**CONTRATO DE OBRA PÚBLICA – Tipología – Confección de obra material –Arrendamiento**

La obra pública es una tipología de los contratos estatales, entendidos estos últimos como los actos jurídicos generadores de obligaciones que han sido celebrados por alguna de las entidades estatales enlistadas en el artículo 2 de la Ley 80 de 1993. Lo anterior resulta de especial relevancia, en la medida en que dicho tipo contractual se diferencia de la definición y regulación prevista en el derecho privado para el contrato de confección de obra material regulado en el Código Civil. […] [E]n el derecho privado brilla por la ausencia una definición del contrato de obra. El artículo 2053 del Código Civil lo tipifica como una de las clases de arrendamiento, y establece reglas para diferenciarlo de la compraventa, para lo cual dispone que «Si al artífice suministra la materia para la confección de una obra material, el contrato es de venta; pero no se perfecciona sino por la aprobación del que ordenó la obra». Por el contrario, «Si la materia es suministrada por la persona que encargó la obra, el contrato es de arrendamiento»; pero «Si la materia principal es suministrada por el que ha ordenado la obra, poniendo el artífice lo demás, el contrato es de arrendamiento; en el caso contrario, de venta». En todo caso, en la medida en que los artículos 2060 y 2061 del Código disponen reglas especiales para los contratos de construcción y de arquitectura, es claro que la realización de trabajos materiales recae tanto sobre bienes muebles como inmuebles.

**CONTRATO DE OBRA PÚBLICA – Definición – Bienes inmuebles**

El numeral 1 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 opta por un *sentido restringido*, al disponer que «Son contratos de obra los que celebren las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago», de manera que este tipo de contrato no aplica a los trabajos materiales realizados sobre bienes muebles. Por lo anterior, el legislador adoptó el criterio de la tipificación del contrato de obra pública a actividades realizadas sobre bienes inmuebles, admitiendo, de forma muy amplia, la ejecución de todo trabajo que tenga por objeto crear, construir, conservar o modificar bienes inmuebles, lo cual incluye trabajos de construcción, instalación, conservación, mantenimiento, reparación y demolición de esos mismos.

**CONTRATO DE OBRA PÚBLICA – Tipos de inmuebles – Por adhesión – Por destinación**

[E]l artículo 656 dispone que «inmuebles o fincas o bienes raíces son las cosas que no pueden transportarse de un lugar a otro; como las tierras y minas, y las que adhieren permanentemente a ellas, como los edificios, los árboles». En concordancia, el artículo 657 prescribe lo siguiente: «Las plantas son inmuebles, mientras adhieren al suelo por sus raíces, a menos que estén en macetas o cajones que puedan transportarse de un lugar a otro». Estos bienes se denominan inmuebles por adhesión y la doctrina los caracteriza como «[…] bienes muebles por naturaleza, adheridos permanente y materialmente a un inmueble, incorporados por el propietario o por una persona distinta de él, que por una ficción jurídica del legislador se transforman en bienes inmuebles». […] Por otra parte, el artículo 658 del Código Civil crea la categoría de *inmuebles por destinación*, disponiendo que «Se reputan inmuebles, aunque por su naturaleza no lo sean, las cosas que están permanentemente destinadas al uso, cultivo y beneficio de un inmueble, sin embargo de que puedan separarse sin detrimento». […] Así las cosas, para que clasifiquen dentro de esta categoría se requiere que los muebles sirvan para prestar un servicio útil al inmueble por naturaleza, que el servicio sea permanente, además de que ambos sean del mismo propietario. En esta medida: «Por excepción al criterio extraído de la naturaleza física de las cosas, los redactores del Código Civil han considerado como inmuebles las cosas trasladables: las clasifican entre los inmuebles en razón de su destino, porque están afectadas a un inmueble por naturaleza. No han querido que estos muebles, unidos o afectados al inmueble, sigan un régimen jurídico distinto del inmueble mismo […] El inmueble y todo lo destinado a él forman un conjunto, una suerte de universalidad: el legislador ha querido someter esa unidad económica al mismo régimen» términos del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. […] En ese sentido, la naturaleza inmueble del bien sobre el que se realizan el mantenimiento es determinante para saber si está ante un contrato de obra pública, ya que de este tipo contractual se encuentran excluidos trabajos materiales realizados sobre bienes muebles, por lo que estos corresponderían a un tipo contractual diferente.

**CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS – Definición ­**

El artículo 32.3 de la Ley 80 de 1993 dispuso que «[s]on contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados. En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable».

**CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS – Modalidades**

[P]ueden identificarse tres modalidades de contratos de prestación de servicios: a) Contratos de servicios profesionales: Son aquellos cuyo objeto requiere el desarrollo de actividades con conocimientos especializados para satisfacer necesidades de las entidades relativas a su gestión administrativa o de funcionamiento. Así «[…] los técnicos profesionales, los tecnólogos y los profesionales para efectos de la contratación de servicios profesionales, son considerados como profesionales a luz de la normatividad vigente que rige la materia». Por consiguiente, las actividades objeto de esta modalidad de contrato demandan la aprehensión de competencias y habilidades propias de la formación profesional o especializada de una persona natural o jurídica, o de un saber o despliegue intelectivo calificado. b) Contratos de apoyo a la gestión: Se trata de los contratos cuya ejecución implica la realización de actividades operativas, logísticas y asistenciales, vinculadas a la realización de las tareas propias de la entidad. Se caracterizan por corresponder a actividades dominantemente materiales y no calificadas, que pueden recaer sobre asunto de naturaleza técnica, por ende, no profesionales. c) Contratos para la realización de trabajos artísticos: Corresponden a aquellas actividades que deben ser encomendados a una determinada persona natural que, por sus características, dotes, capacidades, creatividad, talento y aptitudes resultan ser únicas o especiales en el arte que manejan y cuyo producto será una obra o pieza de arte o artística.

**CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS – Criterio residual**

[R]especto al contrato de prestación de servicios, también es importante tener en cuenta que las prestaciones no pueden corresponder a aquellas que se ejecutan a través de los demás contratos previstos en el Estatuto General de Contratación de la Administración. Por ello, la doctrina explica que «[…] las materias que pueden integrar el objeto del contrato de prestación de servicios rige un criterio residual o supletivo, en virtud del cual únicamente puede contratarse bajo esta modalidad lo que no ingrese dentro de la tipología de otros contratos estatales […]». Así, por ejemplo, si la labor que se pretende contratar está relacionada con las actividades de los numerales 1 y 2 del artículo 32 del Estatuto General, la entidad debe suscribir el contrato de obra o de prestación de servicios, según corresponda.

**CONTRATO ESTATAL – Tipificación**

[E]s la entidad estatal, después de analizar detalladamente el objeto, y previa justificación de su régimen jurídico, quien debe definir en que tipo contractual se encuadra la actividad a contratar, para lo cual resultan relevantes las consideraciones aquí esbozadas. En ese sentido, determinar el régimen contractual de las actividades de mantenimiento señaladas en el caso concreto objeto de consulta, es un asunto que compete a la correspondiente entidad, labor que además tampoco resulta posible en una valoración *ex ante* realizada en el marco del ejercicio de la función consultiva, sin conocer las particularidades técnicas del objeto contractual.

**CONTRATOS ESTATALES MIXTOS – Régimen contractual – Uniones de contratos – Diferencias**

Los ejemplos comunes de estos contratos son el diseño y construcción de obras, el suministro y la instalación de equipos, la compra de repuestos y la reparación de bienes, etc. En este contexto, es importante diferenciar los «contratos mixtos» de las «uniones de contratos». En el contrato mixto existe un solo acuerdo con elementos de diversos tipos de contrato, mientras que en las uniones de contrato cada uno de ellos mantiene su régimen y autonomía. Para esta distinción corresponde identificar la causa del contrato, es decir, el móvil para celebrarlo: si existe unidad causal corresponde a un «contrato mixto»; de lo contrario, es una «unión de contratos» [L]as partes están facultadas para suscribir *contratos mixtos*. Como una forma de contratación atípica, estos se caracterizan por acumular prestaciones de varios contratos nominados para satisfacer una necesidad común, es decir, «Su finalidad económica es única y condensa el propósito perseguido por los contratantes. Las diversas prestaciones, aunque corresponden a diversos contratos típicos, se subordinan a esa finalidad e intención de las partes».

**CONTRATOS ESTATALES MIXTOS – Método de absorción**

[L]a Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado explica que es posible la existencia de *contratos mixtos* que contengan prestaciones correspondientes a varias tipologías contractuales. En estos casos, adhiriéndose al método de absorción para efectos de integrar el régimen jurídico aplicable, considera que «Ante la ausencia y vacío legislativo, para la Sala un criterio de interpretación que ayude a dilucidar esta situación será el de atender al carácter de la prestación principal. El objeto principal, a su vez, podría determinarse en función de cuál es la prestación que tenga el mayor de los valores estimados. Se trata de una regla general que debe centrase en definir el fin buscado por la administración en los términos del artículo 3° de la Ley 80 de 1993»





Señora

**Claudia Stella Valencia Ricaurte**

Santiago de Cali, Valle del Cauca

 **Concepto C – 440 de 2021**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | CONTRATO DE OBRA PÚBLICA – Tipología – Confección de obra material – Arrendamiento – Diferencias / CONTRATO DE OBRA PÚBLICA – Definición – Bienes inmuebles / CONTRATO DE OBRA PÚBLICA – Tipos de inmuebles – Por adhesión – Por destinación / CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS – Definición ­/ CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS – Modalidades / CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS – Criterio residual / CONTRATO ESTATAL – Tipificación / CONTRATOS ESTATALES MIXTOS – Régimen contractual – Uniones de contratos – Diferencias / CONTRATOS ESTATALES MIXTOS – Método de absorción |
|  **Radicación:**  | Respuesta a consulta P20210714006208 |

Estimada señora Valencia:

En ejercicio de la función 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 la consulta del 14 de julio de 2021.

1. **Problema planteado**

Usted realiza la siguiente consulta referida a la tipología prevista en el artículo 32.1 de la Ley 80 de 1993: «[…] ¿el mantenimiento de aires acondicionados tipo mini Split con suministro de repuestos puede ser considerado como un contrato de obra?».

1. **Consideraciones**

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente – 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[[1]](#footnote-1). Para responder el interrogante planteado, se estudiarán los siguientes temas: i) el contrato de obra pública, sus elementos y características, ii) el contrato de prestación de servicios: elementos características y criterios para su distinción del contrato de obra pública y iii) contratos estatales con prestaciones mixtas y su régimen jurídico.

