**CONTRATO O CONVENIO INTERADMINISTRATIVO – Fundamento jurídico – Criterio orgánico**

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. 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.

**DIFERENCIAS – Contrato y convenio interadministrativo**

Si bien tanto los contratos como convenios comparten características comunes, difieren en ciertos aspectos esenciales. Así, mientras que el *contrato interadministrativo* se caracteriza por su naturaleza onerosa, patrimonial y se conforma por intereses básicamente contrapuestos, los *convenios interadministrativos*, por su parte, tienen una finalidad asociativa perseguida por las partes suscriptoras cuyos intereses se encaminan en la misma dirección y persiguen los mismos objetivos, de conformidad con el ejercicio de las funciones y competencias que les son propias y propendiendo por la cooperación interinstitucional […].

**SUBCONTRATACIÓN – Concepto – Limitaciones jurídicas**

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

Debido a la escasa regulación normativa, la subcontratación en materia de contratación pública estará supeditada a lo dispuesto en el Pliego de Condiciones y en el contrato, sin perjuicio de las limitaciones establecidas por la ley. 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. 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.

Bogotá D.C., 18 de Septiembre de 2024



Señor

**Adrián Fernando Zamora Duque**

direccionjuridica@corpovalle.co

Valle de Cauca, Santiago de Cali

|  |  |
| --- | --- |
|  | **Concepto C – 444 de 2024** |
| **Temas:**  | CONTRATO O CONVENIO INTERADMINISTRATIVO – Fundamento jurídico – Criterio orgánico / DIFERENCIAS – Contrato y convenio interadministrativo / SUBCONTRATACIÓN – Concepto – Limitaciones jurídicas   |
| **Radicación:**  | Respuesta a las consultas con radicado No. P20240805008048, P20240812008241 y P20240812008246 -Acumuladas-  |

Estimado señor Zamora Duque:

En ejercicio de la competencia otorgada por los artículos 3, numeral 5º, y 11, numeral 8º, del Decreto Ley 4170 de 2011, así como lo establecido en el artículo 4 de la Resolución 1707 de 2018 expedida por esta Entidad, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente responde las solicitudes de consulta de fecha 1­­­5 y 12 de agosto de 2024, en las cuales -*in extenso*- plantea lo siguiente:

“[…] en el marco de un convenio interadministrativo, en el cual se quiere la unión de esfuerzos en materia de fortalecimiento en materia de calidad de educativa, donde un insumo o actividad sea la elaboración y entrega de cartillas, la producción de dicho elemento debe adquirirse con un proveedor especializado, dado que es necesario para el fortalecimiento como medio de cumplimiento del convenio y ello no implica una falta de idoneidad para la ejecución del convenio.

Aunado a lo anterior, en el caso de una ejecución directa de las actividades u obligaciones por parte del aliado, pudiere llegar a deducirse por un órgano de control una compensación implícita de las prestaciones a las que se obliga el aliado, por la ejecución directa de las actividades, las cuales son financiadas por los aportes (en dinero) entregados por la otra parte del convenio; ante el eventual riesgo que el convenio interadministrativo sea interpretado como un contrato interadministrativo, por entender dicha compensación implícita como una “contraprestación económica”, elemento propio de los contratos interadministrativos.

Adicionalmente, motiva la consulta, el hecho común de que los supervisores y órganos de control en el marco de los convenios interadministrativos, para efectos de acreditar la ejecución financiera y autorizar los desembolsos de los aportes (en dinero), solo aceptan soportes de la contratación derivada, a través de los contratos y/o facturas y/o cuentas de cobro de terceros, cuando dicha contratación derivada o subcontratación está en principio expresamente prohibida en aquellos convenios que tengan incorporada dicha cláusula, la cual carece de fundamento puesto que dicha autorización no se encuentra prohibida en el ordenamiento jurídico colombiano.

Es decir, en aquellos casos donde quien ejecute el aporte económico, deba aprovisionarse de aquellos elementos que son una herramienta o insumo para el cumplimiento del objeto del convenio conlleva a que inexorablemente para el cumplimiento de la función administrativa en común, tenga que realizar una contratación derivada o subcontratación, para probar la ejecución física y financiera de las obligaciones adquiridas contradiciendo la cláusula en la cual prohíben dicha actividad.

