**CCE-DES-FM-17**

**SUBCONTRATACIÓN – Definición – Características**

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» [….] 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.

**SUBCONTRATACIÓN – Diferencia – Contratos con proveedores**

vale la pena precisar que no todos los contratos que celebra el contratista pueden catalogarse como subcontratos. En efecto, como se mencionó, la noción de subcontratación supone la celebración de un contrato eventual y accesorio, entre un contratista del Estado y un tercero para que este ejecute en parte la obligación o la actividad puesta a su cargo, sin que el contratista se desprenda de la responsabilidad jurídica. Por su parte, los contratos con proveedores para el suministro de materiales o para la contratación de la mano de obra tienen por objeto dotarse de las materias primas y del personal necesario para la ejecución de las prestaciones. Como se evidencia, en el primer evento hay una verdadera asunción material de la obligación del contratista principal por parte del subcontratista, sin perjuicio de que quien responde ante la entidad estatal es el contratista principal; a diferencia del segundo evento, en el que simplemente hay una puesta a disposición de los medios para cumplir la prestación.

**SUBCONTRATACIÓN** **– Configuración**

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

**SUBCONTRATACIÓN – Limitaciones**

Aunque existe ausencia de regulación específica de la subcontratación, esta no se encuentra proscrita en materia de 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. En efecto, el numeral 5 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 referente al encargo fiduciario determina expresamente una prohibición de celebración de subcontratos que se realicen vulnerando lo dispuesto en el artículo 355 de la Constitución Política. Por su parte, el inciso cuarto del literal c del numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, referente a los contratos interadministrativos señala 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» (Énfasis por fuera de texto).

Por otro lado, la autorización previa por parte de la entidad en el evento en que esta sea pactada en el contrato también supone una limitante a la subcontratación. Como se mencionó, el subcontrato es un contrato autónomo e independiente del contrato principal. No obstante, 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 con la finalidad de mantener el control y vigilancia de la adecuada ejecución del contrato. 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.

**INTUITU PERSONAE – Noción**

Para la Sala la calificación de intuitu personae que se pregona de los contratos estatales, no se refiere a la noción que, en estricto sentido, corresponde a dicho vocablo. Corrobora el planteamiento que se viene haciendo, el hecho de que, por disposición legal, la administración tenga prohibido seleccionar al contratista atendiendo a consideraciones de naturaleza subjetiva; se le impone, en cambio, el deber de seleccionarlo objetivamente según el artículo 29 de la Ley 80 de 1993. Con fundamento en las precisiones y consideraciones precedentes se concluye que, en definitiva, el contrato estatal se celebra intuitu personae en cuanto el contratista es elegido en consideración a que sus condiciones objetivas (hábitos de cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazos y precios ofrecidos), son los más favorables a la administración y por lo tanto es su obligación asegurarse de que dichas condiciones se mantengan […]»



Señora

**María Isabel Trujillo Sarmiento**

Ciudad

**Concepto C – 808 de 2022**

**Temas**: CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES – Noción – Modalidad de selección / CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES – Tipologías / CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE APOYO A LA GESTIÓN – Caracteristicas / SUBCONTRATACIÓN – Definición – Características / SUBCONTRATACIÓN – Diferencia – Contratos con proveedores / SUBCONTRATACIÓN – Configuración / SUBCONTRATACIÓN – Limitaciones / INTUITU PERSONAE – Noción

**Radicación**: Respuesta a consulta P20221011010244

Estimada Señora Trujillo Sarmiento,

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 8 de octubre de 2022.

**1. Problema planteado**

Usted plantea las siguientes preguntas:

«1- UNA ENTIDAD ESTATAL, PUEDE TENER A SU SERVICIO PERSONAS SIN VINCULO LABORAL Y/O CONTRACTUAL. COMO SE INTERPRETA EL NUMERAL 27, ARICULO 39 DE LA LEY 1952 DE 2019 QUE DISPONE: PROHIBICIONES: ... A todo servidor p?blico (sic) le est? (sic) prohibido: ... 27. Tener a su servicio, en forma estable para las labores propias de su despacho, personas ajenas a la entidad. ...

2- CON LA MODALIDAD DE CONTRATO DE PRESTACI?N (sic) DE SERVICIOS Y DE APOYO A LA GESTI?N (sic), UN CONTRATISTA PUEDE EJECUTAR SUS ACTIVIDADES A TRAV?S (sic) DE UNA TERCERA PERSONA, A FIN DE QUE EST? (sic) EJECUTE SUS ACTIVIDADES EN LA ENTIDAD.

3. QUE SE ENTIENDE POR CONTRATO INTUITO PERSONA.»

**2. Consideraciones**

Para resolver el objeto de la consulta, se analizarán los siguientes temas: i) Marco normativo y naturaleza del contrato de prestación de servicios; ii) la subcontratación en la contratación pública: concepto y generalidades; iii) límites a la subcontratación y iv) la noción de *Intuitu Personae*.