Para estos efectos, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, retomará algunas de las consideraciones realizadas en los conceptos C-225 del 14 de abril de 2020, C-332 del 26 de mayo de 2020 y C-279 del 25 de mayo de 2021, en los que se estudiaron las características y objeto del contrato de obra pública. Por otro lado, esta Agencia también se ha pronunciado sobre los elementos del contrato de prestación de servicios en los conceptos C-090 del 24 de febrero de 2020, C-105 del 12 de marzo 03 de 2020, C-156 del 3 de abril de 2020, C-188 del 13 de abril de 2020, C-208 del 24 de abril de 2020, No. C-138, C-005, C-006 y C-018 del 11 de mayo de 2020; C-175, C-320, C-053, C-255, C-282 y C-293 del 12 de mayo de 2020, C-288 del 27 de mayo de 2020, C-345 del 13 de mayo de 2020, C-414 del 30 de junio de 2020, C-484 del 6 de agosto de 2020, C-608 del 1 de octubre de 2020, C-739 del 16 de diciembre de 2020 y C-106 del 7 de abril de 2021. Particularmente, en los conceptos con radicados 2201913000009572 y 2201913000009588 del 24 de diciembre de 2019, se estudió el régimen contractual de actividades mantenimiento en el marco de contratos con prestaciones mixtas. Algunos de los argumentos desarrollados en estos conceptos se retoman y se complementan a continuación, en lo pertinente.

* 1. **El contrato de obra pública: elementos y características**

La obra pública es una tipología de los contratos estatales, entendidos estos últimos como los actos jurídicos generadores de obligaciones que han sido celebrados por alguna de las entidades estatales enlistadas en el artículo 2 de la Ley 80 de 1993. Lo anterior resulta de especial relevancia, en la medida en que dicho tipo contractual se diferencia de la definición y regulación prevista en el derecho privado para el contrato de confección de obra material regulado en el Código Civil.

En efecto, en el derecho privado brilla por la ausencia una definición del contrato de obra. El artículo 2053 del Código Civil lo tipifica como una de las clases de arrendamiento, y establece reglas para diferenciarlo de la compraventa, para lo cual dispone que «Si al artífice suministra la materia para la confección de una obra material, el contrato es de venta; pero no se perfecciona sino por la aprobación del que ordenó la obra». Por el contrario, «Si la materia es suministrada por la persona que encargó la obra, el contrato es de arrendamiento»; pero «Si la materia principal es suministrada por el que ha ordenado la obra, poniendo el artífice lo demás, el contrato es de arrendamiento; en el caso contrario, de venta». En todo caso, en la medida en que los artículos 2060 y 2061 del Código disponen reglas especiales para los contratos de construcción y de arquitectura, es claro que la realización de trabajos materiales recae tanto sobre bienes muebles como inmuebles. Así, la doctrina considera que:

Puede definirse el arrendamiento de obra o contrato de confección de obra material como aquél por el cual una persona llamada artífice, se obliga, mediante cierto precio, a ejecutar una obra material. Los elementos de este contrato, fuera del consentimiento indispensable en todo contrato, son la ejecución de la obra y el precio.

Así como en el arrendamiento de cosas, el arrendador es obligado a suministrar el goce de la cosa, en el arrendamiento de obras es obligado a la ejecución de una obra material; mediante este contrato, el arrendador va a poner su trabajo al servicio de otro para transformar una sustancia en una obra nueva, que puede ser mueble o inmueble; cabe dentro de este contrato los más variados trabajos: el del sastre, del carpintero, del arquitecto, del ingeniero, etc. Lo que caracteriza entonces este contrato es que se haga una obra nueva con una sustancia mediante la transformación de ella por el trabajo del hombre[[2]](#footnote-2).

En *sentido amplio*, dado que la «obra» es un bien que crea la actividad humana, el hecho de que sea «pública» significa que es todo trabajo material en cuya creación o realización interviene el Estado. No obstante, el numeral 1 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 opta por un *sentido restringido*, al disponer que «Son contratos de obra los que celebren las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago», de manera que este tipo de contrato no aplica a los trabajos materiales realizados sobre bienes muebles. Por lo anterior, el legislador adoptó el criterio de la tipificación del contrato de obra pública a actividades realizadas sobre bienes inmuebles, admitiendo, de forma muy amplia, la ejecución de todo trabajo que tenga por objeto crear, construir, conservar o modificar bienes inmuebles, lo cual incluye trabajos de construcción, instalación, conservación, mantenimiento, reparación y demolición de esos mismos[[3]](#footnote-3). De esta manera:

[…] el legislador limitó la naturaleza de los contratos de obra a las actividades de trabajos materiales exclusivamente sobre bienes inmuebles, independientemente de su modalidad de ejecución y pago. De esta forma, acogió la posición de una parte de la doctrina y del derecho comparado, que vinculan la tipificación del contrato de obra a aquellas actividades realizadas sobre bienes inmuebles.

La ejecución de obras sobre otro tipo de bienes, no estarán regulados por el contrato estatal de obra y podrán corresponder a una prestación de servicios general, o a cualquier otra modalidad típica o atípica, nominada o innominada que pueda celebrarse entre la entidad estatal y un contratista, en los términos de la autonomía de la voluntad de las partes, de acuerdo con lo previsto en los artículos 32 y 40 de la ley 80 de 1993[[4]](#footnote-4).

