**CCE-DES-FM-17**

**CONTRATO INTERADMINISTRATIVO – Concepto – Régimen jurídico aplicable**

[…] el contrato o el convenio interadministrativo es el acuerdo donde concurre la voluntad de dos o más personas jurídicas de derecho público, con la finalidad de cumplir, en el marco de sus objetivos misionales y sus competencias, con los fines del Estado. Es decir, los contratos o convenios interadministrativos nominados en la Ley 80 de 1993 están determinados por un criterio orgánico, pues es necesario que los extremos de la relación contractual sean entidades estatales. Si bien los contratos o convenios interadministrativos están previstos en la Ley 80 de 1993, en la Ley 1150 de 2007 y en el Decreto en el 1082 de 2015, no quiere decir que solo puedan celebrarse entre entidades estatales que apliquen el régimen de contratación allí previsto, pues bien puede una entidad estatal de Ley 80 de 1993 celebrar esta clase de convenios con una entidad estatal de régimen especial y no por ello dejará de ser un contrato o convenio interadministrativo, caso en el cual su ejecución estará sometida a la Ley 80 de 1993.

**PRINCIPIO DE SELECCIÓN OBJETIVA – Contratación directa – Aplicación**

Sin embargo, la contratación directa no está exceptuada del cumplimiento de los principios de transparencia y selección objetiva, los cuales tienen como elemento común la objetividad en la selección del contratista. La evidencia son las definiciones expuestas en párrafos anteriores, ya que a pesar de que la entidad dirija la invitación a ofertar solamente a una persona, esto no significa que puede elegirla con base en criterios subjetivos, como el afecto, la amistad, el ánimo de ayuda, el interés personal, entre otros. En ese sentido, la persona a la que la entidad contrata directamente es aquella que se considera que cumple con lo requerido para satisfacer la necesidad contractual. Esa consideración de la entidad contratante será objetiva en la medida en que se cumpla con el principio de planeación, que se refleja principalmente en los estudios previos y en el acto administrativo que justifica la contratación directa, en los casos en que aplica. De esta manera, aunque la contratación sea directa, como ya se explicó, esto no implica que la entidad no deba definir las condiciones del contratista que está en capacidad de cumplir el contrato, lo cual es un elemento común entre las modalidades de selección competitivas y no competitivas.

**PRINCIPIO DE PLANEACIÓN – Estudios previos – Contratación directa**

Si bien los estudios del sector son de gran relevancia en los procesos de contratación donde existe pluralidad de oferentes, nada obsta para que se elaboren allí donde no existiría competencia. Para estos efectos, la Guía de Elaboración de Estudios de Sector elaborada por esta Agencia, explica que «En la contratación directa, el estudio del sector debe tener en cuenta el objeto del Proceso de Contratación, particularmente las condiciones del contrato, como los plazos y formas de entrega y de pago. El estudio del sector debe permitir a la Entidad Estatal sustentar su decisión de hacer una contratación directa, la elección del proveedor y la forma en que se pacta el contrato desde el punto de vista de la eficiencia, eficacia y economía». La Entidad Estatal debe consignar en los *Documentos del Proceso*, bien sea en los estudios previos o en la información de soporte de los mismos, los aspectos de que trata el artículo 2.2.1.1.1.6.1 del Decreto 1082 de 2015. De esta manera, en la contratación directa también deben existir unos estudios previos para fijar los criterios de escogencia del contratista.

**ACTO ADMINISTRATIVO DE JUSTIFICACIÓN – Contratación directa – Contrato Interadministrativo**

La justificación de esta causal de contratación directa debe partir de la base de dos aspectos primordiales: i) el contratista ejecutor debe ser una entidad estatal o persona jurídica de derecho público, independientemente de que esta cuente con un régimen especial de contratación y ii) es imperativo que el objeto de dicha entidad tenga relación directa con las obligaciones del contrato a ejecutar, pues, de lo contrario, no se cumpliría con el requisito establecido en la ley, aun cuando esta sea una entidad estatal. Al respecto, en pronunciamiento de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado se señaló: «Esta exigencia significa que la entidad estatal ejecutora (contratista) posee la capacidad jurídica y financiera, el soporte técnico y operativo y la experiencia acreditada para ejecutar ella misma el objeto contractual, por lo que todo tipo de “intermediación” en la materia se encuentra proscrito por la ley; además, se trata de un requisito general para poderse obligar válidamente (artículo 1502 C.C)».De esta manera, cada uno de estos aspectos debe contemplar la justificación suficiente que permita determinar que la causal escogida por la entidad estatal se ajusta a lo dispuesto en la norma. Lo anterior, teniendo en cuenta que la modalidad de contratación directa es de aplicación restrictiva y solo procede por las causales previstas en la ley.

**SUBCONTRATACIÓN – Contratos interadministrativos – Limitaciones**

la subcontratación no está proscrita en la contratación pública; pero sí encuentra limites en su aplicación en el principio de la autonomía de la voluntad, representada en lo pactado en el contrato principal, y en algunas normas específicas. Una de estas restricciones normativas se encuentra el literal c del numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, precisamente referente a los contratos interadministrativos.. […] De lo anterior se destaca lo siguiente: i) la norma se refiere a la subcontratación de algunas de las actividades derivadas del contrato principal, de lo cual se puede colegir que la subcontratación es permitida en los contratos interadministrativos pero en relación con algunas actividades y no la totalidad de estas*.* […] ii) Ni la entidad ejecutora ni el subcontratista podrá subcontratar a las personas que hayan participado en la elaboración de estudios, diseños y proyectos del contrato principal. […] De esta manera, aunque en el contrato interadministrativo las obligaciones derivadas de este deben tener relación directa con el objeto de la entidad ejecutora, ello no es óbice para que esta subcontrate algunas actividades conforme lo expuesto anteriormente. En efecto, aunque la disposición analizada precisamente establece ciertas limitaciones específicas en relación con la subcontratación, implícitamente reconoce que esta es posible en los contratos interadministrativos. En este sentido, la norma analizada parte de considerar que la subcontratación es posible, por lo que el contenido normativo se dirige a establecer algunas limitaciones.



Bogotá D.C., **26/08/2022**

Señor

**Rafael Julián Cifuentes González**

Bogotá D.C

**Concepto C – 594 de 2022**

**Temas**: CONTRATO INTERADMINISTRATIVO – Concepto – Régimen jurídico aplicable / PRINCIPIO DE SELECCIÓN OBJETIVA – Contratación directa – Aplicación / PRINCIPIO DE PLANEACIÓN – Estudios previos – Contratación directa / ACTO ADMINISTRATIVO DE JUSTIFICACIÓN – Contratación directa – Contrato Interadministrativo / SUBCONTRATACIÓN – Contratos interadministrativos – Limitaciones

**Radicación**: Respuesta a consulta P20220809007848

Estimado Señor Cifuentes,

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 remitida el 9 de agosto de 2022.

**1. Problema planteado**

En su consulta, usted trae a colación los artículos 2.2.1.2.1.4.1. y 2.2.1.1.2.1.1 del Decreto 1082 de 2015, referentes al acto administrativo de justificación de la contratación directa y los estudios previos, ante lo cual, plantea los siguientes interrogantes, en relación con los contratos interadministrativos:

«(i) ¿Cuál debe ser el contenido mínimo que se debe desarrollar para cada uno de los elementos que componen el acto administrativo de justificación de contratación directa o, en su defecto, los estudios previos?

(ii) ¿Cuál debe ser la justificación requerida para aquellos contratos interadministrativos en los que existe más de una entidad pública que puede prestar el servicio a otra entidad pública? ¿Es necesario que la justificación se base en estudios de mercado y cotizaciones de precio? ¿Es suficiente señalar la facultad legal, o la capacidad técnica o la experiencia como elementos para poder proceder con la contratación?

(iii) ¿En aquellos casos en los que existen entidades con objetos similares pero que tienen una especialidad diferente y reconocida en el mercado, basta con señalar en el acto de justificación o estudios previos, la especialidad y experiencia de la entidad pública que se pretende contratar?

(iv) ¿Es acorde a los principios de contratación estatal que la entidad ejecutora de un contrato interadministrativo subcontrate algunas de las actividades para las cuales se le contrató, teniendo en cuenta que dicha subcontratación se llevará de conformidad al régimen de contratación de la entidad ejecutora? Lo anterior, en el supuesto que la entidad ejecutora desarrolla su actividad en competencia con el sector privado o que la ejecución del contrato interadministrativo tiene relación directa con el desarrollo de su actividad»

**2. Consideraciones**

Para resolver el objeto de la consulta, se analizarán los siguientes temas: i) contratos interadministrativos: concepto y régimen jurídico aplicable, ii) aplicación del principio selección objetiva en la contratación directa, iii) el principio de planeación en la contratación directa: estudios previos y acto administrativo de justificación, y iv) la subcontratación en los contratos interadministrativos.

