**CONSTITUCIÓN DE FIDUCIA O PATRIMONIO AUTÓNOMO IRREVOCABLE – Artículo 91 ley 1474 de 2011- ámbito de aplicación**

Para ciertos tipos de contratos la Ley ha impuesto la obligación al contratista de constituir una fiducia o patrimonio autónomo irrevocable, con el propósito de manejar los recursos que se entreguen a título de anticipo y garantizar que estos sean destinados única y exclusivamente para solventar los costos iniciales de la ejecución del contrato, de acuerdo con las condiciones pactadas.

De esta manera, es claro que el artículo 91 determina el ámbito de aplicación, al enumerar los casos en los cuales es deber del contratista constituir un patrimonio autónomo o una fiducia para administrar los recursos del anticipo. Para tales efectos, se establecen los siguientes contratos: i) obra, ii) concesión, iii) salud y iv) los contratos derivados de un proceso de Licitación Pública.

**SUBCONTRATACIÓN – Noción**

Es pertinente señalar que la subcontratación implica la celebración de un contrato derivado de otro principal cuyo propósito es ejecutar parcialmente este último, por lo que es independiente y autónomo del contrato principal. Como características esenciales de la subcontratación, se resaltan 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.

De esta manera, en el marco de la subcontratación “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-, (...)”. Por consiguiente, la relación jurídica entre el contratista principal y el subcontratista no afecta directamente la dinámica del contrato estatal, puesto que cada uno de estos contratos opera de manera separada e independiente. De este modo, al tratarse de contratos autónomos, la entidad estatal no tiene injerencia en los términos y condiciones que el contratista acuerde con el tercero, a menos que en el contrato principal se pacte condiciones particulares sobre este aspecto.

**CONTRATO DE ADMINISTRACIÓN DELEGADA – Subcontratos**

La administración delegada corresponde a un contrato atípico, que de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, se ha entendido, por lo menos, de dos maneras: i) como un mandato, es decir, como un negocio jurídico mediante el cual el contratista actúa en nombre y representación de la entidad contratante, y en contraprestación, la parte contratante delegante paga el costo real del objeto del contrato, adicionando un porcentaje por concepto de administración y utilidad del contratista; o ii) como una modalidad de administración y pago, no necesariamente asociada al mandato.

(…)

Específicamente sobre la subcontratación en el marco de la administración delegada, el Consejo de Estado señaló que “aunque el administrador delegado tiene como obligación esencial tomar bajo su responsabilidad la dirección técnica de la obra, la cual es de propiedad de la entidad estatal, “en el evento de que el administrador delegado celebre subcontratos para efectos de la ejecución del objeto convenido, él será el único responsable de los mismos”.

Así las cosas, si bien la administración delegada implica la realización o ejecución de la obra encomendada, junto con la administración de los fondos, en caso de que se celebren subcontratos no se genera una relación jurídica entre la entidad contratante y los terceros.

Bogotá D.C., 31 de diciembre de 2024



Señor

**Mauricio Toscano Giraldo**

Subdirector de Infraestructura Cultural

Secretaria de Cultura, Recreación y Deporte

Correspondencia.externa@scrd.gov.co

Bogotá D.C

|  |  |
| --- | --- |
|  | **Concepto C – 911 de 2024** |
| **Temas:** | CONSTITUCIÓN DE FIDUCIA O PATRIMONIO AUTÓNOMO IRREVOCABLE – Artículo 91 ley 1474 de 2011- ámbito de aplicación / SUBCONTRATACIÓN – Noción – / CONTRATO DE ADMINISTRACIÓN DELEGADA – Subcontratos |
| **Radicación:** | Respuesta a la consulta con radicado No. P20241122011773 |

Estimado señor Toscano Giraldo:

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 del 22 de noviembre de 2024, en la cual pregunta sobre lo siguiente:

1. *“*¿Cómo Entidad debo exigir al contratista que dentro de los contratos derivados en los que exista un anticipo, acuerde la constitución de una fiducia o patrimonio autónomo de acuerdo a lo señalado en el artículo 91 de la ley 1474 de 2011?
2. *¿Es obligatoria la constitución de una fiducia mercantil para el manejo de anticipos en contratos derivados del contrato de obra pública y regulados por el derecho civil y comercial?*

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 las preguntas de la petición, pero haciendo unas consideraciones sobre las normas generales relacionadas con el problema jurídico de su consulta.