La Agencia Nacional de Contratación Pública ― Colombia Compra Eficiente se ha respecto del concepto y límites del contrato de prestación de servicios profesionales, en los conceptos C-090 del 24 de febrero de 2020, C-105 del 12 de marzo 03 de 2020, C-156 del 3 de abril de 2020, C-188 del 13 de abril de 2020, C-208 del 24 de abril de 2020, No. C-138, C-005, C-006 y C-018 del 11 de mayo de 2020; C-175, C-320, C-053, C-255, C-282 y C-293 del 12 de mayo de 2020, C-288 del 27 de mayo de 2020, C-345 del 13 de mayo de 2020, C-414 del 30 de junio de 2020, C-484 del 6 de agosto de 2020, C-608 del 1 de octubre de 2020 y C-739 del 16 de diciembre de 2020, entre otros. Asimismo, se ha pronunciado sobre la subcontratación en los conceptos C-599 del 26 de octubre de 2021, C−056 del 7 de febrero de 2022, C−594 del 26 de agosto de 2022 y C-581 del 19 de septiembre de 2022[[1]](#footnote-1). La tesis expuesta en estos conceptos se reitera y, en lo pertinente, se complementa a continuación:

**2.1. Marco normativo y naturaleza jurídica del contrato de prestación de servicios**

El contrato de prestación de servicios se encuentra definido en el artículo 32, numeral 3, de la Ley 80 de 1993, como el suscrito por las entidades del Estado con el objeto de apoyar y desarrollar actividades propias del funcionamiento y la administración de las entidades estatales[[2]](#footnote-2). Por su parte, el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 establece que estos contratos, se celebran a través de la modalidad de contratación directa[[3]](#footnote-3). El Decreto 1082 de 2015, por medio del cual se expide el Reglamento del Sector Administrativo de Planeación Nacional, reguló la manera como las entidades del Estado pueden celebrar contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, indicando que se suscriben mediante la modalidad de contratación directa y se caracterizan por ser de naturaleza intelectual diferentes de los de consultoría, e incluyen actividades operativas, logísticas o asistenciales de la entidad. Así, el artículo 2.2.1.2.1.4.9. del citado Decreto establece lo siguiente:

Artículo 2.2.1.2.1.4.9. Contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que solo pueden encomendarse a determinadas personas naturales. Las Entidades Estatales pueden contratar bajo la modalidad de contratación directa la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión con la persona natural o jurídica que esté en capacidad de ejecutar el objeto del contrato, siempre y cuando la Entidad Estatal verifique la idoneidad o experiencia requerida y relacionada con el área de que se trate. En este caso, no es necesario que la Entidad Estatal haya obtenido previamente varias ofertas, de lo cual el ordenador del gasto debe dejar constancia escrita.

Los servicios profesionales y de apoyo a la gestión corresponden a aquellos de naturaleza intelectual diferentes a los de consultoría que se derivan del cumplimiento de las funciones de la Entidad Estatal, así como los relacionados con actividades operativas, logísticas, o asistenciales.

La Entidad Estatal, para la contratación de trabajos artísticos que solamente puedan encomendarse a determinadas personas naturales, debe justificar esta situación en los estudios y documentos previos.

De conformidad con lo anterior, el contrato de prestación de servicios es un negocio jurídico estatal, típico, conmutativo, solemne, que tienen por objeto el apoyo, administración y desarrollo de actividades propias del funcionamiento de la administración pública. Este negocio jurídico se encuentra diferenciado en dos tipologías: i) la prestación de servicios profesionales o que implique el ejercicio de una actividad calificada como profesional y ii) el apoyo a la gestión que no corresponda a actividades de carácter profesional o de conocimiento especializado.

El primero, concierne al desarrollo de actividades de carácter intelectual y cognoscitivo que requiere la entidad estatal. En palabras del Consejo de Estado, es la instrumentalización de actividades que buscan satisfacer las necesidades de las entidades estatales relacionadas con su funcionamiento o gestión administrativa que implican el aporte de conocimientos especializados que realizan personas clasificadas por el ordenamiento jurídico como profesionales[[4]](#footnote-4).

El segundo, los de simple apoyo a la gestión, a los cuales se refiere en su consulta, corresponden a los que tienen por objeto el apoyo al funcionamiento de las entidades públicas, que no requiere para su ejecución un conocimiento especializado o que las actividades sean realizadas por personas catalogadas como profesionales.

En esa medida, el Consejo de Estado, Sección Tercera, en una Sentencia de unificación, expediente 41.719, del 2 de diciembre de 2013, Consejero Ponente Jaime Orlando Santofimio Gamboa, sostuvo frente a los contratos de prestación de servicios lo siguiente:

Contrato de prestación de servicios profesionales.

Su objeto está determinado por el desarrollo de actividades identificables e intangibles que impliquen el desempeño de un esfuerzo o actividad, tendiente a satisfacer necesidades de las entidades estatales en lo relacionado con la gestión administrativa o funcionamiento que ellas requieran, bien sea acompañándolas, apoyándolas o soportándolas, con conocimientos especializados siempre y cuando dichos objetos estén encomendados a personas consideradas legalmente como profesionales. Se caracteriza por demandar un conocimiento intelectivo cualificado: el saber profesional.