La Agencia Nacional de Contratación Pública ― Colombia Compra Eficiente se ha pronunciado sobre el concepto y régimen jurídico aplicable a los contratos interadministrativos, en los Conceptos: 4201913000004536 del 27 de julio de 2019, C−023 del 3 de febrero de 2020, C−702 del 11 de diciembre de 2020, C-097 de 23 de marzo de 202, C-350 del 16 de julio de 2021, C-352 del 27 de julio de 2021, C-508 del 20 de septiembre de 2021, C-662 del 1 de diciembre de 2021, entre otros. Igualmente, se pronunció sobre el principio de planeación y los estudios previos en los conceptos No. 4201912000006310 del 9 de octubre de 2019, C-223 del 29 de abril de 2020, C-443 del 7 de julio de 2020, C-503 del 17 de septiembre de 2021, C-687 del 14 de enero de 2022 y C-250 del 4 de mayo de 2022[[1]](#footnote-1). La tesis expuesta en estos conceptos se reitera y, en lo pertinente, se complementa a continuación:

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

La contratación Estatal constituye un instrumento a través del cual las entidades públicas realizan el aprovisionamiento de sus bienes, obras y servicios, con el propósito de satisfacer las necesidades e intereses colectivos[[2]](#footnote-2). Para este propósito se sirve de la colaboración de los particulares o de otras entidades que integran la administración pública.

Cuando se trata de contratos celebrados por dos entidades estatales, tales negocios jurídicos se han denominado como interadministrativos, en el entendido de que son celebrados entre entidades públicas. En efecto, la doctrina ha señalado que «se denominan contratos interadministrativos los contratos bilaterales celebrados entre dos entidades estatales»[[3]](#footnote-3). Sobre la tipología de contrato interadministrativo, conviene señalar que aunque la Ley 80 de 1993 no lo definió ni desarrolló, el Decreto 1082 de 2015, «Por medio del cual se expide el Decreto único reglamentario del sector administrativo de planeación nacional», califica a los convenios o contratos interadministrativos como aquella contratación entre entidades estatales[[4]](#footnote-4). 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, pues bien puede una entidad estatal de Ley 80 de 1993 celebrar esta clase de convenios con una entidad estatal de régimen especial y no por ello dejará de ser un contrato o convenio interadministrativo, caso en el cual su ejecución estará sometida a la Ley 80 de 1993.

Un contrato o convenio interadministrativo no está determinado por la modalidad de selección utilizada para celebrarlo. La Ley 1150 de 2007 establece que pueden celebrarse directamente, siempre que las obligaciones derivadas del mismo tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora, señalado en la ley o en sus reglamentos, a menos que, según las excepciones previstas en dicha Ley, deba adelantarse un procedimiento susceptible de pluralidad de oferentes[[5]](#footnote-5). Nótese que, en este caso, lo que cambia es la modalidad de selección y no la naturaleza de contrato interadministrativo.

Además, es necesario tener en cuenta que para que un contrato o convenio interadministrativo exista debe cumplir con los siguientes elementos: acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y que conste por escrito[[6]](#footnote-6). Entonces, si ambas partes son entidades estatales, pueden celebrar convenios interadministrativos, porque las disposiciones que regulan esta tipología hacen referencia a la calidad de los sujetos que intervienen en la contratación, que deben ser entidades estatales o de derecho público.

La Corte Constitucional expresó en la Sentencia C–671 de 2015 que «Lo que hace interadministrativo a un contrato o convenio no es el procedimiento de selección aplicable, sino la calidad de los sujetos contratantes, esto es que las dos partes de la relación jurídica contractual formen parte de la administración pública». Así las cosas, atendiendo a la literalidad de las normas enunciadas, no cabe una interpretación diferente[[7]](#footnote-7), 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[[8]](#footnote-8).

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

c) Contratos interadministrativos, siempre que las obligaciones derivadas del mismo tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora señalado en la ley o en sus reglamentos.

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

En aquellos eventos en que el régimen aplicable a la contratación de la entidad ejecutora no sea el de la Ley [80](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0080_1993.html#1) de 1993, la ejecución de dichos contratos estará en todo caso sometida a esta ley, salvo que la entidad ejecutora desarrolle su actividad en competencia con el sector privado o cuando la ejecución del contrato interadministrativo tenga relación directa con el desarrollo de su actividad.

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

Estarán exceptuados de la figura del contrato interadministrativo, los contratos de seguro de las entidades estatales;

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

De otro lado, se encuentra que el inciso segundo establece una limitación a la contratación directa mediante la causal del literal c) –transcrito anteriormente– dirigido a los supuestos en que las «instituciones de educación superior públicas o las Sociedades de Economía Mixta con participación mayoritaria del Estado, o las personas jurídicas sin ánimo de lucro conformadas por la asociación de entidades públicas, o las federaciones de entidades territoriales sean las ejecutoras». De manera que cuando ellas sean las ejecutoras, no se pueden celebrar contratos interadministrativos de manera directa, utilizando la causal del literal c), tratándose de «contratos de obra, suministro, prestación de servicios de evaluación de conformidad respecto de las normas o reglamentos técnicos, encargos fiduciarios y fiducia pública». En esos supuestos específicos deberán adelantarse procesos competitivos, de acuerdo con las demás modalidades de selección establecidas en el EGCAP, en los cuales dichas entidades podrían participar en igualdad de condiciones e, incluso, resultar adjudicatarias.

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

Aunado a la verificación de las condiciones anteriormente descritas, las entidades públicas también deben garantizar el cumplimiento de los principios de transparencia y selección objetiva[[9]](#footnote-9). Así lo ha señalado de manera unánime la jurisprudencia de la sección tercera del Consejo de Estado, en el sentido de que independiente de modalidad de selección, esto es mediate la contratación directa o un mecanismo competitivo, la celebración de los contratos del estado deben estar orientados por los principios de la contratación estatal, siendo uno de ellos el de transparencia y selección objetiva, tal y como se pasa a explicar[[10]](#footnote-10).

**2.2. Aplicación del principio de selección objetiva del contratista en la contratación directa**

Los principios que rigen la actividad contractual de las entidades estatales están orientados a preservar la objetividad en la selección del contratista, para garantizar el interés general y la realización de los fines del Estado. De igual forma, dichos principios buscan hacer eficaz la participación, en igualdad de condiciones, de quienes reúnan los requisitos que sean exigidos en los documentos del proceso de contratación.

Otro de los principios transversales a todos los procedimientos de selección es el de *selección objetiva*. Se trata del postulado que exige que la escogencia de la oferta ganadora debe fundamentarse en factores objetivos, de carácter técnico, jurídico y financiero, y no en criterios subjetivos, como el afecto, la amistad, el ánimo de ayuda, el interés personal, entre otros.

Si bien dentro de la historia de la contratación pública en Colombia se vislumbran antecedentes normativos que consagraban dicho principio, en la actualidad la disposición legal que lo prevé de manera más clara y contundente es el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 88 de la Ley 1474 de 2011 y por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018.

Así mismo, la Ley 80 de 1993 se refiere a la *selección objetiva* en varios apartados, como: i) el primer inciso del artículo 21, que obliga a las entidades estatales a tener en cuenta la selección objetiva, al garantizar la participación de los oferentes de bienes y servicios de origen nacional, ii) el artículo 24, numeral 5º, literal a), que exige se indiquen en los pliegos de condiciones «[…] los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección», iii) el artículo 24, numeral 5º, literal b), que establece que en los pliegos de condiciones se deben definir «[…] reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierta de la licitación».

De igual forma, iv) el artículo 24, numeral 8º, según el cual «Las autoridades no actuarán con desviación o abuso de poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley. Igualmente, les será prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en el presente estatuto», v) el segundo inciso del parágrafo 3º del artículo 24, que exige tener en cuenta la selección objetiva de la entidad veedora para el procedimiento de venta de bienes de las entidades estatales por el sistema de martillo; vi) el numeral 18 del artículo 25, el cual señala que «La declaratoria de desierta de la licitación únicamente procederá por motivos o causas que impidan la escogencia objetiva».

