)