Situación que, desde nuestro punto de vista, pone en riesgo la capacidad de cumplimiento de las entidades convenientes y en especial, principio de selección objetiva en el marco del procedimiento de contratación directa llevado a cabo por las partes del convenio interadministrativo.

En otras palabras y a manera de conclusión, al estar prohibida la subcontratación o contratación derivada por las cláusulas de aquellos convenios interadministrativos que así lo convengan, el conveniente se ve en la necesidad de ejecutar las actividades u obligaciones a su cargo con sus propios recursos y capacidades, sin acudir a terceros para estos efectos.

Por otro lado, en el caso de que se exija al aliado ejecutar los recursos directamente con las capacidades y recursos del operador, este hecho puede interpretarse como una compensación implícita del aliado, como una contraprestación económica, degenerando la tipología contractual de convenio interadministrativo en un contrato interadministrativo.

A manera de conclusión, en la mayoría de los casos, los supervisores en la etapa de ejecución del convenio y organismos de control en ejercicio de auditoría de dichos negocios jurídicos, exigen la presentación de comprobantes de egreso con terceros a través de contratos, convenios, ordenes de servicio y/o compra o facturas, para efectos de acreditar la ejecución presupuestal de los desembolsos girados al operador; lo cual genera una dicotomía al momento ejecutar el convenio interadministrativo por parte del operador, dado que por un lado se prohíbe la subcontratación o contratación derivada según las cláusulas contractuales, pero por otro lado, al momento de la ejecución contractual, se exigen comprobantes de egreso con terceros para acreditar la ejecución financiera o presupuestal del convenio.

[…]”.

En este contexto, plantea las siguientes inquietudes:

“1. ¿En qué consiste el concepto de ‘subcontratación’ para la ejecución de obligaciones contractuales y actividades o aprovisionamiento de bienes y servicios en el marco de los convenios interadministrativos?

2. ¿En qué consiste el concepto de ‘contratación derivada’ para la ejecución de obligaciones contractuales y actividades o aprovisionamiento de bienes y servicios en el marco de los convenios interadministrativos?

3. ¿Cuál es el alcance de la ‘subcontratación’ para la ejecución de obligaciones contractuales y actividades o aprovisionamiento de bienes y servicios en el marco de los convenios interadministrativos?

4. ¿Cuál es el alcance de la ‘contratación derivada’ para la ejecución de obligaciones contractuales y actividades o aprovisionamiento de bienes y servicios en el marco de los convenios interadministrativos?

5. ¿Cuáles son las diferencias entre la ‘subcontratación’ y la ‘contratación derivada’ en el marco de la ejecución de los convenios interadministrativos?

6. ¿Hasta qué punto está permitida o prohibida la ‘subcontratación’ y/o la ‘contratación derivada’ en la ejecución de convenios interadministrativos, sin que ello sea violatorio de la idoneidad y experiencia del ejecutor como justificación de la contratación directa entre las entidades estatales?

7. ¿De qué manera el ejecutor u operador del convenio interadministrativo, soporta la ejecución presupuestal o financiera de las actividades u obligaciones a su cargo, cuando las ejecuta directamente con sus propios recursos y capacidades, sin acudir a la ‘subcontratación’ o a la ‘contratación derivada’ y que dicha situación no sea entendida como una compensación implícita como contraprestación económica?

8. ¿El hecho de subcontratar obligaciones o actividades contractuales en el marco de la ejecución de los convenios interadministrativos es violatorio de la idoneidad y experiencia del operador o ejecutor como causal de la contratación directa entre entidades estatales?

9. ¿Existe normatividad legal, reglamentaría, jurisprudencia o doctrina en el ordenamiento jurídico colombiano o pronunciamientos de las autoridades competentes y órganos de control que regulen la situación descrita sobre ‘subcontratación’ y/o ‘contratación derivada’ en el marco de convenios y/o contratos interadministrativos? En caso afirmativo, por favor adjuntarlos en su respuesta”.

De manera preliminar, resulta necesario acotar que esta entidad sólo tiene competencia para responder consultas sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. En ese sentido, resolver casos particulares desborda las atribuciones asignadas por el legislador extraordinario, que no concibió a Colombia Compra Eficiente como una autoridad para solucionar problemas jurídicos concretos de todos los partícipes del sistema de compra pública. La competencia de esta entidad se fija con límites claros, con el objeto de evitar que la Agencia actúe como una instancia de validación de las actuaciones de las entidades sujetas a la Ley 80 de 1993 o de los demás participantes de la contratación pública. Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias ni a brindar asesorías sobre casos puntuales.