Finalmente, se manifiesta vii) en el numeral 2 del artículo 30, que dispone que «La entidad interesada elaborará los correspondientes pliegos de condiciones, […], en los cuales se detallarán especialmente los aspectos relativos al objeto del contrato, su regulación jurídica, los derechos y obligaciones de las partes, la determinación y ponderación de los factores objetivos de selección y todas las demás circunstancias de tiempo, modo y lugar que se consideren necesarias para garantizar reglas objetivas, claras y completas», viii) el inciso final del artículo 38, que obliga a las entidades estatales que tengan como objeto la prestación de servicios y actividades de telecomunicaciones a respetar el principio de selección objetiva, y ix) el segundo inciso del artículo 76, que ordena cumplir también con dicho principio a las entidades que tengan por objeto la exploración, explotación y comercialización de recursos naturales renovables y no renovables.

Por su parte, a nivel reglamentario, el Decreto 1082 de 2015 también hace referencia a la selección objetiva como postulado esencial al interior de los procedimientos de selección. Así se infiere, por ejemplo, del numeral 4º del artículo 2.2.1.1.2.1.3., que indica que dentro de la información del pliego de condiciones se deben definir «Las condiciones de costo y/o calidad que la Entidad Estatal debe tener en cuenta para la selección objetiva, de acuerdo con la modalidad de selección del contratista», entre otros.

La jurisprudencia también ha reconocido la preponderancia de este deber en la etapa precontractual, indicando que su garantía es imprescindible para satisfacer adecuadamente las necesidades de la sociedad mediante la celebración del contrato. Al respecto, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha dicho que la objetividad en la selección de los contratistas se relaciona, principalmente, con evitar criterios subjetivos, lo que significa reglas que evalúen factores comparables, dándole un valor a cada uno que permita una adjudicación objetiva.

Igualmente, ha señalado que la selección objetiva «fundamenta uno de los principales deberes de todos los responsables de la contratación estatal en el derecho colombiano, cual es el de mantener intacta la institucionalidad por encima de los intereses personales, individuales o subjetivos».

Ahora bien, para garantizar los principios de la contratación pública en la contratación directa, particularmente, la transparencia y la selección objetiva, cuyos elementos se asemejan, se debe tener en cuenta que la contratación directa es una excepción, de las que puede hacer el legislador, a los principios de libre competencia y libre concurrencia. Lo anterior puesto que no existe competencia y, por ello, no hay rivalidad entre los posibles proveedores del bien o servicio que requiere la entidad, teniendo en cuenta que al proceso solo concurre la persona que la entidad invita directamente. Esta persona es la única autorizada, por ende, no hay libre concurrencia, porque así lo permiten las características de la modalidad de contratación directa analizadas, que dispuso el legislador.

Sin embargo, la contratación directa no está exceptuada del cumplimiento de los principios de transparencia y selección objetiva, los cuales tienen como elemento común la objetividad en la selección del contratista. La evidencia son las definiciones expuestas en párrafos anteriores, ya que a pesar de que la entidad dirija la invitación a ofertar solamente a una persona, esto no significa que puede elegirla con base en criterios subjetivos, como el afecto, la amistad, el ánimo de ayuda, el interés personal, entre otros.

En ese sentido, la persona a la que la entidad contrata directamente es aquella que se considera que cumple con lo requerido para satisfacer la necesidad contractual. Esa consideración de la entidad contratante será objetiva en la medida en que se cumpla con el principio de planeación, que se refleja principalmente en los estudios previos y en el acto administrativo que justifica la contratación directa, en los casos en que aplica. De esta manera, aunque la contratación sea directa, como ya se explicó, esto no implica que la entidad no deba definir las condiciones del contratista que está en capacidad de cumplir el contrato, lo cual es un elemento común entre las modalidades de selección competitivas y no competitivas.

En todo caso, siempre deberán definirse los criterios de escogencia del contratista, pero la diferencia de las modalidades de selección radica en que las causales de contratación directa fueron dispuestas por el legislador en atención a que en el mercado no se encuentra una gran cantidad de proveedores que ofrezcan lo que la entidad requiere. O que, existiendo muchos proveedores, la entidad los puede diferenciar a partir del nivel de conocimientos o experiencia que estos poseen para elegir entre ellos a uno que la entidad, objetivamente, considera como el que puede desarrollar de mejor forma el objeto contractual y demás elementos materiales que justifican la existencia de las demás causales de contratación directa. En todo caso, se reitera que el legislador goza de una amplia libertad de configuración para establecer los supuestos en que procede la elección directa de los contratistas del Estado.

De esta manera, a ese sujeto que la entidad selecciona puede invitarlo directamente a que presente oferta, sin que exista una indebida decisión arbitraria, esto es, una decisión caprichosa y basada en criterios subjetivos por parte de la entidad. La razón de esto es que, como se señaló, la objetividad está dada por la definición de criterios de escogencia que reflejen una justificación fundamentada en lo que requiere la entidad.

Los fines públicos establecen un contenido diferente a las entidades públicas, a pesar de su posibilidad de contratar en forma directa, teniendo en cuenta las causales reguladas en el EGCAP. A partir de estos contenidos y principios, es donde la contratación directa de las entidades no es asimilable a la autonomía de la voluntad regulada en el derecho privado, pues deben garantizarse principios como la planeación, la transparencia, la economía, entre otros, para celebrar este tipo de contratos.

**2.3. Principio de planeación en la contratación directa: estudios previos y acto administrativo de justificación**

Conforme lo expuesto en las líneas precedentes, es lógico que el deber de planeación que debe guiar la actividad contractual del Estado, también resulte exigible en la contratación directa, como lo ha dejado claro esta Agencia, entre otros, en el Concepto C–418 de 2021 –arriba citado–, al indicar que la planeación contractual es una herramienta de gerencia pública, que exige estructurar el proceso contractual dedicando tiempo y esfuerzos para elaborar estudios previos, los cuales deberán ser adecuados a su alcance y complejidad. Lo anterior con la finalidad de determinar la necesidad que pretende satisfacer la entidad estatal, consultando el tipo de bienes y servicios que ofrece el mercado y sus características, especificaciones, precios, costos, riesgos, garantías, disponibilidad, oferentes, etc.

Así, una debida planeación debe conducir a una escogencia diligente de la mejor oferta, para beneficiar los intereses y fines públicos inmersos en la contratación de las entidades estatales, buscando siempre la correcta ejecución del contrato[[11]](#footnote-11).

El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública contiene disposiciones que demandan de las entidades estatales el deber de planeación en la etapa precontractual. Esto con la finalidad de que los procesos de contratación satisfagan las necesidades de la Administración, cumplan sus fines, logren la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y permitan la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran en su consecución. En relación con el principio de economía, se tienen las siguientes reglas derivadas de su aplicación, lo cual está previsto en el artículo 25 de la Ley 80 de 1993:

7o. La conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar y las autorizaciones y aprobaciones para ello, se analizarán o impartirán con antelación al inicio del proceso de selección del contratista o al de la firma del contrato, según el caso.

[…]

12. Previo a la apertura de un proceso de selección, o a la firma del contrato en el caso en que la modalidad de selección sea contratación directa, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones, según corresponda.

Cuando el objeto de la contratación incluya la realización de una obra, en la misma oportunidad señalada en el inciso primero, la entidad contratante deberá contar con los estudios y diseños que permitan establecer la viabilidad del proyecto y su impacto social, económico y ambiental. Esta condición será aplicable incluso para los contratos que incluyan dentro del objeto el diseño.

De las normas citadas se resalta que, en virtud del principio de economía, para iniciar un proceso de contratación, *inclusive de contratación directa*, se requieren unos estudios previos. Con ellos, se estructuran, concretan y viabilizan los aspectos esenciales del futuro contrato, dentro de los cuales se encuentran su objeto y valor estimado, entre otros elementos.

Los componentes de los estudios previos que sirven de soporte para elaborar el proyecto de pliego, los pliegos de condiciones y el contrato, están previstos en el artículo 2.2.1.1.2.1.1 del Decreto 1082 de 2015. La norma exige que se determine la necesidad, el objeto a contratar con sus especificaciones, se estime el costo que implica la celebración del contrato y se justifique la modalidad de selección del contratista, incluyendo sus fundamentos jurídicos, de la siguiente manera:

1. La descripción de la necesidad que la Entidad Estatal pretende satisfacer con el Proceso de Contratación.

2. El objeto a contratar, con sus especificaciones, las autorizaciones, permisos y licencias requeridos para su ejecución, y cuando el contrato incluye diseño y construcción, los documentos técnicos para el desarrollo del proyecto.

3. La modalidad de selección del contratista y su justificación, incluyendo los fundamentos jurídicos.

4. El valor estimado del contrato y la justificación del mismo. Cuando el valor del contrato esté determinado por precios unitarios, la Entidad Estatal debe incluir la forma como los calculó y soportar sus cálculos presupuestales en la estimación de aquellos. Si el contrato es de concesión, la Entidad Estatal no debe publicar el modelo financiero utilizado en su estructuración.