1. **Problemas planteados:**

De acuerdo con el contenido de su solicitud, esta Agencia resolverá el siguiente problema jurídico: ¿En el marco de un contrato de administración delegada se debe exigir la constitución de fiducia o patrimonio autónomo para el manejo de los anticipos que se pacten en los subcontratos?

1. **Respuestas:**

|  |
| --- |
| La interpretación que la Agencia ha sostenido sobre el artículo 91 de la Ley 1474 de 2011 ha sido clara en señalar que es obligatorio constituir un patrimonio autónomo o una fiducia para administrar los recursos del anticipo en los contratos de: i) obra, ii) concesión, iii) salud, y, iv) los contratos derivados de un proceso de licitación pública, siempre que, en estos cuatros supuestos, el contrato no sea de menor o mínima cuantía. En ese sentido, cuando la cuantía de un contrato resulte ser de mínima o menor cuantía, independientemente de la modalidad de selección por la que surge, no será obligatoria la constitución de un patrimonio autónomo o una fiducia para administrar los recursos del anticipo, así haya surgido a través de un proceso de selección por licitación pública u otra modalidad.  En este orden de ideas, no es viable efectuar una interpretación extensiva del artículo 91 de la Ley 1474 de 2011 para incluir los subcontratos derivados de los contratos de obra de administración delegada, por dos razones fundamentales: i) la norma no menciona explícitamente a los subcontratos dentro de su ámbito de aplicación, el cual está delimitado por unos eventos particulares en las que resulta obligatorio la constitución de la fiducia para el manejo del anticipo pactado y, ii) no sería coherente con la noción de la subcontratación, inclusive tratándose de los contratos de administración delegada, debido a que en la subcontratación, independientemente de la naturaleza del contrato principal, la responsabilidad recae exclusivamente en el contratista del Estado, sin que se genere ningún vínculo jurídico entre la entidad contratante con los terceros.  En todo caso, la Entidad Estatal y el contratista podrán disponer en dichos contratos, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, las condiciones en relación con la subcontratación, de tal suerte que estará supeditada a lo dispuesto en el Pliego de Condiciones y en el contrato, sin perjuicio de las limitaciones establecidas por la ley. |

1. **Razones de las respuestas:**

Lo anterior se sustenta en las siguientes consideraciones:

i) En materia de contratación pública, la figura del anticipo está prevista en dos (2) normas: el inciso primero del parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993 y en el artículo 91 de la Ley 1474 de 2011. En cuanto al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, se dispone la posibilidad de pactar anticipos en los contratos, pero sujeto a determinadas limitaciones. En efecto, la norma prescribe que “En los contratos que celebren las entidades estatales se podrá pactar el pago anticipado y la entrega de anticipos, pero su monto no podrá exceder del cincuenta por ciento (50%) del valor del respectivo contrato”.

Por su parte, el artículo 91 de la Ley 1474 de 2011 consagra una regla especial para el manejo del anticipo. Este precepto normativo dispone lo siguiente:

En los contratos de obra, concesión, salud, o los que se realicen por licitación pública, el contratista deberá constituir una fiducia o un patrimonio autónomo irrevocable para el manejo de los recursos que reciba a título de anticipo, con el fin de garantizar que dichos recursos se apliquen exclusivamente a la ejecución del contrato correspondiente, salvo que el contrato sea de menor o mínima cuantía.

El costo de la comisión fiduciaria será cubierto directamente por el contratista.