Dentro de su objeto contractual pueden tener lugar actividades operativas, logísticas o asistenciales, siempre que satisfaga los requisitos antes mencionados y sea acorde con las necesidades de la Administración y el principio de planeación.

Contrato de prestación de servicios de simple apoyo a la gestión.

Su objeto contractual participa de las características encaminadas a desarrollar actividades identificables e intangibles. Hay lugar a su celebración en aquellos casos en donde las necesidades de la Administración no demanden la presencia de personal profesional.

Aunque también se caracteriza por el desempeño de actividad intelectiva, ésta se enmarca dentro de un saber propiamente técnico; igualmente involucra actividades en donde prima el esfuerzo físico o mecánico, en donde no se requiere de personal profesional.

Las características de los contratos de prestación de servicios no solo están contenidas en dispisicones legales como las enunciadas anteriormente, sino que han sido desarrolladas por medio de pronunciamientos judiciales. A partir de estas fuentes, es posible resaltar las siguientes características:

i) Solo puede celebrarse para realizar «actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad», es decir, que hagan parte de su giro ordinario o quehacer cotidiano.

ii) Admite que se suscriba con personas naturales o jurídicas. Sin embargo, cuando se celebre con aquellas, la entidad estatal debe justificar, en los estudios previos, que las actividades «no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados». Esto sucede en varios eventos, por ejemplo, cuando no exista personal de planta para ejecutar las labores; o existiendo, está sobrecargado de trabajo, necesitando apoyo externo; o habiendo personal de planta, carece de la experticia o conocimiento especializado, razón por la cual es necesario contratar los servicios de una persona natural que tenga el conocimiento y la experiencia en el tema.

iii) Si bien se celebran para obtener la prestación personal de un servicio, se diferencian del contrato de trabajo[[5]](#footnote-5) en que quien celebra el contrato de prestación de servicios debe mantener autonomía e independencia en la ejecución de la labor, lo que significa que no debe existir *subordinación* ni *dependencia*, que es uno de los elementos constitutivos del vínculo laboral. Por eso, el artículo 32, numeral 3º, de la Ley 80 de 1993 establece que «En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales». Este inciso, más que un enunciado que aluda al «ser», se refiere al «deber ser», pues debe interpretarse en el sentido de que los contratos de prestación de servicios profesionales *no pueden* generar relación laboral, ni dar lugar a que las entidades estatales paguen por su cuenta los aportes al Sistema de Seguridad Social Integral del contratista. Tal como se indicó, no puede existir subordinación y dependencia; entonces, la relación laboral está proscrita y el contratista es quien, como «trabajador independiente» –como lo califican las normas de la seguridad social– debe cotizar por su cuenta y riesgo al Sistema de Seguridad Social Integral[[6]](#footnote-6).

A pesar de este mandato deontológico, es posible que en la práctica se configure una relación laboral, pues el contrato de trabajo es *de realidad*, y para perfeccionarlo rige el principio de prevalencia de la realidad sobre las formalidades. En el sentido anterior, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad condicionada del segundo inciso del numeral 3º del artículo 32, indicando que «las expresiones acusadas del numeral 3º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, no vulneran los preceptos constitucionales, razón por la cual deberán ser declaradas exequibles, salvo que se acredite por parte del contratista la existencia de una relación laboral subordinada»[[7]](#footnote-7).

iv) Deben ser temporales. Así lo consideró la Corte Constitucional en la misma providencia a la que se aludió antes, expresando que:

La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido. En el caso de que las actividades con ellos atendidas demanden una permanencia mayor e indefinida, excediendo su carácter excepcional y temporal para convertirse en ordinario y permanente, será necesario que la respectiva entidad adopte las medidas y provisiones pertinentes a fin de que se dé cabal cumplimiento a lo previsto en el artículo 122 de la Carta Política, según el cual se requiere que el empleo público quede contemplado en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente[[8]](#footnote-8).

v) Se celebran a través de la modalidad de contratación directa, independientemente de la cuantía y del tipo de servicio profesional, siempre que su objeto no sea la consultoría. Esto por cuanto, como lo indicó el Consejo de Estado en la sentencia de unificación jurisprudencial, si bien en ambos existe un componente intelectual y profesional, el objeto del contrato de consultoría es especial y debe celebrarse, por regla general, mediante un concurso de méritos[[9]](#footnote-9).

Debe aclararse que no debe suscribirse un contrato de prestación de servicios profesionales para ejecutar actividades que se enmarcan en los otros contratos tipificados en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, como, por ejemplo, la construcción de una obra.

vi) Para celebrarlo no se requiere expedir un acto administrativo de justificación de la contratación directa[[10]](#footnote-10).

vii) El contrato admite la inclusión de cláusulas excepcionales. En los contratos de prestación de servicios se puede pactar la caducidad, la modificación, interpretación o terminación unilateral, como acuerdos o elementos accidentales, así que para ejercer estas exorbitancias deben incluirse expresamente, porque no se entienden pactadas por naturaleza. Así se infiere del artículo 14, numeral 2º, de la Ley 80 de 1993[[11]](#footnote-11).

viii) No es obligatorio liquidar estos contratos, como lo establece el artículo 217 del Decreto 019 de 2012, que modificó el artículo 60 de la Ley 80 de 1993[[12]](#footnote-12).

ix) Para celebrarlos no se requiere estar inscrito en el Registro Único de Proponentes –RUP–, como lo señala el artículo 6 de la Ley 1150 de 2007[[13]](#footnote-13).

x) No es necesario que el Estado exija garantías[[14]](#footnote-14).