Conforme lo expuesto, en aras de satisfacer el derecho fundamental de petición se resolverán las preguntas realizadas dentro de los límites de la referida competencia consultiva, esto es, haciendo abstracción de las circunstancias particulares y concretas mencionadas en las solicitudes, especialmente, la relacionada en el punto 7 y 8, pero haciendo unas consideraciones sobre las normas generales relacionadas con el problema jurídico de sus consultas.

1. **Problemas planteados:**

De acuerdo con el contenido de su solicitud, esta Agencia resolverá los siguientes problemas jurídicos: i) ¿existe alguna diferencia entre la subcontratación y la contratación derivada?, ii) ¿cuáles son las limitaciones generales para acudir a estas figuras?

1. **Respuestas:**

|  |
| --- |
| *Por un lado*, entre la subcontratación y la contratación derivada existe una relación de equivalencia. En efecto, 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. *Por otra parte*, 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. 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. 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.Sin perjuicio de lo anterior debe advertirse que el análisis requerido para soportar la ejecución presupuestal las actividades a cargo del operador del convenio o para precisar la legalidad o no de la subcontratación conforme a los documentos del proceso debe ser realizado por quienes tengan interés en ello, de acuerdo con lo explicado la aclaración preliminar del presente oficio. Por lo anterior, previo concepto de sus asesores, la solución de situaciones particulares corresponde a los interesados adoptar la decisión correspondiente y, en caso de conflicto, a las autoridades judiciales, fiscales y disciplinarias. De esta manera, cada entidad definirá la forma de adelantar su gestión contractual, sin que sea atribución de Colombia Compra Eficiente validar sus actuaciones ni defenderlas ante los órganos de control. |

1. **Razones de las respuestas:**

Lo anterior se sustenta en las siguientes consideraciones:

i. 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[[1]](#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”[[2]](#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[[3]](#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 tanto los contratos como convenios comparten características comunes, difieren en ciertos aspectos esenciales. Así, mientras que el *contrato interadministrativo* se caracteriza por su naturaleza onerosa, patrimonial y se conforma por intereses básicamente contrapuestos, los *convenios interadministrativos*, por su parte, tienen una finalidad asociativa perseguida por las partes suscriptoras cuyos intereses se encaminan en la misma dirección y persiguen los mismos objetivos, de conformidad con el ejercicio de las funciones y competencias que les son propias y propendiendo por la cooperación interinstitucional. De aquí que la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado haya señalado la necesidad de diferenciar el régimen jurídico aplicable a ciertas situaciones específicas del convenio interadministrativo que se separan del régimen jurídico común:

“[E]s preciso señalar que los convenios interadministrativos se someten a los principios constitucionales y legales de la actividad contractual del Estado (transparencia, planeación, buena fe, entre otros) y, obviamente, a los principios de la función administrativa previstos en el artículo 209 CP (moralidad, economía, celeridad, entre otros), en virtud del carácter vinculante de los mismos, dentro del contexto de un ánimo de cooperación que se refleja en el plano de igualdad o equivalencia en que se celebran y ejecutan, lo que significa ausencia de prerrogativas en favor de una parte a costa de la otra.

Ahora, dada la naturaleza jurídica explicada de los convenios interadministrativos*, las reglas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública contenidas en la actualidad en las Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y 1474 de 2011, no resultan de aplicación automática a tales convenios, toda vez que ese Estatuto lo que esencialmente regula son relaciones contractuales de contenido patrimonial y oneroso. En tal sentido, en cada caso concreto deberá analizarse, de conformidad con la naturaleza jurídica, objeto y finalidad que se pretende cumplir o desarrollar con el respectivo convenio, si la disposición correspondiente del Estatuto Contractual es aplicable o no”*.[[4]](#footnote-5) (Énfasis fuera del texto original)

De hecho, la distinción también se plantea en el ámbito del derecho privado con la referencia a los contratos de contraprestación y de colaboración[[5]](#footnote-6); sin embargo, también se rigen por unos principios comunes, pues se forman por el consentimiento y de ambos se derivan el nacimiento de obligaciones para las partes. Por ello, “[…] Es evidente que el hecho de que las partes tengan intereses concordantes no implica en modo alguno que estas relaciones no quepan en el campo de la contratación […]”[[6]](#footnote-7).

