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

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

**CONTRATOS ESTATALES MIXTOS – Método de absorción**

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

**CONTRATOS ATIPICOS – Definición – Entidades sometidas – EGCAP**

Tanto la jurisprudencia como la doctrina de derecho administrativo aceptan la presencia de contratos administrativos atípicos. En efecto, el Consejo de Estado, ha señalado que: “Como tampoco corresponde el negocio jurídico celebrado por las partes a ninguno otro de los tipificados en el Decreto Ley 222 de 1983, no obstante, lo cual, subsiste su naturaleza vinculante como acuerdo de voluntades creador de obligaciones a cargo de los cocontratantes y regido por las cláusulas pactadas por éstos”.

Tratándose de contratos atípicos estatales y su contenido el mismo, estos son admisibles en nuestro ordenamiento jurídico, siempre y cuando esté dentro del orden público, que no tenga objeto ilícito o causa ilícita, que no estén presentes vicios del consentimiento y que, en aquellos casos que se exigen formalidades, se cumplan para el nacimiento del contrato. Dado que se trata de contratos de la administración, además de cumplir con los anteriores requisitos el contrato debe constar por escrito.

**CONTRATOS ATIPICOS – Elementos – Autonomía de la voluntad**

[…] a juicio de la Agencia, si bien las partes pueden acordar aquellos elementos integran el contrato atípico, de acuerdo con la autonomía de la voluntad reconocida en el ordenamiento jurídico, es importante tener en cuenta los siguientes aspectos: i) La observancia de las normas imperativas contenidas en el EGCAP, como son las reglas de formación, celebración y contenido obligatorio de los contratos estatales; ii) los límites impuestos por el orden público; iii) en aquellos casos en los que se encuentren vacíos en el contrato o se requiera interpretar aspectos de aquel se deberá tener en cuenta que el EGCAP opera de forma supletiva frente al silencio de las partes; iv) las normas generales sobre contratos contenidas en las normas de derecho privado de conformidad con el artículo 13 de la Ley 80 de 1993 y v) la aplicación de los principios generales de derecho y de la administración pública en especial.

Bogotá D.C., 09 de octubre de 2024



Señora

**Nicolle Daniela Rueda Fernández**

obertoardila1670@gmail.com

nrueda266@unab.edu.co

Bogotá D.C.

|  |  |
| --- | --- |
|  | **Concepto C-484 de 2024** |
| **Temas:**  | CONTRATOS ESTATALES MIXTOS – Régimen contractual – Uniones de contratos – Diferencias /CONTRATOS ESTATALES MIXTOS – Método de absorción CONTRATOS ATIPICOS – Definición – Entidades sometidas – EGCAP / CONTRATOS ATIPICOS – Elementos – Autonomía de la voluntad |
|  **Radicación:**  | Respuesta a consulta con radicado No. P20240814008306 |

Estimada señora Rueda:

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 su solicitud de consulta de fecha 14 de agosto de 2024, en la cual manifiesta lo siguiente:

*“[…] 1. ¿Es legal fusionar objetos contractuales?*

*2.**En los estudios previos en virtud del artículo 2.2.1.1.2.1.1 del Decreto 1082 del 2015 señala que en los estudios previos se debe colocar el objeto contractual. Sin embargo, el objeto contractual se pueden fusionar actividades de compra, diseño o consultoría es válido hacer una unión de objetos? Para ello, necesito que Colombia Compra como ente rector nos oriente que posibilidades hay de fusionar esos objetos en aras de la autonomía que tiene las entidades al realizar los procesos de contratación pública. […]”*

De manera preliminar, resulta necesario acotar que esta entidad solo 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 particulares 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 resolverá su consulta dentro de los límites de la referida competencia consultiva, esto es, haciendo abstracción de las circunstancias particulares y concretas mencionadas en su petición, pero haciendo unas consideraciones sobre las normas generales relacionadas con el problema jurídico de su consulta.

1. **Problema planteado:**

De acuerdo con el contenido de su solicitud, esta Agencia resolverá el siguiente problema jurídicos: ¿Es viable estructurar un proceso de selección cuyo objeto incluya varias tipologías contractuales?