En la disposición citada, el contrato de obra pública no se limita a la construcción de inmuebles, pues la definición se extiende a las actividades de mantenimiento e instalación, lo cual supone un bien preexistente. Para la Real Academia Española «construir» significa fabricar, erigir, edificar y hacer de nueva planta una cosa; en tanto que «mantener» significa conservar una cosa en su ser, darle vigor y permanencia; y, finalmente, «instalar» es poner o colocar algo en su lugar debido. Igualmente, el concepto se extiende a cualquier trabajo material realizado sobre bienes inmuebles, tales como la reforma y la demolición.

Respecto a la referencia a los bienes inmuebles, se debe considerar la definición de los artículos 656 y 658 del Código Civil, que incluye en esa categoría tanto a los inmuebles por adhesión como por destinación. De esta manera, la referencia contenida en el numeral 1 del artículo 32 la Ley 80 de 1993 a inmuebles debe entenderse que se extiende a los inmuebles anteriormente mencionados, razón por la cual la tipicidad del contrato de obra incluye cualquier clase de trabajo sobre inmuebles por adhesión o por destinación.

Teniendo en cuenta la remisión de los artículos 13, 32 y 40 del Estatuto General de Contratación al Código Civil, el artículo 656 dispone que «inmuebles o fincas o bienes raíces son las cosas que no pueden transportarse de un lugar a otro; como las tierras y minas, y las que adhieren permanentemente a ellas, como los edificios, los árboles». En concordancia, el artículo 657 prescribe lo siguiente: «Las plantas son inmuebles, mientras adhieren al suelo por sus raíces, a menos que estén en macetas o cajones que puedan transportarse de un lugar a otro». Estos bienes se denominan *inmuebles por adhesión* y la doctrina los caracteriza como «[…] bienes muebles por naturaleza, adheridos permanente y materialmente a un inmueble, incorporados por el propietario o por una persona distinta de él, que por una ficción jurídica del legislador se transforman en bienes inmuebles»[[5]](#footnote-5).

Por otra parte, el artículo 658 del Código Civil crea la categoría de *inmuebles por destinación*, disponiendo que «Se reputan inmuebles, aunque por su naturaleza no lo sean, las cosas que están permanentemente destinadas al uso, cultivo y beneficio de un inmueble, sin embargo de que puedan separarse sin detrimento». El mismo artículo crea una lista enunciativa de estos bienes, dentro de los cuales se encuentran: i) las losas de un pavimento; ii) los tubos de las cañerías; iii) los utensilios de labranza o minería, y los animales actualmente destinados al cultivo o beneficio de una finca, con tal que hayan sido puestos en ella por el dueño de la finca; iv) los abonos existentes en ella y destinados por el dueño de la finca a mejorarla; v) las prensas, calderas, cubas, alambiques, toneles y máquinas, que forman parte de un establecimiento industrial adherente al suelo y pertenecen al dueño de éste; y vi) los animales que se guardan en conejeras, pajareras, estanques, colmenas y cualesquiera otros vivares, con tal que éstos adhieran al suelo, o sean parte del suelo mismo o de un edificio.

Así las cosas, para que clasifiquen dentro de esta categoría se requiere que los muebles sirvan para prestar un servicio útil al inmueble por naturaleza, que el servicio sea permanente, además de que ambos sean del mismo propietario. En esta medida: «Por excepción al criterio extraído de la naturaleza física de las cosas, los redactores del Código Civil han considerado como inmuebles las cosas trasladables: las clasifican entre los inmuebles en razón de su destino, porque están afectadas a un inmueble por naturaleza. No han querido que estos muebles, unidos o afectados al inmueble, sigan un régimen jurídico distinto del inmueble mismo […] El inmueble y todo lo destinado a él forman un conjunto, una suerte de universalidad: el legislador ha querido someter esa unidad económica al mismo régimen»[[6]](#footnote-6).

Las diferencias entre ambos tipos de bienes se derivan de que: i) mientras la incorporación de los *inmuebles por adhesión* es material, la de los *inmuebles por destinación* es intelectual; ii) mientras los primeros son incorporados por el dueño o por terceras personas, en los segundos es necesaria la identidad del propietario; finalmente, iii) mientras que aquellos pierden individualidad por la incorporación al inmueble, no sucede lo mismo con los segundos, los cuales conservan su autonomía pese a estar destinados al cultivo de aquel. De esta manera, la distinción del Código Civil entre bienes muebles e inmuebles influye en la identificación de una actividad material como parte de un contrato de obra pública en los términos del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

En ese sentido, la naturaleza inmueble del bien sobre el que se realizan el mantenimiento es determinante para saber si está ante un contrato de obra pública, ya que de este tipo contractual se encuentran excluidos trabajos materiales realizados sobre bienes muebles, por lo que estos corresponderían a un tipo contractual diferente. Esto supone que, en caso de que las prestaciones a realizarse impliquen el desarrollo de actividades materiales sobre bienes muebles, no resulta jurídicamente valido acudir al contrato de obra pública, debiendo la entidad acudir al régimen contractual de algún otro tipo contractual en el que se subsuma la actividad a contratar, como, por ejemplo, el contrato de prestación de servicios, o a cualquier otra modalidad típica o atípica, nominada o innominada que pueda celebrarse entre la entidad estatal y un contratista, en los términos de la autonomía de la voluntad de las partes, de acuerdo con lo previsto en los artículos 32 y 40 de la Ley 80 de 1993.

* 1. **El contrato de prestación de servicios: elementos características y criterios para su distinción del contrato de obra pública**

La Administración Pública suele contratar servicios con personas naturales externas, no vinculadas como servidores o funcionarios suyos, para satisfacer necesidades asociadas a su funcionamiento o para el cumplimiento de actividades dirigidas a su cargo. Igualmente, contrata personas jurídicas con la misma finalidad[[7]](#footnote-7).