 Estás características son comunes a las diferentes especies de contratos de prestación de servicios, como son el de servicios profesionales y el de apoyo a la gestión.

**2.2. La subcontratación en la contratación pública: concepto y generalidades**

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[[15]](#footnote-15) y 1150 de 2007[[16]](#footnote-16), así como en el Decreto 1082 de 2015[[17]](#footnote-17) y el Decreto 092 de 2017[[18]](#footnote-18), 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»[[19]](#footnote-19). 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»[[20]](#footnote-20). 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»[[21]](#footnote-21).

Por su parte, la Sección Tercera del Consejo de Estado, en Sentencia del 12 de agosto de 2013[[22]](#footnote-22), 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.

En este contexto, vale la pena precisar que no todos los contratos que celebra el contratista pueden catalogarse como subcontratos. En efecto, como se mencionó, la noción de subcontratación supone la celebración de un contrato eventual y accesorio, entre un contratista del Estado y un tercero para que este ejecute en parte la obligación o la actividad puesta a su cargo, sin que el contratista se desprenda de la responsabilidad jurídica. Por su parte, los contratos con proveedores para el suministro de materiales o para la contratación de la mano de obra tienen por objeto dotarse de las materias primas y del personal necesario para la ejecución de las prestaciones. Como se evidencia, en el primer evento hay una verdadera asunción material de la obligación del contratista principal por parte del subcontratista, sin perjuicio de que quien responde ante la entidad estatal es el contratista principal; a diferencia del segundo evento, en el que simplemente hay una puesta a disposición de los medios para cumplir la prestación.

Sobre el particular, la doctrina nacional indica que «No cualquier contrato que celebre el contratista durante la etapa de ejecución puede considerarse un subcontrato. Piénsese, por ejemplo, en los diferentes acuerdos que se celebren durante la ejecución de un contrato de obra pública para la construcción o reparación de una vía urbana: contratos de suministro para la provisión de pavimento y arena; contratos de compraventa de tubería para la relocalización de redes de acueducto, alcantarillado, telecomunicaciones y energía; contratos laborales para la vinculación de los empleados necesarios para dar cumplimiento al contrato»[[23]](#footnote-23). Este ha sido también el entendimiento en el derecho comparado donde se ha señalado que «No todo convenio celebrado por el contratista con un tercero, respecto del cumplimiento del contrato principal, implica un subcontrato, ni menos aún una cesión. Así, no son subcontratos los acuerdos que el contratista realice con terceros para proveerse de fondos que faciliten la ejecución del contrato, o con las personas que trabajan a destajo, o con sus proveedores»[[24]](#footnote-24).

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

**2.3. Límites a la subcontratación**

Precisado lo anterior, se colige que, aunque existe ausencia de regulación específica de la subcontratación, esta no se encuentra proscrita en materia de 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. Por ejemplo, el numeral 5 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 que regula el encargo fiduciario y la fiducia pública dispone en su inciso noveno que «So pena de nulidad no podrán celebrarse contratos de fiducia o *subcontratos* en contravención del artículo [355](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991_pr011.html#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» (Énfasis por fuera de texto). En este caso, la ley determina expresamente una prohibición de celebración de subcontratos que se realicen vulnerando lo dispuesto en el artículo 355 de la Constitución Política.

Por su parte, el inciso cuarto del literal c del numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, referente a los contratos interadministrativos señala 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» (Énfasis por fuera de texto).

De lo anterior se destaca lo siguiente: en primer lugar, 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. En tal sentido, la entidad deberá analizar en cada caso en particular si dichas actuaciones implican desconocer una norma jurídica o principios de la contratación estatal.

En segundo lugar, 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 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.

Por otro lado, la autorización previa por parte de la entidad en el evento en que esta sea pactada en el contrato también supone una limitante a la subcontratación. Como se mencionó, el subcontrato es un contrato autónomo e independiente del contrato principal. No obstante, 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 con la finalidad de mantener el control y vigilancia de la adecuada ejecución del contrato. 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.

A modo de ejemplo, es pertinente indicar que en los documentos tipo de obra de infraestructura de transporte, agua potable y saneamiento básico e infraestructura social adoptados por esta Agencia, se establece en la cláusula 20 del Anexo de Minuta del Contrato la subcontratación, así:

El Contratista solo podrá subcontratar con la autorización previa y expresa de la Entidad. El empleo de tales subcontratistas no relevará al Contratista de las responsabilidades que asume por las labores de la construcción y por las demás obligaciones emanadas del presente Contrato. La Entidad no adquirirá relación alguna con los subcontratistas y la responsabilidad de los trabajos que éstos ejecuten seguirá a cargo del Contratista. La Entidad podrá exigir al Contratista la terminación del subcontrato en cualquier tiempo y el cumplimiento inmediato y directo de sus obligaciones o el cambio de los subcontratistas cuando, a su juicio, este (os) no cumpla(n) con las calidades mínimas necesarias para la ejecución de la(s) labor(es) subcontratada(s).