1. **Respuesta:**

|  |
| --- |
| La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado explica que es posible la existencia de *contratos mixtos* que contengan prestaciones correspondientes a varias tipologías contractuales. En estos casos, adhiriéndose al método de absorción para efectos de integrar el régimen jurídico aplicable, considera que “Ante la ausencia y vacío legislativo, para la Sala un criterio de interpretación que ayude a dilucidar esta situación será el de atender al carácter de la prestación principal. El objeto principal, a su vez, podría determinarse en función de cuál es la prestación que tenga el mayor de los valores estimados. Se trata de una regla general que debe centrase en definir el fin buscado por la administración en los términos del artículo 3° de la Ley 80 de 1993”[[1]](#footnote-2).Aunado a lo anterior, es necesario precisar que la entidad podrá acudir a cualquier otra modalidad típica o atípica, nominada o innominada que pueda celebrarse entre la entidad estatal y un contratista, en los términos de la autonomía de la voluntad de las partes, de acuerdo con lo previsto en los artículos 13, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993. En todo caso, se reitera, la determinación del objeto contractual es un asunto que compete a la entidad contratante, en atención particularidades de cada proceso de contratación, de las que surgirá la concurrencia de los elementos de uno u otro contrato.Dicho lo anterior, y teniendo en cuenta la parte considerativa del presente concepto, para esta Agencia se encuentra válido que en la estructuración de un Procesos de Contratación se puedan combinar objetos, siempre que estén debidamente justificados y que las prestaciones a fusionar estén directamente relacionadas entre sí. Esto permitirá tratarlas como una única unidad funcional enfocada en satisfacer las necesidades de la entidad. Por lo tanto, no sería adecuado incluir en un solo contrato prestaciones que, aunque distintas, mantengan su autonomía y no estén directamente conectadas con las demás.Asimismo, es necesario identificar el objeto principal de la prestación para aplicar el régimen del contrato típico correspondiente. Las reglas que rigen el acuerdo en su conjunto se someterán al contrato nominado del objeto principal. Como se mencionó anteriormente, el objeto principal puede determinarse en función del presupuesto u otros elementos que la entidad considere relevantes, previa justificación en los Documentos del Proceso. |

1. **Razones de la respuesta:**

Lo anterior se sustenta en las siguientes consideraciones:

El contrato es un “acto jurídico voluntario, una declaración de voluntad, que tiene por objeto establecer una relación jurídica entre dos personas, obligando a la una para con otra a determinada prestación”[[2]](#footnote-3). Se trata de un negocio jurídico en el sentido de que es el resultado de un acto dispositivo o de autorregulación de intereses de dos o más sujetos con efectos jurídicos para crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas[[3]](#footnote-4).

En efecto, el artículo 1495 del Código Civil establece que el “[c]ontrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer, o no alguna cosa. Cada parte puede ser de una o muchas personas”. A su turno, el Código de Comercio establece en el artículo 864 que “[e]l contrato es un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial”.

Por su parte, el artículo 1º de la Ley 80 de 1993 –Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en adelante EGCAP–, determina que su objetivo es disponer de reglas y principios que rigen los contratos de las Entidades Estatales y, en ese sentido, el artículo 32 *ibidem* define los contratos estatales como “todos los actos jurídicos, generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere este estatuto [art. 2], previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad”.

De acuerdo con lo anterior, para la definición de contrato estatal basta con que una de las entidades que enumera el artículo 2º de la Ley 80 de 1993[[4]](#footnote-5) sea una de las partes, sin importar el extremo de la relación jurídico negocial que asuma. Al respecto, el Consejo de Estado ha sostenido que el criterio definitorio de un contrato estatal es que haya sido celebrado por una Entidad Estatal:

“Nótese cómo, elemento esencial para calificar de estatal un contrato, es que haya sido celebrado por una entidad estatal, es decir, una entidad pública con capacidad legal para celebrarlo. Dicho de otro modo, no existen contratos estatales celebrados entre particulares, ni siquiera cuando éstos han sido habilitados legalmente para el ejercicio de funciones públicas”[[5]](#footnote-6).

Así pues, el contrato estatal es el acto jurídico creador de obligaciones en cuya celebración concurre una de las Entidades Estatales, independientemente de que se trate de contratos previstos o tipificados en el derecho privado, en disposiciones especiales o que sencillamente resulten del ejercicio de la autonomía de la voluntad, como sucede con los que se clasifican como atípicos e innominados –artículo 32 de la Ley 80–. Por lo tanto, la Ley 80 de 1993 adoptó un criterio eminentemente subjetivo u orgánico, esto es, en atención a la naturaleza de los sujetos u órganos que intervienen en la formación del vínculo contractual, para efectos de determinar que los contratos podrán catalogarse como estatales únicamente en cuanto en uno de sus extremos, al menos, se encuentre una Entidad Estatal[[6]](#footnote-7), con independencia del régimen de derecho aplicable.