5. Los criterios para seleccionar la oferta más favorable.

6. El análisis de Riesgo y la forma de mitigarlo.

7. Las garantías que la Entidad Estatal contempla exigir en el proceso de contratación.

8. La indicación de si el proceso de contratación está cobijado por un acuerdo comercial.

De lo anterior se desprende que una de las exigencias normativas, que al mismo tiempo se erige como contenido propio del deber de planeación en la contratación estatal, consiste en justificar debidamente la modalidad escogida para la selección del contratista. Lo anterior, dado que cada una de dichas modalidades, por un lado, cuenta con causales específicas y de aplicación restrictiva, como resulta suceder, por ejemplo, con la contratación directa, y, además, por cuanto ha sido intención del legislador lograr que con el diseño de cada una de dichas modalidades de selección se atienda de manera adecuada e idónea a la necesidad de la entidad contratante, a la naturaleza del objeto a contratar y a las circunstancias propias de la contratación. Por ende, la escogencia correcta del procedimiento de selección es un asunto que no obedece a un aspecto meramente formal; sino que, por el contrario, atiende y pretende la mejor y óptima aplicación de los principios que guían la función administrativa.

Por esta razón, el parágrafo 1 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 claramente determina el deber de la entidad pública de justificar la escogencia de esta o aquella modalidad de selección, en los siguientes términos: «La entidad deberá justificar de manera previa a la apertura del proceso de selección de que se trate, los fundamentos jurídicos que soportan la modalidad de selección que se propone adelantar». De tal manera, el contenido de los estudios previos establecido en el precitado artículo 2.2.1.1.2.1.1 del Decreto 1082 de 2015, no resulta ser más que una reiteración del deber de las entidades estatales dado por la Ley 1150 de 2007 y derivado, entre otros, del deber de planeación.

Si bien dicha disposición de la Ley 1150 resultaría suficiente para comprender que en todas las modalidades de selección la entidad debe justificar la escogencia de una u otra, el reglamento estableció, al tratarse de la contratación directa, el deber de emitir, por regla general, un acto administrativo de justificación de dicha modalidad, con un contenido especial. Así, el artículo 2.2.1.2.1.4.1. del Decreto 1082 de 2015 establece que «La Entidad Estatal debe señalar en un acto administrativo la justificación para contratar bajo la modalidad de contratación directa, el cual deberá contener»[[12]](#footnote-12):

1. La causal que invoca para contratar directamente.

2. El objeto del contrato.

3. El presupuesto para la contratación y las condiciones que exigirá al contratista.

4. El lugar en el cual los interesados pueden consultar los estudios y documentos previos.

En relación con cada uno de estos aspectos es necesario realiza algunas precisiones en consideración a la consulta planteada. El primer aspecto que contempla el acto administrativo de justificación es el deber de la entidad de justificar la causal que se invoca para contratar directamente. Principalmente, las causales de la contratación directa se encuentran contenidas en el numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007; no obstante, también se pueden encontrar en otras leyes especiales eventos en los que el legislador autorice expresamente la contratación bajo esta modalidad. Ahora bien, partiendo de la excepcionalidad de la contratación directa, la aplicación de sus causales no puede efectuarse por fuera del contenido normativo que establece cada una de ellas.

Según el numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, las causales para acudir a la modalidad de selección de contratación directa son: i) la urgencia manifiesta. ii) La contratación entre entidades estatales, esto es, los contratos interadministrativos. iii) Cuando no exista pluralidad de oferentes[[13]](#footnote-13). iv) Contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión[[14]](#footnote-14). v) Contratos para la ejecución de contratos artísticos que solo pueden encomendarse a determinadas personas naturales. vi) Adquisición y arrendamiento de bienes inmuebles. vii) Contratos de empréstitos. viii) Contratación de bienes y servicios del sector defensa que requieran reserva. ix) Contratos para el desarrollo de actividades científicas y tecnológicas. x) Contratos de encargo fiduciario que celebren las entidades territoriales cuando inicien el acuerdo de reestructuración de pasivos. xi) La contratación de bienes y servicios de la Dirección Nacional de Inteligencia (DNI), que requieran reserva para su adquisición. xii) La selección de peritos expertos o asesores técnicos para presentar o contradecir el dictamen pericial en procesos judiciales. xiii) Los contratos o convenios que las entidades estatales suscriban con los cabildos Indígenas y las Asociaciones de Autoridades Tradicionales Indígenas, cuyo objeto esté relacionado con el fortalecimiento del Gobierno Propio, la identidad cultural, el ejercicio de la autonomía, y/o la garantía de los Derechos de los Pueblos Indígenas. xiv) Los contratos que las entidades estatales suscriban con los consejos comunitarios de las comunidades negras, cuyo objeto esté relacionado con el fortalecimiento del gobierno propio, la identidad étnica y cultural, el ejercicio de la autonomía, y/o la garantía de los derechos de los pueblos de las mismas comunidades. xv) Los contratos que las entidades estatales suscriban con las organizaciones de base de personas pertenecientes a poblaciones afrocolombianas, raizales y palenqueras o con las demás formas y expresiones organizativas, que cuenten con diez (10) años o más de haber sido incorporados, por el Ministerio del Interior en el correspondiente Registro Público Único Nacional y que hayan cumplido con el deber de actualización de información en el mismo registro, cuyo objeto esté relacionado con el fortalecimiento de sus organizaciones, la identidad étnica y cultural, y/o la garantía de los derechos de las poblaciones de las mismas organizaciones[[15]](#footnote-15). Sin perjuicio del listado consagrado en el citado artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, como se mencionó anteriormente, el legislador puede establecer otras causales en leyes especiales, en las cuales autorice la contratación directa.

De esta manera, en consonancia con el estudio previo, la entidad tiene el deber de justificar suficientemente la modalidad de selección escogida y la causal, la cual debe anteceder a la celebración misma del contrato respectivo[[16]](#footnote-16). Para esta Agencia, la existencia de una norma reglamentaria especial que implique la obligación, en cabeza de la entidad contratante, de emitir un acto administrativo particular a través mediante el cual justifique la escogencia de la contratación directa, además de acompasarse con los principios de transparencia, publicidad y selección objetiva que, como se dijo, deben aplicarse en dicho procedimiento de selección, resulta coherente con el carácter excepcional y taxativo de las causales para contratar directamente. Lo que se pretende con la exigencia de ese acto administrativo, dicho en otras palabras, es que la entidad certifique y/o verifique la causal aplicable y, por ende, la procedencia de la contratación directa como procedimiento de selección.

En relación con la causal de contratación directa establecida en el literal c del numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, las entidades estatales pueden suscribir contratos interadministrativos siempre que las obligaciones derivadas de los mismos tengan relación con el objeto de la entidad ejecutora. Como se explicó en el numeral 2.1, los contratos o convenios interadministrativos están determinados por un criterio orgánico, pues es necesario que los extremos de la relación contractual sean entidades estatales.

Por consiguiente, la justificación de esta causal de contratación directa debe partir de la base de dos aspectos primordiales: i) el contratista ejecutor debe ser una entidad estatal o persona jurídica de derecho público, independientemente de que esta cuente con un régimen especial de contratación y ii) es imperativo que el objeto de dicha entidad tenga relación directa con las obligaciones del contrato a ejecutar, pues, de lo contrario, no se cumpliría con el requisito establecido en la ley, aun cuando esta sea una entidad estatal. Al respecto, en pronunciamiento de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado se señaló: «Esta exigencia significa que la entidad estatal ejecutora (contratista) posee la capacidad jurídica y financiera, el soporte técnico y operativo y la experiencia acreditada para ejecutar ella misma el objeto contractual, por lo que todo tipo de “intermediación” en la materia se encuentra proscrito por la ley; además, se trata de un requisito general para poderse obligar válidamente (artículo 1502 C.C)»[[17]](#footnote-17).

De esta manera, cada uno de estos aspectos debe contemplar la justificación suficiente que permita determinar que la causal escogida por la entidad estatal se ajusta a lo dispuesto en la norma. Lo anterior, teniendo en cuenta que la modalidad de contratación directa es de aplicación restrictiva y solo procede por las causales previstas en la ley.