Como se advierte, en el marco de los documentos tipo, la subcontratación solo es permitida previa autorización expresa de la entidad, de tal manera que el contratista no podrá subcontratar si no cuenta con dicha autorización. Además, en el evento en que la entidad considere que el subcontratista no cumple con las calidades mínimas necesarias para la ejecución de la labor subcontratada, podrá exigir la terminación del subcontrato en cualquier tiempo y el cumplimiento inmediato y directo de las obligaciones por parte del contratista.

Así las cosas, la subcontratación en materia de contratación estatal, específicamente en los contratos de prestación de servicios de apoyo a la gestión, a los que se hace referencia en la consulta, tiene como limitante la autonomía de la voluntad, representada en lo dispuesto en el pliego de condiciones y lo pactado en el contrato, en caso de que esta se haya estipulado. Nótese que, para este tipo de contratos la ley no establece limitantes para la subcontratación, como si sucede en el caso de los contratos de fiducia y los convenios interadministrativos, conforme a lo expuesto. Por lo anterior, se concluye que, en el evento en que en el pliego de condiciones o en el contrato no se haya pactado la prohibición de la subcontratación o se haya establecido la obligación de solicitar autorización previa por parte de la entidad, esta se podrá realizar. Teniendo en cuenta que la normativa vigente tampoco regula un límite de las obligaciones que pueden ser subcontratadas, se recomienda que estas sean establecidas en el pliego de condiciones y en el contrato con el fin de evitar la subcontratación total de las actividades[[25]](#footnote-25). No obstante, es importante que la entidad en cada caso determine el límite teniendo en cuenta la complejidad del contrato y las actividades que pueden ser subcontratadas.

Ahora bien, dado que el objeto de la consulta realizada por el peticionario gira en torno a definir si un contratista puede ejecutar sus actividades a través de una tercera persona, esta Agencia considera pertinente señalar que, tal como se expuso en el numeral 2.1. de este concepto, los contratos de prestación de servicios también pueden ser celebrados con personas jurídicas, como consecuencias de las necesidades de las entidades estatales o de las condiciones que ofrece el mercado de bienes y servicios, quienes se obligan a prestarlos a través de las personas vinculadas a ellas, en este caso los servicios que la entidad contrata son personales, independientemente de la condición de persona jurídica. Por tanto, se concediera que un contratista del Estado si puedo ejecutar las obligaciones contractuales de personas vinculadas a él[[26]](#footnote-26).

Finalmente, de conformidad con la consulta planteada, resulta relevante analizar lo contemplado en la Ley 1952 de 2019 «Por medio de la cual se expide el Código General Disciplinario, se derogan la Ley 734 de 2002 y algunas disposiciones de la Ley 1474 de 2011, relacionadas con el derecho disciplinario», en concreto, lo dispuesto en los numerales 2 y 27 del artículo 39, el cual relaciona las prohibiciones a los servidores públicos. Los referidos numerales disponen lo siguiente:

«**Artículo 39. Prohibiciones**. A todo servidor público le está prohibido:

[…]

2. Imponer a otro servidor público trabajos ajenos a sus funciones o impedirle el cumplimiento de sus deberes.

[…]

27. Tener a su servicio, en forma estable para las labores propias de su despacho, personas ajenas a la entidad»

Es menester aclarar, que las prohibiciones mencionadas recaen exclusivamente sobre los *servidores públicos*. En la medida en que el contrato por prestación de servicios no le otorga al particular la condición de servidor público, las referidas prohibiciones no operan sobre el contratista que ejerce prestan su apoyo a través de la tipología contractual de que trata el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993[[27]](#footnote-27).

**2.4. Noción de *Intuitu Personae***

Finalmente, frente a la noción de contrato *Intuitu Personae,* en el marco del ejercicio de la contratación pública, el Consejo de Estado[[28]](#footnote-28) otorga la siguiente acepción:

«La expresión latina inuitu personae, traduce “En consideración a la persona. Personal”.

[…]

Para la Sala la calificación de intuitu personae que se pregona de los contratos estatales, no se refiere a la noción que, en estricto sentido, corresponde a dicho vocablo. Corrobora el planteamiento que se viene haciendo, el hecho de que, por disposición legal, la administración tenga prohibido seleccionar al contratista atendiendo a consideraciones de naturaleza subjetiva; se le impone, en cambio, el deber de seleccionarlo objetivamente según el artículo 29 de la Ley 80 de 1993. Con fundamento en las precisiones y consideraciones precedentes se concluye que, en definitiva, el contrato estatal se celebra intuitu personae en cuanto el contratista es elegido en consideración a que sus condiciones objetivas (hábitos de cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazos y precios ofrecidos), son los más favorables a la administración y por lo tanto es su obligación asegurarse de que dichas condiciones se mantengan […]»

Así las cosas, la expresión *Intuitu Personae* se utiliza para indicar que ciertos actos o contratos están constituidos a partir de características o cualidades de una persona en particular y que, por tanto, esta no puede ser sustituida por cualquier otra para cumplir con la obligación u objeto contractual.