Este entendimiento encuentra, además, recepción en los artículos 13 y 40 de la Ley 80 de 1993, los cuales integran al derecho contractual estatal “las disposiciones comerciales y civiles pertinentes”, cuando indican que estos se regirán de forma supletiva por ese régimen jurídico, salvo en las materias expresa y particularmente reguladas por el EGCAP, lo que permite concluir que “mediante la Ley 80, se pretendió que la actividad contractual del Estado quedará bajo la égida del contrato estatal, caracterizado por tener un régimen jurídico mixto, integrado por normas de derecho público y derecho privado”[[7]](#footnote-8). En armonía con lo anterior, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, expresó que, en tal virtud, por regla general:

“[…] las entidades estatales dentro del ámbito de aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Púbica, cuando celebren contratos deben cumplir las disposiciones del derecho privado (comerciales y civiles) que resulten aplicables, excepto en aquellas materias expresamente reguladas por el citado Estatuto y las normas que lo modifiquen o adicionen, verbigracia, los mecanismos de selección, los principios de transparencia, economía y responsabilidad, el deber de selección objetiva, las inhabilidades e incompatibilidades para contratar, los requisitos de perfeccionamiento y ejecución del contrato, el equilibrio económico y financiero del contrato, las cláusulas excepcionales (interpretación, modificación y terminación unilaterales, caducidad, reversión y sometimiento de a las leyes nacionales), la imposición y efectividad de las multas y cláusula penal una vez pactadas, las garantías del contrato, las nulidades específicas del contrato estatal, el silencio administrativo positivo, la liquidación del contrato, entre otras”[[8]](#footnote-9).

De otra parte, las Entidades Estatales, sujetas a la Ley 80 de 1993, para seleccionar a sus contratistas y la oferta más favorable para sus intereses no se encuentran en una posición de libertad absoluta, pues están sujetas a los procedimientos preestablecidos en las leyes y reglamentos. La preparación, adjudicación y perfeccionamiento de sus contratos es eminentemente reglado, fijado por el orden jurídico, bajo precisos principios que garantizan el derecho a la igualdad de los oferentes, la libertad de participación y el cumplimiento de los fines estatales perseguidos con esta actividad. Por eso, el ordenamiento establece mecanismos, modalidades o procesos de selección objetiva de la persona más idónea y la oferta más favorable o ventajosa para la celebración del contrato con la administración, que serán más o menos rigurosos en función a ciertos elementos, como la cuantía, el tipo o naturaleza del contrato o el objeto de los bienes y servicios requeridos -1. Licitación pública. 2. Selección abreviada. 3. Concurso de méritos, 4. Contratación directa y 5. Mínima cuantía, artículos 24 de la Ley 80 de 1993 y 2 de la Ley 1150 de 2007-. Las normas que consagran estos procedimientos de selección son de carácter imperativo y de orden público, no disponibles y, por tanto, de obligatorio cumplimiento, lo que implica que no pueden ser dispuestas por sus destinatarios de manera diferente y sus efectos no pueden evitarse o modificarse.

Ahora bien, como el contrato estatal corresponde al acuerdo de voluntades en que uno de los extremos es una entidad pública, no solo pertenecen a esta categoría los celebrados por las entidades a las que se refiere la Ley 80 de 1993, sino también aquellos en los que interviene como parte cualquier Entidad Pública, independiente del régimen jurídico aplicable. Este criterio es el que ha sido adoptado por el Consejo de Estado, para quien el carácter de contrato estatal se establece por la presencia de una Entidad Estatal como parte del mismo:

“[L]a Jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que la naturaleza del contrato no depende de su régimen jurídico, por tanto, al adoptar un criterio orgánico, se ha expuesto que serán considerados contratos estatales aquellos que celebren las entidades de igual naturaleza. En este sentido se ha pronunciado esta Sala: “De este modo, son contratos estatales ‘todos los contratos que celebren las entidades públicas del Estado, ya sea que se regulen por el Estatuto General de Contratación Administrativa o que estén sujetos a regímenes especiales’”.[[9]](#footnote-10)

De todos modos, sin perjuicio del régimen normativo que aplique al negocio jurídico estatal, la Entidad Pública exceptuada y con régimen especial de contratación debe observar y acatar los principios consagrados en los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, aplicar las mismas inhabilidades e incompatibilidades del régimen general de la contratación estatal y cumplir con el deber de publicidad – como se estudiará más adelante –, según mandato expreso del artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, sin perjuicio, de la aplicación de otras disposiciones que aplican de forma transversal a los contratos celebrados por Entidades Públicas.