Ahora bien, frente a consulta planteada sobre la justificación de esta causal cuando existen varias entidades que pueden prestar el servicio, es pertinente indicar que es la Ley 1150 de 2007 la que prescribe que los contratos interadministrativos pueden celebrarse directamente, sin perjuicio de que, eventualmente, se celebren en el marco de un proceso de selección competitivo, como se explicó en el numeral 2.1. de este concepto. Por ello, al tratarse de una causal de contratación directa establecida por el legislador no será obligatorio contar con varias ofertas para escoger libremente a la entidad estatal con la cual se suscribirá el contrato interadministrativo. En efecto, como se indicó, la modalidad de contratación directa es una excepción a los principios de libre concurrencia y libre competencia, por lo que no es necesario que la entidad estatal reciba más de una oferta, la cual proviene de la persona que la entidad señala directamente y la invita a ofertar el bien o servicio que requiere. Lo anterior obedece a que el legislador privilegió algunos objetos contractuales u oferentes para contratarlos de manera directa, lo cual implica que el procedimiento es simplificado, corto, ágil y expedito, por no exigir una convocatoria pública, sin que esto obvie garantizar los principios rectores de la contratación pública.

Sobre el particular, el Consejo de Estado ha señalado que la contratación directa es «aquella forma de escoger al contratista donde no es necesario que la administración obtenga dos o más ofertas, toda vez que es la única manera de entender que de verdad la contratación es directa. Si necesitara varias propuestas, la modalidad no sería esta, ya que la expresión contratación directa debe dar la idea de que la contratación se realiza con quien la entidad escoja libremente, de no ser así no sería directa». Así mismo, señaló que «Del articulado mismo de la ley 1.150 se desprende que las causales de contratación directa no requieren de la obtención de un número plural de ofertas. Por el contrario, la escoge libremente, bien pidiendo una sola oferta o incluso ninguna, pudiendo pasarse -en este último caso- a suscribir directamente el contrato»[[18]](#footnote-18). De ahí que, para esta modalidad de contratación, incluyendo la causal de contratos interadministrativos objeto de análisis, no resulta obligatoria la comparación de varias ofertas, pudiendo la entidad celebrar directamente el contrato con aquella entidad que cumpla con los requisitos necesarios para la ejecución del mismo.

Sin embargo, como se indicó en el numeral 2.2, esto no significa que esta contratación esté exenta del cumplimiento de los principios de transparencia y selección objetiva que rigen la contratación pública. En la contratación directa la entidad también deberá realizar un análisis previo a la suscripción del contrato, en el que se verifique que el contratista cumple con lo requerido para satisfacer la necesidad contractual. Por tanto, la entidad tiene la obligación de escoger al contratista de manera objetiva, es decir, que «el contratista elegido no lo sea por razones políticas, o de amistad, o de recomendación basada en criterios caprichosos, sino en motivos como la buena calidad del trabajo, la experiencia profesional reconocida, la imagen pública de su actividad profesional, entre otros factores objetivos y criterios de valoración profesional que alejan la arbitrariedad, la subjetividad y el capricho de la selección del contratista, cuando se escoge en forma directa»[[19]](#footnote-19).

En este contexto, en la causal de contratos interadministrativos es necesario que la entidad justifique las razones por las cuales se contratará directamente con la entidad estatal basado en criterios objetivos como la experiencia, la idoneidad, capacidad financiera, capacidad técnica y operativa, entre otros. De esta manera, la entidad estatal, además de verificar el cumplimiento de los requisitos señalados en el literal c del numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, deberá constatar que la entidad con la cual se celebrará el contrato está en capacidad de ejecutar el objeto contractual y que haya demostrado la idoneidad para cumplirlo, sin que sea necesario que haya obtenido previamente varias ofertas, de lo cual la entidad deberá dejar la constancia respectiva.

Lo expuesto guarda relación con el numeral segundo del artículo 2.2.1.2.1.4.1. del Decreto 1082 de 2015 referente al objeto del contrato como elemento del acto administrativo de justificación de la contratación directa, en la medida en que la entidad deberá relacionar el objeto del contrato a ejecutar, el cual debe encontrarse en consonancia con el objeto de la entidad ejecutora, conforme lo exige el literal c del numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007.

En relación con el numeral 3 del artículo 2.2.1.2.1.4.1. del Decreto 1082 de 2015, se establece la obligación de señalar el presupuesto para la contratación y las condiciones que exigirá al contratista. Para estos efectos, es importante considerar que el artículo 2.2.1.1.1.6.1 del Decreto 1082 de 2015 dispone que «La Entidad Estatal debe hacer, durante la etapa de planeación, el análisis necesario para conocer el sector relativo al objeto del Proceso de Contratación desde la perspectiva legal, comercial, financiera, organizacional, técnica, y de análisis de Riesgo […]».

De acuerdo con la norma citada, la entidad debe realizar el análisis necesario para conocer el sector relativo al objeto del proceso de contratación, sin que sea relevante la modalidad de selección. Si bien los estudios del sector son de gran relevancia en los procesos de contratación donde existe pluralidad de oferentes, nada obsta para que se elaboren allí donde no existiría competencia. Para estos efectos, la Guía de Elaboración de Estudios de Sector elaborada por esta Agencia, explica que «En la contratación directa, el estudio del sector debe tener en cuenta el objeto del Proceso de Contratación, particularmente las condiciones del contrato, como los plazos y formas de entrega y de pago. El estudio del sector debe permitir a la Entidad Estatal sustentar su decisión de hacer una contratación directa, la elección del proveedor y la forma en que se pacta el contrato desde el punto de vista de la eficiencia, eficacia y economía»[[20]](#footnote-20).

La Entidad Estatal debe consignar en los *Documentos del Proceso*, bien sea en los estudios previos o en la información de soporte de los mismos, los aspectos de que trata el artículo 2.2.1.1.1.6.1 del Decreto 1082 de 2015. De esta manera, en la contratación directa también deben existir unos estudios previos para fijar los criterios de escogencia del contratista.

El Consejo de Estado, se pronunció sobre la relación existente entre el estudio del sector y la estimación del valor del contrato, indicando que se deben tener en cuenta las diferentes variables del mercado como los costos de la cadena de producción. Pero, independientemente de esto, la entidad debe obtener el menor precio o uno razonable. En todo caso el valor debe estar justificado para que no corresponda a sobrecostos ni a precios artificialmente bajos, y que con ello la entidad pague un valor adecuado. Esto se logra con el estudio del mercado y sus costos, el cual debe estar a disposición de los participantes del procedimiento contractual[[21]](#footnote-21).

Aunque en la contratación directa no es obligatoria la comparación de ofertas o el requerimiento de cotizaciones, nada obsta para que la entidad estatal realice el análisis correspondiente que permita determinar el valor de la contratación con el fin de que el contrato a ejecutar cuente con un presupuesto adecuado y razonable. En este estudio resulta de especial importancia el análisis del comportamiento del gasto histórico que realice la entidad en relación con la forma en la cual se ha realizado dicha contratación por parte de esta entidad y de otras entidades estatales[[22]](#footnote-22).

Como se mencionó, los estudios previos deben contener las condiciones mínimas y necesarias que debe acreditar el contratista, para demostrar su capacidad de cumplir el contrato. Respecto de la contratación directa, los estudios previos sustentan o exponen los argumentos relacionados con la idoneidad de la persona o entidad a contratar, y contienen las razones de que esta sea la adecuada para ejecutar el objeto contractual. El artículo 2.2.1.1.2.1.1. del Decreto 1082 de 2015, que señala el contenido de los estudios y documentos previos, y el principio de selección objetiva que se estudió a profundidad en el numeral 2.2 de este concepto, determinan lo relacionado con los estudios previos para conocer las condiciones en que se debe adquirir el bien o servicio que satisface su necesidad.

Así las cosas, en relación con la causal de contratos interadministrativos, por ser el objeto de esta consulta, conviene concluir que es una causal de contratación directa, y que en ella se debe verificar la idoneidad o experiencia del contratista y demás aspectos relevantes, sin que sea necesario recibir varias ofertas o cotizaciones de precios. Ello no obsta para que exista una selección objetiva al verificar las condiciones que arrojaron los estudios previos y que se invite a ofertar de forma directa a la entidad estatal que se considere idónea y adecuada con base en los estudios realizados en dichos documentos.

Finalmente, el numeral 4 del artículo 2.2.1.2.1.4.1. del Decreto 1082 de 2015, señala que el acto administrativo de justificación deberá contener el lugar en el cual los interesados pueden consultar los estudios y documentos previos. Esta obligación es concordante con lo dispuesto en el artículo 2.2.1.1.1.7.1. del Decreto 1082 de 2015 que establece que «La Entidad Estatal está obligada a publicar en el SECOP los Documentos del Proceso y los actos administrativos del Proceso de Contratación, dentro de los tres (3) días siguientes a su expedición». Por tanto, en la contratación directa los estudios previos, una vez expedidos, deben publicarse en el SECOP dentro de los tres (3) días siguientes, de conformidad con la normativa vigente.