El artículo 32.3 de la Ley 80 de 1993 dispuso que «[s]on contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados. En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable».

En este sentido, como lo ha reconocido la doctrina, el contrato de prestación de servicios es «[u]n instrumento de gestión utilizado por la administración pública para la ejecución de algunas de sus actividades e incluso para la prestación de algunos servicios públicos. Por ende, las características de autonomía del contratista, especialidad de la gestión y la excepcionalidad del contrato, son las determinantes en la conformación de este negocio jurídico […]»[[8]](#footnote-8) Vale la pena precisar que «[e]n su interpretación gramatical, los vocablos *«administración»* y *«funcionamiento»* definen actividades de distinta naturaleza dentro de una organización, las cuales en la práctica administrativa se identifican respectivamente como *«de apoyo»* y *«misionales»*[[9]](#footnote-9). De manera que este tipo contractual es utilizado por la Administración para la contratación de actividades que necesiten conocimientos profesionales, técnicos, científicos o cuando se esté frente a la insuficiencia de personal de planta para cubrir un requerimiento concreto, con el fin de que las acompañen, asesoren, apoyen o soporten.

Respecto a esta tipología de contrato, la Corte Constitucional en Sentencia C-154 del 19 de marzo de 1997 explicó que:

El contrato de prestación de servicios se celebra por el Estado en aquellos eventos en que la función de la administración no puede ser suministrada por personas vinculadas con la entidad oficial contratante o cuando requiere de conocimientos especializados, para lo cual se establecen las siguientes características: a. La prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas labores profesionales. b. La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. c. La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido.[[10]](#footnote-10)

En esa misma línea, el Departamento Administrativo de la Función Pública precisó:

[E]l contrato de prestación de servicios es una modalidad de vinculación con el Estado de tipo excepcional que se justifica constitucionalmente si es concebida como un instrumento para atender funciones ocasionales, que son aquellas que no hacen parte del “giro ordinario” de las labores encomendadas a la entidad, o que, siendo parte de ellas, no pueden ejecutarse con empleados de planta o requieren de conocimientos especializados; vinculación que en ningún caso debe conllevar subordinación.[[11]](#footnote-11)

Por su parte, el artículo 2.2.1.2.1.4.9 del Decreto 1082 de 2015, prescribe que las entidades estatales podrán contratar directamente la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión «con la persona que esté en capacidad de ejecutar el objeto del contrato, siempre y cuando la entidad estatal verifique la idoneidad o experiencia requerida y relacionada con el área de que se trate». Así mismo, la norma reglamentaria preceptúa que los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión son aquellos de naturaleza intelectual que se derivan del cumplimiento de funciones de la Administración, como los relacionados con actividades operativas, logísticas o asistenciales.

De las anteriores normas, pueden identificarse tres modalidades de contratos de prestación de servicios:

 *a) Contratos de servicios profesionales*: Son aquellos cuyo objeto requiere el desarrollo de actividades con conocimientos especializados para satisfacer necesidades de las entidades relativas a su gestión administrativa o de funcionamiento. Así «[…] los técnicos profesionales, los tecnólogos y los profesionales para efectos de la contratación de servicios profesionales, son considerados como profesionales a luz de la normatividad vigente que rige la materia»[[12]](#footnote-12). Por consiguiente, las actividades objeto de esta modalidad de contrato demandan la aprehensión de competencias y habilidades propias de la formación profesional o especializada de una persona natural o jurídica, o de un saber o despliegue intelectivo calificado[[13]](#footnote-13).

*b) Contratos de apoyo a la gestión:* Se trata de los contratos cuya ejecución implica la realización de actividades operativas, logísticas y asistenciales, vinculadas a la realización de las tareas propias de la entidad. Se caracterizan por corresponder a actividades dominantemente materiales y no calificadas[[14]](#footnote-14), que pueden recaer sobre asunto de naturaleza técnica, por ende, no profesionales[[15]](#footnote-15).

 *c) Contratos para la realización de trabajos artísticos:* Corresponden a aquellas actividades que deben ser encomendados a una determinada persona natural que, por sus características, dotes, capacidades, creatividad, talento y aptitudes resultan ser únicas o especiales en el arte que manejan y cuyo producto será una obra o pieza de arte o artística.

Como características generales del contrato de prestación de servicios, en el marco de la Ley 80 de 1993, se pueden predicar las siguientes: *i)* es un contrato típico por estar definido en la ley; *ii)* es temporal por su carácter excepcional; *iii)* su objeto contiene una obligación asociada a la realización o el desarrollo de una actividad específica; *iv)* de tracto sucesivo o prestaciones periódicas, pues su ejecución se extiende en el tiempo; *v)* las cláusulas excepcionales son facultativas, de manera que si se pretender hacer valer deben pactarse expresamente[[16]](#footnote-16); *vi)* no puede comprender actividades para las cuales la entidad disponga de personal de planta; y *vii)* en ningún caso genera relación laboral ni prestaciones sociales.