Ahora bien, teniendo en cuenta el objeto de su consulta, es preciso mencionar que las Entidades Estatales regidas por el EGCAP están habilitadas para celebrar los contratos que suelen celebrar los particulares entre sí – como el de concesión de espacios al que se refiere en sus preguntas – en ejercicio de la autonomía de la voluntad privada. En ese sentido, puede ocurrir que dentro de la gestión ordinaria de sus competencias las entidades tengan necesidades que deban ser satisfechas a través de contratos como el arrendamiento, comodato o administración, en los que además de las disposiciones del EGCAP deberán aplicarse en su mayoría normas de derecho privado, lo que de ninguna manera desvirtúa la calidad de estatal de dichos contratos.

Dicha calidad de contrato estatal tampoco depende de que la relación contractual implique o no la erogación de recursos públicos, ya que, se reitera, ello obedece a un criterio eminentemente orgánico. De acuerdo con esto, independientemente de que las Entidades Estatales realicen o no desembolsos de dinero a título de contraprestación, los contratos estatales, en tanto son celebrados para satisfacer necesidades de las Entidades Estatales, las cuales están asociadas al cumplimiento de sus funciones administrativas y cometidos misionales, involucran un interés público.

Finalmente, si bien la regla general en la contratación pública es que la entidad se presenta como el comprador de un bien o servicio, –lo que en el mercado usualmente representa la demanda–, ello no obsta para que algunas entidades asuman la posición del vendedor u oferente de bienes o el prestador de servicios. Lo importante es que ello esté relacionado con el objeto de sus funciones. En este caso también estaremos en presencia de un contrato estatal.

En atención a lo expuesto, se concluye que, el contrato estatal, sea sujeto al ámbito del EGCAP o por fuera de él, es un acuerdo de voluntades celebrado por una Entidad Estatal con un particular u otra entidad que genera, extingue o modifica obligaciones para quienes lo suscriben, regida por un derecho mixto, en los términos explicados.

Ahora bien, resulta importante mencionar que los contratos estatales – al igual que los que se celebran en el derecho privado – pueden clasificarse en contratos típicos y contratos atípicos. Los contratos atípicos se caracterizan por ser contratos en los cuales su causa o función socioeconómica no corresponde a ninguna de los contratos tipificados por la ley[[10]](#footnote-11).

 Tanto la jurisprudencia como la doctrina de derecho administrativo aceptan la presencia de contratos administrativos atípicos. En efecto, el Consejo de Estado, ha señalado que: “Como tampoco corresponde el negocio jurídico celebrado por las partes a ninguno otro de los tipificados en el Decreto Ley 222 de 1983, no obstante, lo cual, subsiste su naturaleza vinculante como acuerdo de voluntades creador de obligaciones a cargo de los cocontratantes y regido por las cláusulas pactadas por éstos”[[11]](#footnote-12).

 Tratándose de contratos atípicos estatales y su contenido el mismo, estos son admisibles en nuestro ordenamiento jurídico, siempre y cuando esté dentro del orden público, que no tenga objeto ilícito o causa ilícita, que no estén presentes vicios del consentimiento y que, en aquellos casos que se exigen formalidades, se cumplan para el nacimiento del contrato. Dado que se trata de contratos de la administración, además de cumplir con los anteriores requisitos el contrato debe constar por escrito.

 Conforme lo expuesto y respondiendo a sus consultas, esta Agencia considera que la Ley 80 de 1993 facultó a las Entidades Públicas para que estas, en aplicación del principio de autonomía explicado en el acápite anterior, sean quienes determinen el tipo de contrato que mejor se ajuste al interés general e incluyan en sus contratos las cláusulas necesarias para dicho fin.