**3. Respuestas**

«1- UNA ENTIDAD ESTATAL, PUEDE TENER A SU SERVICIO PERSONAS SIN VINCULO LABORAL Y/O CONTRACTUAL. COMO SE INTERPRETA EL NUMERAL 27, ARICULO 39 DE LA LEY 1952 DE 2019 QUE DISPONE: PROHIBICIONES: ... A todo servidor p?blico (sic) le est? (sic) prohibido: ... 27. Tener a su servicio, en forma estable para las labores propias de su despacho, personas ajenas a la entidad. ...

De conformidad con lo expuesto, el artículo 39 de la Ley 1952 de 2019 «Por medio de la cual se expide el Código General Disciplinario, se derogan la Ley 734 de 2002 y algunas disposiciones de la Ley 1474 de 2011, relacionadas con el derecho disciplinario», consagra las prohibiciones a los servidores públicos. Específicamente, los numerales 2 y 27 disponen que le está prohibido a los servidores públicos: «[…] 2. Imponer a otro servidor público trabajos ajenos a sus funciones o impedirle el cumplimiento de sus deberes» «[…] 27. Tener a su servicio, en forma estable para las labores propias de su despacho, personas ajenas a la entidad». Estas prohibiciones recaen exclusivamente sobre los *servidores públicos*. En la medida en que el contrato por prestación de servicios no le otorga al particular la condición de servidor público, las referidas prohibiciones no operan sobre el contratista que ejerce prestan su apoyo a través de la tipología contractual de que trata el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

2- CON LA MODALIDAD DE CONTRATO DE PRESTACI?N (sic) DE SERVICIOS Y DE APOYO A LA GESTI?N (sic), UN CONTRATISTA PUEDE EJECUTAR SUS ACTIVIDADES A TRAV?S (sic) DE UNA TERCERA PERSONA, A FIN DE QUE EST? (sic) EJECUTE SUS ACTIVIDADES EN LA ENTIDAD.

Conforme lo descrito en la parte considerativa, 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». Por su parte, la Sección Tercera del Consejo de Estado, en Sentencia del 12 de agosto de 2013, 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».

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.

Ahora bien, debido a la escasa regulación normativa sobre la subcontratación en materia de contratación pública, ésta estará supeditada a lo dispuesto en el pliego de condiciones y a lo acordado en el contrato, sin perjuicio de las limitaciones establecidas por la ley analizadas a lo largo del concepto para ciertos contratos, como es el caso de los contratos de fiducia y los convenios interadministrativos. De esta manera, la subcontratación específicamente en los contratos de prestación de servicios de apoyo a la gestión, a los que se hace referencia en la consulta, dependerá de las condiciones definidas en el acuerdo de voluntades, de tal forma que si esta no se permite para determinadas actividades o está sujeta a la autorización previa de la entidad o al cumplimiento de algún otro requisito, el contratista no podrá subcontratar sin su autorización o sin el cumplimiento de la condición establecida en el negocio jurídico. Por el contrario, en el evento en que en el pliego de condiciones o en el contrato no se haya pactado la prohibición de la subcontratación esta se podrá realizar.

Teniendo en cuenta que la normativa vigente tampoco regula un límite de las obligaciones que pueden ser subcontratadas, se recomienda que estas sean establecidas en el pliego de condiciones y en el contrato con el fin de evitar la subcontratación total de las actividades. No obstante, es importante que la entidad en cada caso determine el límite teniendo en cuenta la complejidad del contrato y las actividades que pueden ser subcontratadas.

Ahora bien, dado que el objeto de la consulta realizada por el peticionario gira en torno a definir si un contratista puede ejecutar sus actividades a través de una tercera persona, esta Agencia considera pertinente señalar que, tal como se expuso en el numeral 2.1. de este concepto, los contratos de prestación de servicios también pueden ser celebrados con personas jurídicas, como consecuencias de las necesidades de las entidades estatales o de las condiciones que ofrece el mercado de bienes y servicios, quienes se obligan a prestarlos a través de las personas vinculadas a ellas, en este caso los servicios que la entidad contrata son personales, independientemente de la condición de persona jurídica. Por tanto, se concediera que un contratista del Estado si puedo ejecutar las obligaciones contractuales de personas vinculadas a él.

De la referencia jurisprudencial y doctrinaria se colige que, es posible, en el marco de un contrato de prestación de servicios de apoyo a la gestión, que un contratista del Estado subcontrate con un tercero la ejecución de las obligaciones contractuales, con las limitaciones expuestas. Así mismo, un contratista del Estado, cuando tiene la condición de persona jurídica, presta sus servicios a la entidad a través de las personas vinculadas a ellas, sin que el ordenamiento proscriba tal circunstancia.

«3. QUE SE ENTIENDE POR CONTRATO INTUITO PERSONA.»