Teniendo en cuenta lo anterior, no existe una definición legal que diferencie los conceptos de contrato y convenio. En tal sentido, teniendo en cuenta sus características comunes, las referencias realizadas por el legislador a estos términos deben asimilarse, salvo que de su contenido logre inferirse que se quiere otorgar un contenido en particular. Por lo demás, se reitera la conclusión en el sentido de que lo que define los contratos o convenios interadministrativos es la naturaleza de las partes, de manera que están determinados por un criterio orgánico, en el sentido de que lo serán aquellos celebrados entre Entidades Estatales.

ii. 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[[7]](#footnote-8) y 1150 de 2007[[8]](#footnote-9), así como en el Decreto 1082 de 2015[[9]](#footnote-10), y en el Decreto 092 de 2017[[10]](#footnote-11), 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”[[11]](#footnote-12). 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”[[12]](#footnote-13). 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”[[13]](#footnote-14).

Por su parte, la Sección Tercera del Consejo de Estado, en Sentencia del 12 de agosto de 2013[[14]](#footnote-15), 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, sin perjuicio de las limitaciones establecidas por la ley[[15]](#footnote-16). 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. 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, se colige que, aunque hay ausencia de regulación específica de la subcontratación, esta no se encuentra proscrita en materia de contratación pública; pero sí encuentra límites para su aplicación en el principio de la autonomía de la voluntad, representada en lo pactado en el contrato principal, y en algunas normas específicas.

iii. Sin perjuicio de lo anterior debe advertirse que el análisis requerido para soportar la ejecución presupuestal las actividades a cargo del operador del convenio o para precisar la legalidad o no de la subcontratación conforme a los documentos del proceso debe ser realizado por quienes tengan interés en ello, de acuerdo con lo explicado la aclaración preliminar del presente oficio. De esta manera, las afirmaciones aquí realizadas no pueden interpretarse como juicios de valor sobre circunstancias concretas relacionadas con los hechos que motivan la consulta. Por lo anterior, previo concepto de sus asesores, la solución de situaciones particulares corresponde a los interesados adoptar la decisión correspondiente y, en caso de conflicto, a las autoridades judiciales, fiscales y disciplinarias.

Dentro de este marco, la entidad contratante definirá en cada caso concreto lo relacionado con el tema objeto de consulta. Al tratarse de un análisis que debe realizarse en el procedimiento contractual específico, la Agencia no puede definir un criterio universal y absoluto por vía consultiva, sino que brinda elementos de carácter general para que los partícipes del sistema de compras y contratación pública adopten la decisión que corresponda, lo cual es acorde con el principio de juridicidad. De esta manera, cada entidad definirá la forma de adelantar su gestión contractual, sin que sea atribución de Colombia Compra Eficiente validar sus actuaciones ni defenderlas ante los órganos de control.

1. **Referencias normativas:**

|  |
| --- |
| * Ley 80 de 1993, artículo 32.5.
* Ley 1150 de 2007, artículo 2.4.
* Decreto 1082 de 2015, artículo 2.2.1.2.1.4.4 y 2.2.1.2.3.1.5.
* Decreto 092 de 2017, artículo 7.
 |

1. **Doctrina de la Agencia Nacional de Contratación Pública:**

Esta Subdirección se ha pronunciado sobre el alcance de la subcontratación o contratación derivada en los Conceptos C-599 del 26 de octubre de 2021, C-581 del 16 de septiembre de 2022, C-702 del 9 de noviembre de 2022, C-808 del 25 de noviembre de 2022 y C-240 del 14 de septiembre de 2023. Estos y otros se encuentran disponibles para consulta en el Sistema de relatoría de la Agencia, al cual puede accederse a través del siguiente enlace: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos>.

También le invitamos a consultar las versiones I y II de 2024 del Boletín de Relatoría de la Subdirección de Gestión Contractual, las cuales puede descargar en la página web de la Agencia: <https://www.colombiacompra.gov.co/sala-de-prensa/boletin-digital>.

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y las expresiones aquí utilizadas con mayúscula inicial deben ser entendidas con el significado que les otorga el artículo 2.2.1.1.1.3.1. del Decreto 1082 de 2015.