 Ahora bien, frente a su consulta acerca de los elementos que componen los contratos atípicos como el contrato de concesión de espacios, es imperioso decir que, las partes son las que dotan al contrato de aquellos elementos esenciales que confluyen bien sea de tomar elementos propios de otras figuras o de elementos originales para crear una relación jurídica propia que difiere de las demás. Al respecto, el Consejo de Estado ha manifestado:

“Así las cosas, puede decirse que lo esencial en un acuerdo de voluntades, es aquello sin lo cual ese acuerdo deja de serlo para mutar en otro diferente o simplemente para extinguirse. En otras palabras, si llegaren a desaparecer elementos esenciales durante la ejecución de un contrato, la consecuencia lógica sería su terminación, o la necesidad de suscribir otro que regule la nueva situación fáctica que se presenta, precisamente por el desaparecimiento del elemento esencial que determinaba la existencia del contrato anterior”.[[12]](#footnote-13)

 Conforme lo expuesto, a juicio de la Agencia, si bien las partes pueden acordar aquellos elementos integran el contrato atípico, de acuerdo con la autonomía de la voluntad reconocida en el ordenamiento jurídico, es importante tener en cuenta los siguientes aspectos: i) La observancia de las normas imperativas contenidas en el EGCAP, como son las reglas de formación, celebración y contenido obligatorio de los contratos estatales; ii) los límites impuestos por el orden público; iii) en aquellos casos en los que se encuentren vacíos en el contrato o se requiera interpretar aspectos de aquel se deberá tener en cuenta que el EGCAP opera de forma supletiva frente al silencio de las partes; iv) las normas generales sobre contratos contenidas en las normas de derecho privado de conformidad con el artículo 13 de la Ley 80 de 1993 y v) la aplicación de los principios generales de derecho y de la administración pública en especial.

Dicho lo anterior, El inciso primero del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 define los contratos estatales como “[…] todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad […]”, por lo que las partes están facultadas para suscribir *contratos mixtos*. Como una forma de contratación atípica, estos se caracterizan por acumular prestaciones de varios contratos nominados para satisfacer una necesidad común, es decir, “Su finalidad económica es única y condensa el propósito perseguido por los contratantes. Las diversas prestaciones, aunque corresponden a diversos contratos típicos, se subordinan a esa finalidad e intención de las partes”[[13]](#footnote-14).

Los ejemplos comunes de estos contratos son el diseño y construcción de obras, el suministro y la instalación de equipos, la compra de repuestos y la reparación de bienes, etc. En este contexto, es importante diferenciar los “contratos mixtos” de las “uniones de contratos”. En el *contrato mixto* existe un solo acuerdo con elementos de diversos tipos de contrato, mientras que en las *uniones de contrato* cada uno de ellos mantiene su régimen y autonomía. Para esta distinción corresponde identificar la causa del contrato, es decir, el móvil para celebrarlo: si existe unidad causal corresponde a un “contrato mixto”; de lo contrario, es una “unión de contratos”[[14]](#footnote-15).

De acuerdo con la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, un sector de la doctrina explica que el régimen contractual de los *contratos mixtos* se ha determinado por el método de absorción. Conforme a este criterio, debe identificarse el objeto principal de la prestación para aplicar el régimen del contrato típico al que pertenece, es decir, las reglas que disciplinan el acuerdo en su conjunto se someten al contrato nominado del objeto principal. Por ello, “en el contrato mixto habría siempre un elemento prevalente que absorbe los elementos secundarios; esta circunstancia permitiría regular el contrato entero con las normas del contrato nominado correspondiente, el que estaría dotado de una fuerza de expansión respecto de las figuras contractuales que estén provistas de una función económica análoga”[[15]](#footnote-16).

La jurisprudencia citada también explica los métodos de analogía y combinación. El primero alude a que el contrato atípico se rige por las normas que disciplinan la figura contractual típica más parecida. El segundo, por su parte, considera que, si un contrato comprende prestaciones de diferentes tipologías, deben aplicarse las normas correspondientes a cada figura. Para la Corte Suprema de Justicia, los criterios de absorción y combinación se reducen a la analogía[[16]](#footnote-17). En todo caso, la doctrina advierte que:

[...] “la afinidad con otros tipos no excluye una relevancia original y autónoma del contrato”. Por tanto, se hace necesario auscultar también el interés y la intención de las partes en el contrato atípico. En últimas es la autonomía negocial la que da origen a los contratos innominados. La creación de un nuevo tipo contractual no es sino una adecuación progresiva del fenómeno de la autonomía negocial a los intereses específicos de los sujetos. La creación de un nuevo tipo contractual no es sino la adecuación progresiva del fenómeno de la autonomía negocial a los intereses específicos de los sujetos[[17]](#footnote-18).