**2.4. La subcontratación en los contratos interadministrativos**

La figura jurídica de la subcontratación no ha tenido un desarrollo regulatorio sustancial en el derecho colombiano. Aunque en materia de contratación estatal hay algunas referencias a esta institución en las Leyes 80 de 1993[[23]](#footnote-23) y 1150 de 2007[[24]](#footnote-24), así como en el Decreto 1082 de 2015[[25]](#footnote-25), el ordenamiento jurídico carece de una disposición legal que brinde una definición de subcontratación. Sin embargo, la jurisprudencia y la doctrina se han encargado de estudiar y analizar la naturaleza de esta figura y han construido los elementos y características propias de la subcontratación.

La doctrina ha analizado la subcontratación en la contratación estatal, señalando que «La subcontratación supone la celebración de un contrato eventual y accesorio, entre un contratista del Estado y un tercero, sin que aquel tenga el deber, por regla general, de agotar un procedimiento previo de selección, por medio del cual el segundo sustituye parcial y materialmente al primero, quien conserva la dirección general del proyecto y es responsable ante la entidad estatal contratante por el cumplimiento íntegro de las obligaciones derivadas del contrato adjudicado»[[26]](#footnote-26). En el ámbito internacional se ha entendido a la subcontratación como «La práctica mercantil de organización productiva en virtud de la cual el contratista o subcontratista encarga a otro subcontratista o trabajador autónomo parte de lo que a él se le ha encomendado»[[27]](#footnote-27). En el marco de esta figura, se define el nivel de subcontratación como «Cada uno de los escalones en que se estructura el proceso de subcontratación que se desarrolla para la ejecución de la totalidad o parte de la obra asumida contractualmente por el contratista con el promotor»[[28]](#footnote-28).

Por su parte, la Sección Tercera del Consejo de Estado, en Sentencia del 12 de agosto de 2013[[29]](#footnote-29), estructuró la definición y naturaleza del subcontrato reiterando lo señalado por la doctrina. Al respecto, indicó:

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

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

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

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

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

Debido a la escasa regulación normativa, la subcontratación en materia de contratación pública estará supeditada a lo dispuesto en el pliego de condiciones y en el contrato. De esta manera, su configuración dependerá de las condiciones establecidas en el acuerdo de voluntades, de tal forma que si esta no se permite para determinadas actividades o está supeditada a la autorización previa de la entidad, el contratista no podrá subcontratar sin su autorización. Por su parte, si en el contrato no se estipula esta figura, se entiende que en principio está permitida y, por tanto, el contratista podrá subcontratar parcialmente con fundamento en la libertad de empresa, sin perjuicio de las limitaciones establecidas por ley.

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

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

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

De esta manera, aunque en el contrato interadministrativo las obligaciones derivadas de este deben tener relación directa con el objeto de la entidad ejecutora, ello no es óbice para que esta subcontrate algunas actividades conforme lo expuesto anteriormente. En efecto, aunque la disposición analizada precisamente establece ciertas limitaciones específicas en relación con la subcontratación, implícitamente reconoce que esta es posible en los contratos interadministrativos. En este sentido, la norma analizada parte de considerar que la subcontratación es posible, por lo que el contenido normativo se dirige a establecer algunas limitaciones.

En armonía con lo anterior, y frente a la posibilidad de subcontratar ciertas actividades en el marco de los contratos interadministrativos, conviene destacar una disposición a la que se hizo referencia en el numeral 2.1. de este concepto, esto es, el inciso tercero del literal c), numeral 4, del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 –modificado por la Ley 1474 de 2011– que establece que en los casos en que el régimen contractual de la entidad ejecutora no sea el EGCAP, la ejecución de dichos contratos estará sometida a dicho estatuto, salvo que la entidad ejecutora desarrolle su actividad en competencia con el sector privado o cuando la ejecución del contrato interadministrativo tenga relación directa con el desarrollo de su actividad.

Sin perjuicio de lo indicado, en este punto es pertinente señalar que recientemente se expidió de la Ley 2195 de 2022, «Por medio de la cual se adoptan medidas en materia de transparencia, prevención y lucha contra la corrupción y se dictan otras disposiciones». Entre las medidas adoptadas por la Ley mencionada se destaca el artículo 56, el cual se refiere de manera expresa a los documentos tipo y a su aplicabilidad a sujetos diferentes de las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública[[30]](#footnote-30). El alcance de este artículo ha sido expuesto ampliamente en los conceptos C-066 del 28 de enero de 2022, C-033 del 4 de marzo de 2022, C-049 del 07 de marzo de 2022, C-059 de 08 de marzo de 2022, C-065 del 9 de marzo de 2022, C-090 del 16 de marzo de 2022, C-087 del 17 de marzo de 2022, C-083 del 18 de marzo de 2022, C-160 del 05 de abril de 2022, C- 244 del 2 de mayo de 2022, C-269 del 6 de mayo de 2022 y C-341 del 27 de mayo de 2022.

De conformidad con lo señalado en estos conceptos, el artículo 56 de la Ley 2195 de 2022 busca extender la aplicación obligatoria de los documentos tipo a la celebración de contratos o convenios interadministrativos entre entidades regidas por el EGCAP y entidades de régimen especial de contratación. Esto de tal forma que cuando una entidad estatal regida por el EGCAP celebre contratos o convenios, entre otros, con entidades estatales de régimen especial tenga que hacerlo aplicando documentos tipo, en caso de que alguno resulte aplicable.

De este modo, los contratos o convenios que se deban celebrar con estos sujetos, cuyos objetos comprendan la adquisición de bienes, obras o servicios, deberán celebrarse mediante documentos tipo. Además, se ordena la aplicación del EGCAP a los Procesos de Contratación que se adelanten y a los contratos que se celebren con ocasión de los contratos o convenios a los que se refiere el primer inciso de la norma indicada. Esto significa que si una entidad estatal de régimen especial, en virtud de lo dispuesto en los incisos primero y segundo del artículo 56 *ejusdem,* debe contratar bienes, obras o servicios, en cumplimiento de un contrato o convenio celebrado con una entidad estatal sometida a la Ley 80 de 1993, deberá adelantar el procedimiento de selección, así como celebrar el respectivo contrato, implementando los documentos tipo y aplicando las disposiciones del EGCAP.

Así las cosas, las entidades estatales que tienen como régimen contractual el EGCAP no puedan eludir su aplicación, ni la de los documentos tipo que resulten obligatorios, celebrando convenios o contratos interadministrativos con entidades exceptuadas, para que sean estos últimos quienes, en el marco de sus regímenes especiales o de derecho privado, realicen la subcontratación de los bienes, obras o servicios que demanda la entidad estatal, en una suerte de tercerización de la contratación. Lo anterior teniendo en cuenta que, a la luz de lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley 2195 de 2022, tales entidades exceptuadas que han suscrito convenios o contratos de cualquier índole con entidades sometidas al EGCAP, estarán obligadas a aplicar dicho estatuto para la contratación derivada de obras, bienes o servicios, que estén destinados al cumplimiento del contrato celebrado con la entidad sometida al Estatuto General de Contratación, siempre que exista documento tipo aplicable al objeto que se pretende contratar. Lo anterior sin perjuicio de lo dispuesto en el parágrafo del artículo 56 *ibidem*, que establecealgunas excepciones en relación con su aplicación.

**3. Respuestas**

«(i) ¿Cuál debe ser el contenido mínimo que se debe desarrollar para cada uno de los elementos que componen el acto administrativo de justificación de contratación directa o, en su defecto, los estudios previos?

De conformidad con lo expuesto en las consideraciones de este concepto, y sin perjuicio del análisis más detallado realizado allí, el artículo 2.2.1.2.1.4.1. del Decreto 1082 de 2015 establece que «La Entidad Estatal debe señalar en un acto administrativo la justificación para contratar bajo la modalidad de contratación directa, el cual deberá contener»[[31]](#footnote-31):

1. La causal que invoca para contratar directamente.

2. El objeto del contrato.

3. El presupuesto para la contratación y las condiciones que exigirá al contratista.

4. El lugar en el cual los interesados pueden consultar los estudios y documentos previos.

El primer aspecto que contempla el acto administrativo de justificación es el deber de la entidad de justificar la causal que se invoca para contratar directamente. Principalmente, las causales de la contratación directa se encuentran contenidas en el numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007; no obstante, también se pueden encontrar en otras leyes especiales eventos en los que se autorice la contratación bajo esta modalidad. En tal sentido, su aplicación no puede efectuarse por fuera del contenido normativo, ni operar más allá de lo que la misma causal establezca. En relación con el segundo numeral referente al objeto del contrato, la entidad deberá relacionar el objeto del contrato a ejecutar, el cual debe encontrarse en consonancia con el objeto de la entidad ejecutora conforme lo dispone el literal c del numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007.