En concordancia con lo señalado, el artículo 2.2.1.1.2.4.1 del Decreto 1082 de 2015[[1]](#footnote-2), determinó que, en los casos previstos en la ley, el contratista debe suscribir un contrato de fiducia mercantil para crear un patrimonio autónomo, con una sociedad fiduciaria autorizada para ese fin por la Superintendencia Financiera de Colombia, a la cual la Entidad Estatal debe entregar el valor del anticipo. Los recursos del patrimonio y sus rendimientos son autónomos y son manejados de acuerdo con el contrato de fiducia mercantil.

Lo anterior surge como una medida para fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública, en atención a la problemática identificada sobre el incumplimiento de los contratistas de destinar los anticipos en la ejecución del contrato[[2]](#footnote-3). De esta manera, mediante estas disposiciones se busca realizar un seguimiento a la entrega de recursos que se otorgan en calidad de anticipo, a través de la constitución de una fiducia irrevocable con la finalidad de garantizar, la correcta y adecuada inversión y administración de estos y, el reintegro de los recursos a la entidad estatal.

Por su parte, Colombia Compra Eficiente, emite la «Guía para el manejo de anticipos mediante contrato de Fiducia irrevocable», que tiene como objetivo establecer lineamientos sobre el contrato de fiducia para el manejo de anticipos. En esta se explica que «el patrimonio autónomo para manejo de anticipos tiene como finalidad: (i) la correcta y adecuada inversión y administración del anticipo y, (ii) el reintegro de los recursos del anticipo a la Entidad Estatal cuando declara la caducidad, incumplimiento o terminación del contrato estatal o cuando se presenta la nulidad del contrato estatal». Además, indica que, en los contratos de obra, concesión, salud y los que se realicen por licitación pública y siempre que no sean de menor o mínima cuantía, el contratista debe constituir un contrato de fiducia mercantil irrevocable para el manejo de los recursos que recibe a título de anticipo. Igualmente, expone las condiciones para administrar los recursos del patrimonio autónomo, las obligaciones principales de la fiduciaria, el manejo de los excedentes, entre otros.

De conformidad con lo anterior, para ciertos tipos de contratos la Ley ha impuesto la obligación al contratista de constituir una fiducia o patrimonio autónomo irrevocable, con el propósito de manejar los recursos que se entreguen a título de anticipo y garantizar que estos sean destinados única y exclusivamente para solventar los costos iniciales de la ejecución del contrato, de acuerdo con las condiciones pactadas.

De esta manera, es claro que el artículo 91 determina el ámbito de aplicación, al enumerar los casos en los cuales es deber del contratista constituir un patrimonio autónomo o una fiducia para administrar los recursos del anticipo. Para tales efectos, se establecen los siguientes contratos: i) obra, ii) concesión, iii) salud y iv) los contratos derivados de un proceso de Licitación Pública.

Aunque la norma menciona de manera general que en los cuatro casos anteriores se debe constituir patrimonio autónomo irrevocable o fiducia para el manejo del anticipo, la norma también determina una excepción de su aplicación para los cuatro tipos de contratos cuya disposición resulta obligatoria. Ello es así, por cuanto la expresión “*salvo que el contrato sea de menor o mínima cuantía*”, describe que, a pesar de las enunciaciones anteriores, dicha disposición imperativa no aplica en el supuesto de hecho de que la cuantía del contrato no resulte ser de mayor cuantía, sin discriminar la modalidad de selección mediante la cual se celebre dichos contratos.

Teniendo en cuenta las consideraciones desarrolladas en relación con la obligación de constituir una fiducia o un patrimonio autónomo irrevocable para el manejo de los recursos que reciba a título de anticipo, es pertinente mencionar que la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente en los conceptos C-049 del 21 de febrero de 2020, C-209 del 16 de marzo de 2020, C-693 del 25 de noviembre de 2020, C-154 del 18 de mayo de 2021, C-825 del 28 de diciembre de 2022 y C- 003 de 13 de marzo de 2023, sobre la expresión “*salvo que el contrato sea de menor o mínima cuantía*” contenida en la parte final del artículo 91 de la Ley 1474 de 2011, se ha pronunciado en el sentido de indicar que dicha excepción implica que la obligación se aplica a los contratos de obra, concesión, salud, o los que se realicen por licitación pública, *salvo que los mismos* sean de menor o mínima cuantía, sin tener en cuenta la modalidad de selección por la que se suscribió el contrato así:

“En consideración a lo enunciado previamente, el ejercicio interpretativo que esta Agencia ha mantenido sobre la sobre la expresión “*salvo que el contrato sea de menor o mínima cuantía*” contenida en la parte final del artículo 91 de la Ley 1474 de 2011, ha sido la de entender que en los contratos cuya cuantía resulte ser de mínima o menor cuantía no será obligatoria la constitución de un patrimonio autónomo o una fiducia para administrar los recursos del anticipo, así haya surgido a través de un proceso de selección por licitación pública.”[[3]](#footnote-4)

De igual forma, la postura adoptada en los conceptos emitidos por esta Agencia reiteran lo expuesto en la “*Guía para el manejo de anticipos mediante contrato de fiducia irrevocable”,* al indicar que el contratista debe constituir un contrato de fiducia mercantil irrevocable para el manejo de los recursos que recibe a título de anticipo en “los contratos de obra, concesión, salud y los que se realicen por licitación pública y *siempre que* no sean de menor o mínima cuantía*”* [Énfasis fuera de texto].

De las consideraciones señaladas, se puede concluir lo siguiente: i) la fiducia o el patrimonio autónomo irrevocable para el manejo de los recursos del anticipo es aplicable a contratos de obra, concesión y salud sin importar la modalidad de contratación y también, para aquellos contratos que sin importar la tipología contractual sean gestionados por licitación pública, *siempre y cuando* todos estos contratos no resulten ser de mínima o menor cuantía; ii) la fiducia o el patrimonio autónomo irrevocable para el manejo de los recursos del anticipo en los casos de contratos de obra, concesión y salud no es obligatoria cuando dichos contratos se gestionan a través de procesos de selección en la modalidad de menor y mínima cuantía, pues el contrato que se llegue a celebrar estaría en curso en la excepción general contemplada en el artículo 91 de la Ley 1474 de 2011; iii) es posible que mediante licitación pública se termine celebrando un contrato de menor o mínima cuantía, por ejemplo en caso de lotes o grupos que impliquen la celebración individual de contratos a distintos o al mismo proponente, entre otras posibilidades que se puede dar en los procesos de contratación, que estarían en curso en la excepción general contemplada en el artículo 91 de la Ley 1474 de 2011; iv) en los contratos de obra, salud y concesión que sean gestionados a través de la modalidad de contratación directa, será obligatoria la constitución de fiducia o patrimonio autónomo para el manejo de los recursos del anticipo, cuando dichos contratos sean de mayor cuantía.

Así las cosas, el artículo 91 de la Ley 1474 de 2011 delimita los eventos en los cuales se debe exigir la constitución de la fiducia o patrimonio autónomo para el manejo del anticipo en los contratos estatales, de manera que aquellos supuestos que no estén contemplados dentro de este marco legal no es obligatoria su constitución. Esto resulta de especial relevancia para la consulta elevada, puesto que la norma no incluye de manera expresa a los subcontratos dentro de su ámbito de aplicación, por lo que no es posible exigir de manera obligatoria la constitución de la fiducia en dicha contratación.

En otras palabras, si en el marco de un contrato de obra, salud o concesión o los derivados de un proceso licitatorio se celebran subcontratos y en estos se pactan anticipos, no será obligatoria la constitución de fiducia para el manejo de dichos anticipos en los términos del artículo 91 de la Ley 1474 de 2011. Ello es así, ya que, como se expuso, esta normativa regula la obligación de constituir una fiducia exclusivamente en relación con los anticipos pactados en los contratos principales, sin que dicha obligación se extienda a los subcontratos o la contratación derivada de aquellos.