Por su parte, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado explica que es posible la existencia de *contratos mixtos* que contengan prestaciones correspondientes a varias tipologías contractuales. En estos casos, adhiriéndose al método de absorción para efectos de integrar el régimen jurídico aplicable, considera que “Ante la ausencia y vacío legislativo, para la Sala un criterio de interpretación que ayude a dilucidar esta situación será el de atender al carácter de la prestación principal. El objeto principal, a su vez, podría determinarse en función de cuál es la prestación que tenga el mayor de los valores estimados. Se trata de una regla general que debe centrase en definir el fin buscado por la administración en los términos del artículo 3° de la Ley 80 de 1993”[[18]](#footnote-19).

Sobre lo anterior, también se ha pronunciado el Honorable Consejo de Estado[[19]](#footnote-20) en lo que se ha estipulado:

“[…] Como elemento esencial para permitir la existencia de prestaciones mixtas en un mismo contrato y por lo tanto, la existencia de un contrato mixto es necesario que las prestaciones correspondientes que pretendan fusionarse se encuentren directamente vinculadas entre sí, de tal manera que mantengan relaciones de complemento y que permitan predicar su tratamiento solo como una unidad funcional dirigida a la satisfacción de la necesidad de la entidad. No sería procedente incorporar en un solo contrato prestaciones que conservan su autonomía y no se encuentran directamente vinculadas con las otras prestaciones. Ahora bien, la doctrina se ha referido a los contratos atípicos y los ha clasificado en dos categorías: los contratos que no tienen tipicidad legal pero si tienen tipicidad social, y por otra, aquellos contratos que no tienen tipicidad legal ni social. Dentro de los contratos atípicos con tipicidad social, se consideran incluidos los contratos mixtos, que en virtud del principio de la autonomía de la voluntad los particulares pueden crear nuevas figuras contractuales, en donde se conjugan los elementos de diversos contratos típicos en un solo contrato el cual tomará la denominación de contrato mixto. Por otra parte, en los contratos que no tienen tipicidad legal ni social, se encuentran las uniones de contratos. (…) Es importante diferenciar los contratos mixtos de las uniones de contratos, ya que en el contrato mixto existe un solo contrato, con elementos de diversos contratos, mientras que en las uniones de contrato cada contrato mantiene su régimen y autonomía. Este elemento de distinción, según esta doctrina, corresponde a identificar la causa del contrato, es decir, el móvil que tiene la administración para celebrar el contrato. Si hay unidad de causa corresponderá a un contrato mixto, si hay diversidad de causas, estaremos frente a una unión de contratos. […]”

Ahora bien, vale mencionar que del tema en concreto existen vacíos legales que no han sido resueltos en diferentes escenarios, posiblemente, el único evento que había sido regulado en la legislación nacional correspondía a la posibilidad de iniciar un proceso cuyo objeto incorpore objetos mixtos, caso en el cual se consideraba que debía realizarse una licitación o selección abreviada, según corresponda. Es decir, el proceso utilizado para la contratación de obra, al parecer atendiendo al carácter de la prestación principal

En la práctica se encuentran contratos para el suministro de equipos que involucran prestaciones adicionales relacionadas con su instalación, servicios de mantenimiento, y de capacitación tendientes a la entrega para la puesta en funcionamiento por parte de la entidad estatal.

En el caso citado, no existe un contrato de compraventa o suministro de bienes muebles, un contrato de obra y un contrato de prestación de servicios. Se trata de un solo contrato con una prestación principal y unas accesorias relacionadas directamente con el primero.

El análisis del contrato que se celebra tiene una gran importancia teniendo en cuenta que de ello dependerá aspectos tales como: el proceso de selección que debe realizarse (licitación, concursos de méritos o selección abreviada); el eventual Registro Único de Proponentes (RUP) que pueda exigirse, y aún los requisitos habilitantes o ponderables que deben incorporarse en el pliego de condiciones para seleccionar de manera objetiva la mejor oferta.

Ante la ausencia y vacío legislativo, para la Agencia, de igual manera, se deberá de utilizar un criterio de interpretación que ayude a dilucidar esta situación el cual será el de atender al carácter de la prestación principal. El objeto principal puede determinarse en función del presupuesto u otros elementos que la entidad considere relevantes, previa justificación en los Documentos del Proceso.