Ahora bien, respecto al contrato de prestación de servicios, también es importante tener en cuenta que las prestaciones no pueden corresponder a aquellas que se ejecutan a través de los demás contratos previstos en el Estatuto General de Contratación de la Administración. Por ello, la doctrina explica que «[…] las materias que pueden integrar el objeto del contrato de prestación de servicios rige un criterio residual o supletivo, en virtud del cual únicamente puede contratarse bajo esta modalidad lo que no ingrese dentro de la tipología de otros contratos estatales […]»[[17]](#footnote-17). Así, por ejemplo, si la labor que se pretende contratar está relacionada con las actividades de los numerales 1 y 2 del artículo 32 del Estatuto General, la entidad debe suscribir el contrato de obra o de prestación de servicios, según corresponda. De esta manera, respecto a las actividades de mantenimiento, el Consejo de Estado adopta el siguiente criterio orientador para distinguir el objeto del contrato de obra del de prestación de servicios:

[…] el contrato de mantenimiento, para que sea considerado como una obra, debe implicar una intervención que quede incorporada al inmueble. Así, aquellas actividades de mantenimiento que no incorporen el trabajo material propio de una obra en el contexto citado, no podrán ser consideradas contratos de esta naturaleza.

Pretender que se extienda el contrato de mantenimiento sobre bien inmueble de otra forma, sería ampliar de manera indiscriminada el concepto de obra a cualquier tipo de actividad que no necesariamente implique “obra” en la forma citada. Por tal razón, para la Sala el contrato de mantenimiento será considerado como contrato de obra cuando (i) recae sobre un bien inmueble, (ii) la prestación a realizar queda incorporada al inmueble y (iii) el mantenimiento tiene como objetivo permitir que el inmueble pueda seguir funcionando de manera adecuada.

De todas formas, será necesario analizar en cada caso las prestaciones específicas que pretendan satisfacer las demandas del servicio[[18]](#footnote-18).

Conforme a lo anterior, es posible establecer si una actividad de mantenimiento se enmarca dentro de un contrato de obra pública o de prestación de servicios, a partir de estos tres elementos distintivos, los cuales se encuentran intrínsecamente relacionados con el contrato de obra pública, cuyo régimen jurídico es prevalente frente al de prestación de servicios. En tales términos, una actividad de mantenimiento deberá ser catalogada como obra pública si la misma consiste en una prestación realizada sobre un bien inmueble, realizada para el correcto funcionamiento y queda incorporada al mismo, mientras que será de prestación de servicios si falta alguno de estos elementos.

En todo caso, debe precisarse que, es la entidad estatal, después de analizar detalladamente el objeto, y previa justificación de su régimen jurídico, quien debe definir en que tipo contractual se encuadra la actividad a contratar, para lo cual resultan relevantes las consideraciones aquí esbozadas. En ese sentido, determinar el régimen contractual de las actividades de mantenimiento señaladas en el caso concreto objeto de consulta, es un asunto que compete a la correspondiente entidad, labor que además tampoco resulta posible en una valoración *ex ante* realizada en el marco del ejercicio de la función consultiva, sin conocer las particularidades técnicas del objeto contractual. Esto sin perjuicio del análisis jurídico aquí realizado en torno a las categorías contractuales que pudieran ser relevantes para dicho propósito, así como de la posibilidad de celebrar contratos estatales con prestaciones mixtas que a continuación se explica –comoquiera que en la consulta se hace referencia a la contratación de actividades de mantenimiento en conjunto con suministro de repuestos–.

* 1. **Contratos estatales con prestaciones mixtas y su régimen jurídico**

El inciso primero del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 define los contratos estatales como «[…] todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad […]», por lo que las partes están facultadas para suscribir *contratos mixtos*. Como una forma de contratación atípica, estos se caracterizan por acumular prestaciones de varios contratos nominados para satisfacer una necesidad común, es decir, «Su finalidad económica es única y condensa el propósito perseguido por los contratantes. Las diversas prestaciones, aunque corresponden a diversos contratos típicos, se subordinan a esa finalidad e intención de las partes»[[19]](#footnote-19).

Los ejemplos comunes de estos contratos son el diseño y construcción de obras, el suministro y la instalación de equipos, la compra de repuestos y la reparación de bienes, etc. En este contexto, es importante diferenciar los «contratos mixtos» de las «uniones de contratos». En el *contrato mixto* existe un solo acuerdo con elementos de diversos tipos de contrato, mientras que en las *uniones de contrato* cada uno de ellos mantiene su régimen y autonomía. Para esta distinción corresponde identificar la causa del contrato, es decir, el móvil para celebrarlo: si existe unidad causal corresponde a un «contrato mixto»; de lo contrario, es una «unión de contratos»[[20]](#footnote-20).

De acuerdo con la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, un sector de la doctrina explica que el régimen contractual de los *contratos mixtos* se ha determinado por el método de absorción. Conforme a este criterio, debe identificarse el objeto principal de la prestación para aplicar el régimen del contrato típico al que pertenece, es decir, las reglas que disciplinan el acuerdo en su conjunto se someten al contrato nominado del objeto principal. Por ello, «en el contrato mixto habría siempre un elemento prevalente que absorbe los elementos secundarios; esta circunstancia permitiría regular el contrato entero con las normas del contrato nominado correspondiente, el que estaría dotado de una fuerza de expansión respecto de las figuras contractuales que estén provistas de una función económica análoga»[[21]](#footnote-21).