Vista la referencia jurisprudencial hecha por el Consejo de Estado sobre la noción de contrato *Intuitu Personae,* se concluye que esta expresión hace referencia a las condiciones específicas de la persona y que, en el ejercicio de la contratación pública y en el marco del principio de selección objetiva, esta acepción indica que «el contrato estatal se celebra *intuitu Personae* en cuanto el contratista es elegido en consideración a que sus condiciones objetivas (hábitos de cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazos y precios ofrecidos), son los más favorables a la administración»

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Gabriel Alejandro Murcia TaboadaContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Diana Lucia Saavedra CastañedaContratista de la Subdirección de Gestión Contractual  |
| Aprobó: | Nohelia del Carmen Zawady PalacioSubdirectora de Gestión Contractual ANCP – CCE |

1. Estos conceptos pueden ser consultados en el siguiente enlace: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos> [↑](#footnote-ref-1)
2. “Artículo 32. De los contratos estatales. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:

(…)

“3o. Contrato de Prestación de Servicios.

“Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

“En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable”. [↑](#footnote-ref-2)
3. Artículo 2o. De las modalidades de selección. La escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa, con base en las siguientes reglas:

(…)

“4. Contratación directa. La modalidad de selección de contratación directa solamente procederá en los siguientes casos:

(…)

“h) Para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales”. [↑](#footnote-ref-3)
4. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Radicado No. 11001- 03-26-000-2011-00039-00 (41.719) del 2 de diciembre de 2013. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa: “serán entonces contratos de ‘prestación de servicios profesionales’ todos aquellos cuyo objeto esté determinado materialmente por el desarrollo de actividades identificables e intangibles que impliquen el desempeño de un esfuerzo o actividad tendiente a satisfacer necesidades de las entidades estatales en lo relacionado con la gestión administrativa o funcionamiento que ellas requieran, bien sea acompañándolas, apoyándolas o soportándolas, al igual que a desarrollar estas mismas actividades en aras de proporcionar, aportar, apuntalar, reforzar la gestión administrativa o su funcionamiento con conocimientos especializados, siempre y cuando dichos objetos estén encomendados a personas catalogadas de acuerdo con el ordenamiento jurídico como profesionales. En suma, lo característico es el despliegue de actividades que demandan la aprehensión de competencias y habilidades propias de la formación profesional o especializada de la persona natural o jurídica, de manera que se trata de un saber intelectivo cualificado”. [↑](#footnote-ref-4)
5. El artículo 22 del Código Sustantivo del Trabajo establece: «1. Contrato de trabajo es aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona, natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración. 2. Quien presta el servicio se denomina trabajador, quien lo recibe y remunera, empleador, y la remuneración, cualquiera que sea su forma, salario». [↑](#footnote-ref-5)
6. En efecto, el artículo 244 de la Ley 1955 de 2015 dispone, en lo pertinente: «Los trabajadores independientes con ingresos netos iguales o superiores a 1 salario mínimo legal mensual vigente que celebren contratos de prestación de servicios personales, cotizarán mes vencido al Sistema de Seguridad Social Integral, sobre una base mínima del 40% del valor mensualizado del contrato, sin incluir el valor del Impuesto al Valor Agregado (IVA).

Los independientes por cuenta propia y los trabajadores independientes con contratos diferentes a prestación de servicios personales con ingresos netos iguales o superiores a un (1) salario mínimo legal mensual vigente efectuarán su cotización mes vencido, sobre una base mínima de cotización del 40% del valor mensualizado de los ingresos, sin incluir el valor del Impuesto al Valor Agregado (IVA). En estos casos será procedente la imputación de costos y deducciones siempre que se cumplan los criterios determinados en el artículo 107 del Estatuto Tributario y sin exceder los valores incluidos en la declaración de renta de la respectiva vigencia.

El Gobierno nacional reglamentará el mecanismo para realizar la mensualización de que trata el presente artículo.

[…]». [↑](#footnote-ref-6)
7. Corte Constitucional. Sentencia C-154 de 1997. MP: Hernando Herrera Vergara. [↑](#footnote-ref-7)
8. Ibíd. [↑](#footnote-ref-8)
9. Ibíd. En efecto, el numeral 2º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 define el contrato de consultoría así: «Son contratos de consultoría los que celebren las entidades estatales referidos a los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como a las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión.

»Son también contratos de consultoría los que tienen por objeto la interventoría, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos.

»Ninguna orden del interventor de una obra podrá darse verbalmente. Es obligatorio para el interventor entregar por escrito sus órdenes o sugerencias y ellas deben enmarcarse dentro de los términos del respectivo contrato». [↑](#footnote-ref-9)
10. Así lo dispone el artículo 2.2.1.2.1.4.1. del Decreto 1082 de 2015: «La Entidad Estatal debe señalar en un acto administrativo la justificación para contratar bajo la modalidad de contratación directa, el cual debe contener:

»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.

»Este acto administrativo no es necesario cuando 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 2.2.1.2.1.4.3 del presente decreto». [↑](#footnote-ref-10)
11. La norma expresa: «Art. 14. Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:

[…]

2o. Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión.