1. **Referencias normativas, jurisprudenciales y otras fuentes:**

|  |
| --- |
| * Ley 80 de 1993, artículo 25.
* Ley 1150 de 2007
* Decreto 1082 de 2015, artículos 2.2.1.1.2.1.1. y artículo 2.2.1.1.1.6.1.
* Ley 2069 de 2020
* Jurisprudencia del Consejo de Estado. Disponible en: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/providencias-consejo-de-estado/>
* Guías y manuales expedidos por la ANCP-CCE. Disponible en: https://www.colombiacompra.gov.co/manuales-guias-y-pliegos-tipo/manuales-y-guias
 |

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

Sobre el deber de elaborar análisis de los estudios previos frente a procesos de contratación se pronunció esta Subdirección en los conceptos 2202013000000037 del 7 de enero de 2020, C-223 del 29 de abril de 2020 y C-148 de 2021. Igualmente, se reiteran los Conceptos C-387 del 23 de junio de 2020, C-415 del 7 de julio de 2020, C-443 del 7 de julio de 2020, C-387 del 23 de junio de 2020, C-223 del 29 de abril de 2020, C-671 de 2020 de 23 de noviembre de 2020, C-215 del 12 de mayo de 2021, C-742 del 27 de diciembre de 2021, C- 440 de 2021, C-519 del 13 de septiembre de 2022, C-716 del 15 de noviembre de 2022, C-856 del 13 de diciembre de 2022, y C-235 del 5 de julio de 2023.

Así mismo, referte al tema de los contratos Mixtos y objetos sociales con prestaciones mixtas se ha pronunciado en los conceptos con radicados 2201913000009572 y 2201913000009588 del 24 de diciembre de 2019Concepto C–933 de 2022.

Estos y otros conceptos se encuentran disponibles para consulta en el Sistema de relatoría de la Agencia, al cual se puede acceder a través del siguiente enlace: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos>

Por último, lo invitamos a seguirnos en las redes sociales en las cuales se difunde información institucional:

Twitter: @colombiacompra

Facebook: ColombiaCompraEficiente

LinkedIn: Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente Instagram: @colombiacompraeficiente\_cce

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: | Richard Andrés Montenegro SiefkenContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Martha Alicia Romero VargasGestor T15-11de la Subdirección de Gestión Contractual  |
| Aprobó: | Carolina Quintero GacharnáSubdirectora de Gestión Contratual ANCP – CCE |

1. CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 5 de septiembre de 2018. Rad. 2.386. C.P. Edgar González López. [↑](#footnote-ref-2)
2. CLARO SOLAR, Luis. Explicaciones de derecho civil chileno y comparado. Tomo Décimo – Obligaciones y contratos 1. Santiago de Chile, Nascimiento, 1936. [↑](#footnote-ref-3)
3. “[...]el negocio jurídico es un acto de autonomía privada jurídicamente relevante; acto de autorregulación de los propios intereses: la ley no delimita totalmente su contenido, señala orientaciones y límites a la actividad dispositiva, indaga sobre su observancia y, no hallando reparo que formular, interpreta el comportamiento, lo ubica dentro del marco de circunstancias en que se realizó y, una vez encasillado dentro de uno de los tipos socialmente reconocidos, le asigna los efectos que mejor correspondan a la determinación particular así alindada y calificada”. (HINESTROSA, Fernando, Tratado de las Obligaciones II De las fuentes de las obligaciones: *El Negocio Jurídico*, Volumen I, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015, pág. 107). [↑](#footnote-ref-4)
4. El artículo 2º define, para los efectos del ámbito de sujeción del estatuto, que se denominan entidades estatales: a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles. b) El Senado de la República, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, distritales y municipales, la Procuraduría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil, los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, las unidades administrativas especiales y, en general, los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos. [↑](#footnote-ref-5)
5. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 4 de abril de 2002, M.P. Alier E. Hernández Enríquez. Rad. 1999-0290-01 (17.244). [↑](#footnote-ref-6)
6. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera, Auto del 30 de enero de 2008. Rad. 32.867, M.P. Mauricio Fajardo Gómez. [↑](#footnote-ref-7)
7. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia de 23 de septiembre de 1997, Rad. S-701. [↑](#footnote-ref-8)
8. CONSEJO DE ESTADO, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 15 de mayo de 2018, Rad. 2335. [↑](#footnote-ref-9)
9. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia de 31 de marzo de 2011, Rad. 16246, M.P. Hernán Andrade Rincón. Al adoptar un criterio orgánico o subjetivo, en el que la sola presencia de una entidad estatal como parte del mismo le imprime al negocio jurídico la naturaleza o categoría jurídica de contrato estatal, “tiene la virtud de englobar todos los contratos que celebren las entidades públicas del Estado, ya sea que se regulen por el estatuto general de contratación administrativa o que estén sujetos a regímenes especiales. De tal manera es dable hablar genéricamente de dos tipos de contratos: 1. Contratos estatales regidos por la Ley 80 de 1993. 2. Contratos estatales especiales...”. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto del 8 de febrero de 2001, Rad. No. 16661) En igual sentido, auto de 20 de agosto de 1998, Rad. 14.202; auto de 7 de octubre de 2004, Rad.2675 y sentencia de 20 de abril de 2005, Rad. 14519, entre otras providencias. [↑](#footnote-ref-10)
10. Messineo Ob. Cit. Pág. 394 [↑](#footnote-ref-11)
11. Consejo de Estado, Sección Tercera en Sentencia del 21 de abril de 2005 radicado No 14651 C.P. Ramiro Saavedra Becerra [↑](#footnote-ref-12)
12. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, sentencia de 12 de marzo de 2009, C.P. Gustavo Aponte Santos, radicado No 1942 [↑](#footnote-ref-13)
13. SUÁREZ BELTRÁN, Gonzalo. Estudios de derecho público contractual: Bogotá: Legis, 2014. p. 238. Al respecto, la doctrina considera que “Esta clase de contratos está constituida por aquellas figuras cuyos elementos son conocidos (elementos legales); dispuestos, sin embargo, en combinaciones diferentes a las que se pueden apreciar en los contratos típicos y que, además, han sido tomadas de más de un tipo de contrato. Estos elementos pueden encontrarse en una relación de coordinación o de subordinación” (Cfr. ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. Contratos mercantiles: contratos atípicos. Octava edición. Bogotá: Legis, 2015. p. 36). [↑](#footnote-ref-14)
14. CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 5 de septiembre de 2018. Rad. 2.386. C.P. Edgar González López. [↑](#footnote-ref-15)
15. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 5 de diciembre de 1956. M.P. Pablo Emilio Manotas. Decisión publicada en el Gaceta Judicial LXXXIV, No. 2177-2180. p. 317. Este criterio se adoptó explícitamente en el derogado artículo 3.3.1.1 del Decreto 734 de 2012. Concretamente, el inciso cuarto disponía que ““En el caso de que el objeto contractual incluya los servicios de consultoría y otras obligaciones principales, como por ejemplo en el caso de ejecución de proyectos que incluyen diseño y construcción de la obra, la escogencia del contratista deberá adelantarse mediante licitación pública y selección abreviada, según corresponda de conformidad con lo señalado en la ley y en el presente decreto, sin perjuicio de lo previsto para la mínima cuantía. En todo caso, el equipo de profesionales y expertos propuestos deberá ser aprobado por la entidad”. [↑](#footnote-ref-16)
16. Por ello, explica que “[…] todos estos criterios de interpretación no son, en último análisis más que especificaciones del principio de la analogía, inspiradas en las peculiaridades de cada materia. De aquí, también, que el criterio de interpretación más serio, respecto del contrato innominado mixto, es, además de la aplicación directa de las reglas generales sobre los contratos, el de la aplicación analógica de las singulares relativas al contrato nominado dado, que se manifiesten como las más adecuadas al contrato mixto que se debe interpretar, y si éstas no existen, entonces recurrir a las de la analogía iuris” (*ibidem*). [↑](#footnote-ref-17)
17. RENGIFO GARCÍA, Ernesto. Interpretación del contrato atípico a la luz de la jurisprudencia colombiana. En: Los contratos en el derecho privado. Bogotá: Legis – Universidad del Rosario, 2009. p. 48. [↑](#footnote-ref-18)
18. CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 5 de septiembre de 2018. Rad. 2.386. C.P. Edgar González López. [↑](#footnote-ref-19)
19. Consejo de estado – Rad: 11001-03-06-000-2018-00124-00(2386) CP: ÉDGAR GONZÁLEZ LÓPEZ [↑](#footnote-ref-20)