La jurisprudencia citada también explica los métodos de analogía y combinación. El primero alude a que el contrato atípico se rige por las normas que disciplinan la figura contractual típica mas parecida. El segundo, por su parte, considera que, si un contrato comprende prestaciones de diferentes tipologías, deben aplicarse las normas correspondientes a cada figura. Para la Corte Suprema de Justicia, los criterios de absorción y combinación se reducen a la analogía[[22]](#footnote-22). En todo caso, la doctrina advierte que:

[...] “la afinidad con otros tipos no excluye una relevancia original y autónoma del contrato”. Por tanto, se hace necesario auscultar también el interés y la intención de las partes en el contrato atípico. En últimas es la autonomía negocial la que da origen a los contratos innominados. La creación de un nuevo tipo contractual no es sino una adecuación progresiva del fenómeno de la autonomía negocial a los intereses específicos de los sujetos. La creación de un nuevo tipo contractual no es sino la adecuación progresiva del fenómeno de la autonomía negocial a los intereses específicos de los sujetos[[23]](#footnote-23).

Por su parte, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado explica que es posible la existencia de *contratos mixtos* que contengan prestaciones correspondientes a varias tipologías contractuales. En estos casos, adhiriéndose al método de absorción para efectos de integrar el régimen jurídico aplicable, considera que «Ante la ausencia y vacío legislativo, para la Sala un criterio de interpretación que ayude a dilucidar esta situación será el de atender al carácter de la prestación principal. El objeto principal, a su vez, podría determinarse en función de cuál es la prestación que tenga el mayor de los valores estimados. Se trata de una regla general que debe centrase en definir el fin buscado por la administración en los términos del artículo 3° de la Ley 80 de 1993»[[24]](#footnote-24).

1. **Respuesta**

«[…] ¿el mantenimiento de aires acondicionados tipo mini Split con suministro de repuestos puede ser considerado como un contrato de obra?»

De acuerdo con lo expuesto, la entidad estatal contratante, después de analizar detalladamente el objeto contractual, y previa integración del régimen jurídico aplicable, debe determinar si al desarrollo de la actividad de mantenimiento a contratar concurren los siguientes tres elementos: *(i)* la ejecución de una prestación consistente en la realización de trabajos materiales sobre un bien inmueble –bien sea por naturaleza, adhesión o destinación-, *(ii)* que los trabajos materiales queden incorporados al inmueble y *(iii)* que estos sean requeridos para el adecuado funcionamiento del inmueble, de concurrir estos elementos el contrato a celebrar corresponderá al tipo de obra pública. De lo contrario, en caso de estimarse que la prestación implica actividades materiales sobre bienes muebles, la entidad podrá acudir al régimen contractual de los contratos de prestación de servicios, o a cualquier otra modalidad típica o atípica, nominada o innominada que pueda celebrarse entre la entidad estatal y un contratista, en los términos de la autonomía de la voluntad de las partes, de acuerdo con lo previsto en los artículos 32 y 40 de la Ley 80 de 1993. En todo caso, se reitera, la determinación del objeto contractual es un asunto que compete a la entidad contratante, en atención particularidades técnicas de la actividad mantenimiento, de las que surgirá la concurrencia de los elementos de uno u otro contrato.

Las entidades también están facultadas para celebrar *contratos mixtos* –como, por ejemplo, aquellos que impliquen actividades de mantenimiento y suministro– de acuerdo con el postulado de la autonomía de la voluntad privada previsto en el Estatuto General de Contratación. En el ámbito de discrecionalidad para estructurar los procedimientos de selección, las entidades contratantes valorarán las circunstancias descritas en los párrafos precedentes desde el aspecto técnico y jurídico, aplicando las consecuencias que se deriven de la calificación realizada. Por tanto, determinarán el proceso de contratación y el tipo contrato para efectos del aviso de convocatoria y la expedición del acto de apertura de acuerdo con el régimen legal aplicable.

En los anteriores términos se responde la consulta planteada, haciendo abstracción del caso particular mencionado en la petición, por las razones explicadas *ut supra*, máxime siendo las entidades estatales, durante la planeación de los contratos que pretendan celebrar, a quienes corresponde determinar la tipología contractual en la que se enmarcan las actividades a contratar. La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente – no tiene competencia para definir si el objeto contractual mencionado en la consulta corresponde a un contrato de obra pública o a uno de prestación de servicios, por lo que aquí manifestado no constituye un pronunciamiento vinculante respecto de la situación planteada.

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

Atentamente,

****

|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Diego Enrique Franco VictoriaContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisaron: | Alejandro Sarmiento CantilloGestor T1-11 de la Subdirección de Gestión Contractual  |
| Juan David Montoya PenagosGestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado NavarroSubdirector de Gestión Contractual ANCP – CCE |