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Juan David Montoya PenagosContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Alejandro Sarmiento CantilloGestor T1 ‒ 15 de la Subdirección de Gestión Contractual  |
| Aprobó: | Carolina Quintero GacharnáSubdirectora de Gestión Contractual ANCP – CCE |

1. 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)
2. DÁVILA VINUEZA. Luis Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal. 3ª ed. Bogotá: Temis, 2016. p. 494. [↑](#footnote-ref-3)
3. Decreto 1082 de 2015: “Artículo 2.2.1.2.1.4.4. Convenios o contratos interadministrativos. La modalidad de selección para la contratación entre Entidades Estatales es la contratación directa; y en consecuencia, le es aplicable lo establecido en el artículo 2.2.1.2.1.4.1 del presente decreto.

Cuando la totalidad del presupuesto de una Entidad Estatal hace parte del presupuesto de otra con ocasión de un convenio o contrato interadministrativo, el monto del presupuesto de la primera deberá deducirse del presupuesto de la segunda para determinar la capacidad contractual de las Entidades Estatales”. [↑](#footnote-ref-4)
4. CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 26 de julio de 2016. Exp. 2.257. C.P. Álvaro Namén Vargas. Esta diferencia entre contrato y convenio está mucho más apuntalada en el derecho español de acuerdo con el artículo 47.1 de la Ley 40 de 2015, la cual regula el régimen jurídico del sector público. Por ello, la doctrina extrajera también estima que: “De la figura del “contrato” se diferencia la del “convenio”. Mientras el núcleo característico del “contrato” es el contenido económico de las obligaciones que asumen las partes que lo celebran, el “convenio” tiene por objeto el desarrollo de una actividad de una actividad de colaboración interadministrativa. El convenio tiene una función esencialmente organizatoria, o de promoción y fomento de actividades públicas y privadas; de forma indirecta el convenio puede tener efectos económicos, pero el fundamento de la celebración del convenio es la colaboración entre dos personas” (Cfr. BLANQUER CRIADO, David. Los contratos del sector público. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013. p. 39). [↑](#footnote-ref-5)
5. Por ejemplo, Peña Nossa estima que “La noción tradicional de contrato restringe su aplicación a los actos jurídicos de contraprestación, esto es, aquellos en los que solo existen dos partes, dos manifestaciones de voluntad, con intereses distintos y opuestos, en donde las obligaciones de las partes son interdependientes, esto es, en donde el objeto de la obligación de una de las partes es causa de la obligación de la otra. Como ejemplo de este tipo de actos tenemos la compraventa y el arrendamiento.

Una concepción moderna señala que el contrato no solo recoge relaciones jurídicas de contraprestación, debido a la existencia de actos o negocios jurídicos complejos o de colaboración en los que pueden intervenir más de dos partes, que persiguen intereses comunes y por tanto colaboran en su realización. Aquí, a diferencia de lo que sucede en los actos de contraprestación, las obligaciones de las partes son autónomas e independientes, por lo que el incumplimiento de una de ellas no afecta las obligaciones de las demás, y también difiere porque la nulidad que se pronuncie con relación a una de las partes no involucra a las demás ni afecta la validez del negocio jurídico, salvo que la nulidad sea esencial para la consecución del objeto (C. de Co., art. 903). Como ejemplo de este tipo de actos tenemos el contrato de sociedad, las uniones temporales, el contrato de *joint venture,* etc.” (Cfr. PEÑA NOSSA, Lisandro. De los contratos mercantiles nacionales e internacionales. Quinta edición. Bogotá: ECOE Ediciones, 2014. Libro electrónico en formato EPUB. En el mismo sentido, ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. Contratos mercantiles: teoría general del negocio mercantil. Tomo I. Decimotercera edición. Bogotá: Legis, 2012. pp. 89-91). [↑](#footnote-ref-6)
6. PLANIOL, Marcel & RIPERT, Jeorge. Tratado práctico de derecho civil francés. Tomo VI. La Habana: Cultural SA, 1940. p. 24. [↑](#footnote-ref-7)
7. 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-8)
8. 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-9)
9. 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-10)
10. 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-11)
11. 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-12)
12. TRABALÓN Cristóbal. Tratado Legal de Construcción. Editorial Tébar Flores. Madrid. 2015 [↑](#footnote-ref-13)
13. Ibidem [↑](#footnote-ref-14)
14. 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-15)
15. Por ejemplo, el inciso 4 del literal c del numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 dispone que, tratándose de contratos interadministrativos, “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)