Respecto del numeral 3 del artículo 2.2.1.2.1.4.1. del Decreto 1082 de 2015, se establece la obligación de señalar el presupuesto para la contratación y las condiciones que exigirá al contratista. Para estos efectos, es importante considerar que el artículo 2.2.1.1.1.6.1 del Decreto 1082 de 2015 dispone que «La Entidad Estatal debe hacer, durante la etapa de planeación, el análisis necesario para conocer el sector relativo al objeto del Proceso de Contratación desde la perspectiva legal, comercial, financiera, organizacional, técnica, y de análisis de Riesgo […]». De acuerdo con la norma citada, la entidad debe realizar el análisis necesario para conocer el sector relativo al objeto del proceso de contratación, sin que sea relevante la modalidad de selección. Si bien los estudios del sector son de gran relevancia en los procesos de contratación donde existe pluralidad de oferentes, nada obsta para que se elaboren allí donde no existiría competencia. Aunque en la contratación directa no es obligatoria la comparación de ofertas o el requerimiento de cotizaciones, nada obsta para que la entidad estatal realice el análisis correspondiente que permita determina el valor de la contratación con el fin de que el contrato a ejecutar cuente con un presupuesto adecuado y razonable. En este estudio resulta de especial importancia el análisis del comportamiento del gasto histórico en relación con la forma en la cual se ha realizado dicha contratación por parte de esta entidad y de otras entidades estatales.

Finalmente, el numeral 4 del artículo 2.2.1.2.1.4.1. del Decreto 1082 de 2015, señala que el acto administrativo de justificación deberá contener el lugar en el cual los interesados pueden consultar los estudios y documentos previos. Esta obligación es concordante con lo dispuesto en el artículo 2.2.1.1.1.7.1. del Decreto 1082 de 2015 que establece que «La Entidad Estatal está obligada a publicar en el SECOP los Documentos del Proceso y los actos administrativos del Proceso de Contratación, dentro de los tres (3) días siguientes a su expedición». Por tanto, en la contratación directa los estudios previos, una vez expedidos, deben publicarse en el SECOP dentro de los tres (3) días siguientes, de conformidad con la normativa vigente.

«(ii) ¿Cuál debe ser la justificación requerida para aquellos contratos interadministrativos en los que existe más de una entidad pública que puede prestar el servicio a otra entidad pública? ¿Es necesario que la justificación se base en estudios de mercado y cotizaciones de precio? ¿Es suficiente señalar la facultad legal, o la capacidad técnica o la experiencia como elementos para poder proceder con la contratación?

(iii) ¿En aquellos casos en los que existen entidades con objetos similares pero que tienen una especialidad diferente y reconocida en el mercado, basta con señalar en el acto de justificación o estudios previos, la especialidad y experiencia de la entidad pública que se pretende contratar?»

En relación con la causal de contratación directa establecida en el literal c del numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, las entidades estatales pueden suscribir contratos interadministrativos siempre que las obligaciones derivadas de los mismos tengan relación con el objeto de la entidad ejecutora. Como se explicó en el numeral 2.1 de este concepto, los contratos o convenios interadministrativos están determinados por un criterio orgánico, pues es necesario que los extremos de la relación contractual sean entidades estatales.

Por consiguiente, la justificación de esta causal de contratación directa debe partir de la base de dos aspectos primordiales: i) el contratista ejecutor debe ser una entidad estatal o persona jurídica de derecho público, independientemente de que esta cuente con un régimen especial de contratación y ii) es imperativo que el objeto de dicha entidad tenga relación directa con las obligaciones del contrato a ejecutar, pues de lo contrario no se cumpliría con el requisito establecido en la ley, aun cuando esta sea una entidad estatal. Al respecto, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha señalado que «Esta exigencia significa que la entidad estatal ejecutora (contratista) posee la capacidad jurídica y financiera, el soporte técnico y operativo y la experiencia acreditada para ejecutar ella misma el objeto contractual, por lo que todo tipo de “intermediación” en la materia se encuentra proscrito por la ley; además, se trata de un requisito general para poderse obligar válidamente (artículo 1502 C.C)».

De esta manera, cada uno de estos aspectos debe contemplar la justificación suficiente que permita determinar que la causal escogida por la entidad estatal se ajusta a lo dispuesto en la norma. Lo anterior, teniendo en cuenta que la modalidad de contratación directa es de aplicación restrictiva y solo procede por las causales previstas en la ley.

Ahora bien, frente a consulta planteada sobre la justificación de esta causal cuando existen varias entidades que pueden prestar el servicio, es pertinente indicar que es la Ley 1150 de 2007 la que prescribe que los contratos interadministrativos pueden celebrarse directamente, sin perjuicio de que, eventualmente, se celebren en el marco de un proceso de selección competitivo, como se explicó en el numeral 2.1. de este concepto. Por ello, al tratarse de una causal de contratación directa establecida por el legislador no será obligatorio contar con varias ofertas para escoger libremente a la entidad estatal con la cual se suscribirá el contrato interadministrativo. En efecto, como se indicó, la modalidad de contratación directa es una excepción a los principios de libre concurrencia y libre competencia, por lo que no es necesario que la entidad estatal reciba más de una oferta, la cual proviene de la persona que la entidad señala directamente y la invita a ofertar el bien o servicio que requiere. Lo anterior obedece a que el legislador privilegió algunos objetos contractuales u oferentes para contratarlos de manera directa, lo cual implica que el procedimiento es simplificado, corto, ágil y expedito, por no exigir una convocatoria pública, sin que esto obvie garantizar los principios rectores de la contratación pública.

Sin embargo, como se indicó en el numeral 2.2 de este concepto, esto no significa que esta contratación esté exenta del cumplimiento de los principios de transparencia y selección objetiva que rigen la contratación pública. En la contratación directa la entidad también deberá realizar un análisis previo a la suscripción del contrato, en el que se verifique que el contratista cumple con lo requerido para satisfacer la necesidad contractual. En este contexto, en la causal de contratos interadministrativos es necesario que la entidad justifique las razones por las cuales se contratará directamente con la entidad estatal basada en criterios objetivos como la experiencia, la idoneidad, capacidad financiera, capacidad técnica y operativa, entre otros. De esta manera, la entidad estatal, además de verificar el cumplimiento de los requisitos señalados en el literal c del numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, deberá constatar que la entidad con la cual se celebrará el contrato está en capacidad de ejecutarlo y que haya demostrado la idoneidad para ello, sin que sea necesario que haya obtenido previamente varias ofertas o cotizaciones de precios.

«(iv) ¿Es acorde a los principios de contratación estatal que la entidad ejecutora de un contrato interadministrativo subcontrate algunas de las actividades para las cuales se le contrató, teniendo en cuenta que dicha subcontratación se llevará de conformidad al régimen de contratación de la entidad ejecutora? Lo anterior, en el supuesto que la entidad ejecutora desarrolla su actividad en competencia con el sector privado o que la ejecución del contrato interadministrativo tiene relación directa con el desarrollo de su actividad».

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

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

De esta manera, aunque en el contrato interadministrativo las obligaciones derivadas de este deben tener relación directa con el objeto de la entidad ejecutora, ello no es óbice para que esta subcontrate algunas actividades conforme lo expuesto en este concepto. En efecto, aunque la disposición analizada precisamente establece ciertas limitaciones específicas en relación con la subcontratación, implícitamente reconoce que esta es posible en los contratos interadministrativos. En este sentido, la norma analizada parte de considerar que la subcontratación es posible, por lo que el contenido normativo se dirige a establecer algunas limitaciones.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Tatiana Baquero Iguarán  Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Sebastián Ramírez Grisales  Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Juan David Marín López  Subdirector de Gestión Contractual (E) |

1. Estos conceptos pueden ser consultados en el siguiente enlace: https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos [↑](#footnote-ref-1)
2. Corte Constitucional, Sentencia C-449 de 1992, y Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 3 de diciembre de 2007, expedientes acumulados: (25206, 25409, 24524, 27834, 25410, 26105, 28244, 31447). [↑](#footnote-ref-2)
3. DÁVILA VINUEZA. Luis Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal. 3ª ed. Bogotá: Temis, 2016. p. 494. [↑](#footnote-ref-3)
4. 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-4)
5. 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-5)
6. 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-6)
7. 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-7)
8. 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-8)
9. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 21 de mayo de 2021, radicado: 250002336000 201501315 01 (57822). [↑](#footnote-ref-9)
10. Sentencia del 14 de abril de 2005 radicación número: 19001-23-31-000-2002-01577-01 (AP); Sentencia del 28 de mayo de 2012 radicación número: 07001-23-31-000-1999-00546-01 (21489). [↑](#footnote-ref-10)
11. La Corte Constitucional, en Sentencia C-300 de 2012 M.P. Jorge Ignacio Pretel Chabljub, consideró al respecto: «El principio de planeación hace referencia al deber de la entidad contratante de realizar estudios previos adecuados (estudios de prefactibilidad, factibilidad, ingeniería, suelos, etc.), con el fin de precisar el objeto del contrato, las obligaciones mutuas de las partes, la distribución de los riesgos y el precio, estructurar debidamente su financiación y permitir a los interesados diseñar sus ofertas y buscar diferentes fuentes de recursos.