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». [↑](#footnote-ref-1)
2. ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. De los contratos. Santiago de Chile: Editorial Jurídica EDIAR-CONOCSUR LTDA, 1988. p. 182. [↑](#footnote-ref-2)
3. OSPINA MENA, Jesús Marino. Régimen de la Contratación Estatal. Un salto a la contratación liquida. Bogotá: Dike, 2020. p. 168. [↑](#footnote-ref-3)
4. CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 5 de septiembre de 2018. Rad. 2.386. C.P. Edgar González López. [↑](#footnote-ref-4)
5. VELÁSQUEZ JARAMILLO, Luis Guillermo. Bienes. Duodécima edición. Bogotá: Temis, 2010. p. 22. [↑](#footnote-ref-5)
6. MAZEUD, Henri, MAZEUD, León y MAZEUD, Jean. Lecciones de derecho civil. Parte Primera. Volumen I. Buenos Aires: EJEA, 1976. p. 305-306. [↑](#footnote-ref-6)
7. En este sentido, como lo ha reconocido la doctrina, el contrato de prestación de servicios es «un instrumento de gestión utilizado por la administración pública para la ejecución de algunas de sus actividades e incluso para la prestación de algunos servicios públicos. Por ende, las características de autonomía del contratista, especialidad de la gestión y la excepcionalidad del contrato, son las determinantes en la conformación de este negocio jurídico […]» (Cfr. BENAVIDES, José Luis. Contrato de prestación de servicios: difícil delimitación frente al contrato realidad. Revista Derecho del Estado Número 25, Universidad Externado de Colombia, diciembre de 2010, p. 85 a 115). [↑](#footnote-ref-7)
8. BENAVIDES, José Luis. Contrato de prestación de servicios: difícil delimitación frente al contrato realidad. Revista Derecho del Estado Número 25, Universidad Externado de Colombia, diciembre de 2010, p. 85 a 115. [↑](#footnote-ref-8)
9. CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 19 de agosto de 2010, Rad. 11001-03-06-000-2010-00052-00 (2003). C.P. Enrique José Arboleda Perdomo. [↑](#footnote-ref-9)
10. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-154 del 19 de marzo de 1997. M.P. Hernando Herrera Vergara. [↑](#footnote-ref-10)
11. DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA. Concepto 183681 del 20 de julio de 2016. [↑](#footnote-ref-11)
12. SUÁREZ BELTRÁN, Gonzalo, Estudios de Derecho Contractual Público, Pontificia Universidad Javeriana, Legis, enero 2014, p. 168. [↑](#footnote-ref-12)
13. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia de 2 de diciembre de 2013, Exp. 41719, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. [↑](#footnote-ref-13)
14. SUÁREZ BELTRÁN, Gonzalo, *Op, cit.*  p. 168. [↑](#footnote-ref-14)
15. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia de 2 de diciembre de 2013, Exp. 41719, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. [↑](#footnote-ref-15)
16. Ley 80 de 1993: «Artículo 14. De los medios que pueden utilizar las entidades estatales para el cumplimiento del objeto contractual. Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:

[…]

»*Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios.*

»En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aun cuando no se consignen expresamente» (Énfasis fuera de texto).

 [↑](#footnote-ref-16)
17. DÍAZ DÍEZ, Cristian Andrés & GÓMEZ VELÁSQUEZ, Alejandro. El contrato de prestación de servicios en el estatuto general de contratación de la administración pública: un tipo contractual de compleja celebración. Consultado el 23 de agosto de 2021 en la página [https://revistas.javeriana.edu.co/files-articulos/VJ/139%20(2019-II)/82562148007/](https://revistas.javeriana.edu.co/files-articulos/VJ/139%20%282019-II%29/82562148007/). [↑](#footnote-ref-17)
18. CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 5 de septiembre de 2018. Rad. 2.386. C.P. Edgar González López. [↑](#footnote-ref-18)
19. SUÁREZ BELTRÁN, Gonzalo. Estudios de derecho público contractual: Bogotá: Legis, 2014. p. 238. Al respecto, la doctrina considera que «Esta clase de contratos está constituida por aquellas figuras cuyos elementos son conocidos (elementos legales); dispuestos, sin embargo, en combinaciones diferentes a las que se pueden apreciar en los contratos típicos y que, además, han sido tomadas de más de un tipo de contrato. Estos elementos pueden encontrarse en una relación de coordinación o de subordinación» (Cfr. ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. Contratos mercantiles: contratos atípicos. Octava edición. Bogotá: Legis, 2015. p. 36). [↑](#footnote-ref-19)
20. CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 5 de septiembre de 2018. Rad. 2.386. C.P. Edgar González López. [↑](#footnote-ref-20)
21. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 5 de diciembre de 1956. M.P. Pablo Emilio Manotas. Decisión publicada en el Gaceta Judicial LXXXIV, No. 2177-2180. p. 317. Este criterio se adoptó explícitamente en el derogado artículo 3.3.1.1 del Decreto 734 de 2012. Concretamente, el inciso cuarto disponía que «En el caso de que el objeto contractual incluya los servicios de consultoría y otras obligaciones principales, como por ejemplo en el caso de ejecución de proyectos que incluyen diseño y construcción de la obra, la escogencia del contratista deberá adelantarse mediante licitación pública y selección abreviada, según corresponda de conformidad con lo señalado en la ley y en el presente decreto, sin perjuicio de lo previsto para la mínima cuantía. En todo caso, el equipo de profesionales y expertos propuestos deberá ser aprobado por la entidad». [↑](#footnote-ref-21)
22. Por ello, explica que «[…] todos estos criterios de interpretación no son, en último análisis más que especificaciones del principio de la analogía, inspiradas en las peculiaridades de cada materia. De aquí, también, que el criterio de interpretación más serio, respecto del contrato innominado mixto, es, además de la aplicación directa de las reglas generales sobre los contratos, el de la aplicación analógica de las singulares relativas al contrato nominado dado, que se manifiesten como las más adecuadas al contrato mixto que se debe interpretar, y si éstas no existen, entonces recurrir a las de la analogía iuris» (*ibidem*). [↑](#footnote-ref-22)
23. RENGIFO GARCÍA, Ernesto. Interpretación del contrato atípico a la luz de la jurisprudencia colombiana. En: Los contratos en el derecho privado. Bogotá: Legis – Universidad del Rosario, 2009. p. 48. [↑](#footnote-ref-23)
24. CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 5 de septiembre de 2018. Rad. 2.386. C.P. Edgar González López. [↑](#footnote-ref-24)