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

[…]». [↑](#footnote-ref-11)
12. La norma dispone: «La liquidación a que se refiere el presente artículo no será obligatoria en los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión». [↑](#footnote-ref-12)
13. Según dicho artículo: «Art. 6. Todas las personas naturales o jurídicas nacionales o extranjeras domiciliadas o con sucursal en Colombia, que aspiren a celebrar contratos con las entidades estatales, se inscribirán en el Registro Único de Proponentes del Registro Único Empresarial de la Cámara de Comercio con jurisdicción en su domicilio principal.

No se requerirá de este registro, ni de clasificación, en los casos de contratación directa; contratos para la prestación de servicios de salud; contratos de mínima cuantía; enajenación de bienes del Estado; contratos que tengan por objeto la adquisición de productos de origen o destinación agropecuaria que se ofrezcan en bolsas de productos legalmente constituidas; los actos y contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta y los contratos de concesión de cualquier índole. En los casos anteriormente señalados, corresponderá a las entidades contratantes cumplir con la labor de verificación de las condiciones de los proponentes.

[…]». [↑](#footnote-ref-13)
14. Así lo establece el Decreto 1082 de 2015: «Artículo 2.2.1.2.1.4.5. No obligatoriedad de garantías. En la contratación directa la exigencia de garantías establecidas en la Sección 3, que comprende los artículos 2.2.1.2.3.1.1 al 2.2.1.2.3.5.1. del presente decreto no es obligatoria y la justificación para exigirlas o no debe estar en los estudios y documentos previos». [↑](#footnote-ref-14)
15. 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-15)
16. 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-16)
17. 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-17)
18. El artículo 7 del Decreto 092 de 2017 señala lo siguiente: «La contratación a la que hace referencia el presente decreto está sujeta a los principios de la contratación estatal y a las normas presupuestales aplicables. En consecuencia, las normas relativas a la publicidad son de obligatorio cumplimiento, por lo cual, la actividad contractual y los Documentos del Proceso de que trata el presente decreto deberán ser objeto de publicación en el Sistema Electrónico de Contratación Pública (SECOP). Adicionalmente, la entidad privada sin ánimo de lucro contratista deberá entregar a la Entidad Estatal, y esta publicar en el SECOP*, la información relativa a los subcontratos* que suscriba para desarrollar el programa o actividad de interés público previsto en el Plan Nacional o seccional de Desarrollo, incluyendo los datos referentes a la existencia y representación legal de la entidad con quien contrató y la información de pagos» [Énfasis por fuera de texto]. [↑](#footnote-ref-18)
19. 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-19)
20. TRABALÓN Cristóbal. Tratado Legal de Construcción. Editorial Tébar Flores. Madrid. 2015. [↑](#footnote-ref-20)
21. *Ibidem.* [↑](#footnote-ref-21)
22. 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-22)
23. 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. 25. [↑](#footnote-ref-23)
24. Morón Urbina, Juan Carlos. La Subcontratación de Contratos Administrativos. Derecho & Sociedad (26), 235-250. Disponible en: https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17078 [↑](#footnote-ref-24)
25. Sobre este aspecto la doctrina señala que «En el derecho español, en ausencia de una regulación especial en el pliego de condiciones, se admite como límite superior, la subcontratación del 60% del contrato del valor del contrato adjudicado. […] Ante la ausencia de una disposición especial en el derecho colombiano, el límite a la libertad de subcontratar debe conciliar dos aspectos: de un lado, no puede desconocer el proceso de selección del cual es producto y, de otro, no puede desconocer el efecto dinamizador de la subcontratación para la administración, el contratista y la economía. Si bien, este se constituye en el punto de partida para la definición del asunto, siempre la fijación de mínimos y máximos es discrecional. // Se considera que aquella conciliación de intereses debe partir por inadmitir la posibilidad de subcontratar el 100% del valor del contrato adjudicado. Una posición contraria supone admitir una “delegación ilegítima” para que el contratista seleccione al ejecutor del contrato (la selección del subcontratista), sin que para ello se encuentre subordinado al cumplimiento de los principios guía de la función administrativa y de la contratación estatal. En caso de que no se acepte este punto de partida, el subcontrato que llegara a celebrarse desconocería el procedimiento de selección de contratistas del cual es producto. Esta restricción, en todo caso, debe interpretarse de manera armónica con los múltiples beneficios que la subcontratación puede reportarle a la administración, al contratista y a la economía nacional […]». 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. 120-121. [↑](#footnote-ref-25)
26. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Radicado 11001-03-06-000-2010-00052-00(2003)A, 24 de mayo de 2011. Magistrado Ponente: Enrique Jose Arboleda Perdomo [↑](#footnote-ref-26)
27. Numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, señala lo siguiente: «3. Contrato de prestación de servicios Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimiento especializados.

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.» [↑](#footnote-ref-27)
28. Sentencia Consejo de Estado, Radicado 11001-03-26-000-2001-0062-01(21845), 7 de febrero de 2002, C.P Alier Eduardo Hernández Enríquez [↑](#footnote-ref-28)