    »Este principio está entonces directamente relacionado con los de economía, eficacia, racionalidad de la intervención estatal y libre concurrencia. De un lado, se relaciona con los principios de economía y eficacia (artículo 209 superior) y racionalidad de la intervención estatal (artículo 334 superior), pues los estudios previos no son solamente necesarios para la adecuada ejecución del contrato -en términos de calidad y tiempo, sino también para evitar mayores costos a la administración fruto de modificaciones sobrevinientes imputables a la entidad y que redunden en una obligación de restablecer el equilibrio económico del contrato sin posibilidad de negociación de los precios. Ciertamente, los estudios previos determinan el retorno que pueden esperar los inversionistas, el cual, si no es obtenido por causas imputables al Estado en el marco del esquema de distribución de riesgos, puede llevar a condenas judiciales o a la necesidad de renegociaciones a favor del contratista.

    »De otro lado, se relaciona con el principio de libre concurrencia –manifestación de los principios constitucionales de libre competencia e igualdad, ya que permite que cualquier interesado con posibilidad de presentar una buena oferta según la información disponible, pueda participar en el respectivo proceso de selección; si la información fruto de la etapa precontractual es lejana a la realidad del negocio, posibles oferentes se abstendrán de presentar propuestas, en perjuicio de la libre competencia, y de la posibilidad de la entidad de acceder a ofertas más favorables. En este punto, vale la pena recordar que en los contratos de concesión, usualmente el concesionario acude a la financiación de terceros (por medio de créditos, venta de títulos, etc.), razón por la cual es indispensable contar con una imagen lo más cercana a la realidad de las dimensiones del negocio, con el fin de que los inversionistas lleven a cabo el respectivo análisis costo-beneficio y tomen decisiones sobre si participan o no en el proyecto. Sin esta información, las decisiones de financiación no podrán basarse en una previsión real de cómo obtener la mayor cantidad de servicios por el dinero invertido, elemento determinante de las decisiones de participación». [↑](#footnote-ref-11)
12. El inciso final del mismo artículo exceptúa la emisión de dicho acto administrativo para los casos en que «el contrato a celebrar es de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, y para los contratos de que tratan los literales (a) y (b) del artículo 2.2.1.2.1.4.3del presente decreto», referidos, estos últimos, a la contratación de empréstitos y a la celebración de contratos interadministrativos por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Banco de la República. [↑](#footnote-ref-12)
13. No existe pluralidad de oferentes cuando sólo hay una persona que pueda proveer el bien o servicio, bien sea por ser el titular de los derechos de propiedad industrial o de los derechos de autor, bien sea por ser el proveedor exclusivo en el territorio nacional, de conformidad con el artículo 2.2.1.2.1.4.8 del Decreto 1082 de 2015. [↑](#footnote-ref-13)
14. 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 conformidad con el artículo 2.2.1.2.1.4.9 del Decreto 1082 de 2015. [↑](#footnote-ref-14)
15. Las 3 últimas causales fueron creadas por la Ley 2160 del 25 de noviembre de 2021. [↑](#footnote-ref-15)
16. Es pertinente señalar que el artículo 2.2.1.2.1.4.2. del Decreto 1082 de 2015 determina que cuando la causal de procedencia de la contratación directa sea la de urgencia manifiesta, «el acto administrativo que la declare hará las veces del acto administrativo de justificación». [↑](#footnote-ref-16)
17. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Subsección A. Concepto del 26 de julio de 2016. Rad. 2257. consejero Ponente: Álvaro Namén Vargas. [↑](#footnote-ref-17)
18. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 7 de marzo de 2011. Exp. 37.044 Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. [↑](#footnote-ref-18)
19. *Ibidem*. [↑](#footnote-ref-19)
20. Disponible en: <https://colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documentos/cce-eicp-gi-18._gees_v.2_2.pdf>. [↑](#footnote-ref-20)
21. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 27 de abril de 2011. Exp. 18.293. C.P. Ruth Stella Correa Palacio. [↑](#footnote-ref-21)
22. La Guía de Elaboración de Estudios de Sector define al gasto histórico como el «Proceso de recolección y compilación de información que permite determinar cuál ha sido el comportamiento del gasto según las categorías de los bienes y servicios adquiridos en un periodo de tiempo determinado. Dicho proceso sirve para soportar los análisis de tendencias, patrones de comportamiento, concretar las necesidades y proyectar las mismas a futuro, basándose en datos de las adquisiciones anteriores». [↑](#footnote-ref-22)
23. El inciso final del numeral 5 «encargos fiduciarios y fiducia pública» del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 señala lo siguiente: «So pena de nulidad no podrán celebrarse contratos de fiducia o subcontratos en contravención del artículo 355 de la Constitución Política. Si tal evento se diese, la entidad fideicomitente deberá repetir contra la persona, natural o jurídica, adjudicataria del respectivo contrato». [↑](#footnote-ref-23)
24. El literal c del numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 dispone que: «En aquellos casos en que la entidad estatal ejecutora deba subcontratar algunas de las actividades derivadas del contrato principal, no podrá ni ella ni el subcontratista, contratar o vincular a las personas naturales o jurídicas que hayan participado en la elaboración de los estudios, diseños y proyectos que tengan relación directa con el objeto del contrato principal». [↑](#footnote-ref-24)
25. El artículo 2.2.1.2.3.1.5 del Decreto 1082 de 2015 hace mención a la subcontratación en lo relacionado con las garantías, particularmente en los riesgos a los que se encuentran expuestas las entidades estatales, derivados de la responsabilidad extracontractual que pueda surgir por las actuaciones, hechos u omisiones de sus contratistas y subcontratistas. [↑](#footnote-ref-25)
26. RAMÍREZ GRISALES, Richard Steve. La Subcontratación. Serie: Las cláusulas del contrato estatal. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. y Centro de Estudios de Derecho Administrativo –CEDA-, Medellín, 2012, p. 26. [↑](#footnote-ref-26)
27. TRABALÓN Cristóbal. Tratado Legal de Construcción. Editorial Tébar Flores. Madrid. 2015 [↑](#footnote-ref-27)
28. Ibidem [↑](#footnote-ref-28)
29. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 12 de agosto de 2013. Radicación número: 52001-23-31-000-1999-00985-01 (23.088) C.P: Enrique Gil Botero. [↑](#footnote-ref-29)
30. «Artículo 56. Aplicación de los documentos tipo a entidades de régimen especial. Para la adquisición de bienes, obras o servicios, las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública que celebren contratos o convenios interadministrativos o de cualquier otra índole, con otra entidad estatal o con patrimonios autónomos o con personas naturales o jurídicas de derecho privado, cuyo régimen de contratación sea especial o de derecho privado, deberán aplicar los documentos tipo adoptados por la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente o quien haga sus veces, conforme al parágrafo 7 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 o las normas que lo modifiquen o sustituyan.

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

    «Parágrafo. Se exceptúan del presente artículo las Instituciones de Educación Superior públicas, las empresas sociales del Estado, las sociedades de economía mixta y las empresas industriales y comerciales del Estado, únicamente en cuanto a la contratación de su *giro ordinario*. En estos casos, en los manuales de contratación de estas entidades, se fomentará como buena práctica la aplicación de los pliegos tipo». [↑](#footnote-ref-30)
31. El inciso final del mismo artículo exceptúa la emisión de dicho acto administrativo para los casos en que «el contrato a celebrar es de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, y para los contratos de que tratan los literales (a) y (b) del artículo 2.2.1.2.1.4.3del presente decreto», referidos, estos últimos, a la contratación de empréstitos y a la celebración de contratos interadministrativos por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Banco de la República. [↑](#footnote-ref-31)