Sobre el particular, es pertinente recurrir a las reglas de interpretación señaladas en el artículo 26 y siguientes del Código Civil, que deben observar los jueces y los funcionarios públicos, en la aplicación de las leyes con el fin de aplicar su verdadero sentido, denominada “interpretación por vía de doctrina”[[4]](#footnote-5). Según el artículo 27 *ibidem* referente a la interpretación gramatical “Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu”. En este sentido, la interpretación de esta norma debe ceñirse a su tenor literal y gramatical y no es posible acudir a una interpretación extensiva para ampliar el alcance del artículo en comento. Así, comoquiera que la normativa es clara y no exige que los anticipos pactados en los subcontratos sean objeto de la misma obligación de constitución de fiducia que los anticipos del contrato principal, se concluye que no es posible exigir tal medida en estos casos.

ii) Aunado a lo anterior, es pertinente señalar que la subcontratación implica la celebración de un contrato derivado de otro principal cuyo propósito es ejecutar parcialmente este último, por lo que es independiente y autónomo del contrato principal. Como características esenciales de la subcontratación, se resaltan 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.

De esta manera, en el marco de la subcontratación “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-, (...)”[[5]](#footnote-6). Por consiguiente, la relación jurídica entre el contratista principal y el subcontratista no afecta directamente la dinámica del contrato estatal, puesto que cada uno de estos contratos opera de manera separada e independiente. De este modo, al tratarse de contratos autónomos, la entidad estatal no tiene injerencia en los términos y condiciones que el contratista acuerde con el tercero, a menos que en el contrato principal se pacte condiciones particulares sobre este aspecto.

En este contexto, el contratista de la entidad no se desprende de sus obligaciones contractuales y sigue siendo el responsable directo del cumplimiento del contrato, incluyendo el manejo de los anticipos que se hayan pactado. En tal sentido, debido a que la existencia de subcontratos no exime al contratista de sus compromisos y responsabilidades contractuales frente a la entidad, no resulta coherente con la naturaleza de los subcontratos efectuar una interpretación extensiva del artículo 91 de la Ley 1474 de 2011 que lo cobije.

iii) Esta misma conclusión se aplica en relación con los contratos de administración delegada, cuando en el marco estos se celebran subcontratos por parte del contratista del estado. En efecto, la administración delegada corresponde a un contrato atípico, que de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, se ha entendido, por lo menos, de dos maneras: i) como un mandato, es decir, como un negocio jurídico mediante el cual el contratista actúa en nombre y representación de la entidad contratante, y en contraprestación, la parte contratante delegante paga el costo real del objeto del contrato, adicionando un porcentaje por concepto de administración y utilidad del contratista; o ii) como una modalidad de administración y pago, no necesariamente asociada al mandato.

Sobre la noción de la administración delegada, el Consejo de Estado en sentencia del 20 de noviembre de 2020[[6]](#footnote-7), señaló que si bien las normas del mandato se integren al contenido del contrato de obra por administración delegada no quiere decir que el contratista obre en nombre y representación del contratante frente a terceros. Al respecto, la providencia reiteró que la representación no es un elemento de la esencia de este negocio jurídico, como se deduce del artículo 2.177 del Código Civil, que prescribe que el “mandatario puede, en el ejercicio de su cargo, contratar a su propio nombre, caso en el cual no obliga respecto de terceros al mandante”. De igual forma, el inciso segundo del artículo 1.262 del Código de Comercio también contempla que «*el mandato [comercial] puede conllevar o no la representación del mandante*».

En ese sentido, la providencia en cita indicó que el elemento esencial que se debe observar del contrato de mandato es que el mandatario obra por cuenta del mandante en cumplimiento de su gestión. Esto quiere decir que, los efectos patrimoniales de los actos que ejecute el mandatario en su administración se radican en cabeza del mandante siempre que no se exceda en los límites de su encargo, como se deduce de los artículos 2.186 del Código Civil y 1.266 del Código de Comercio[[7]](#footnote-8).

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha dicho que el mandato puede constituir representación o no, y que cuando las partes optan que se ejerza sin representación conlleva que:

“*entre mandante y terceros no surjan vínculos jurídicos y carezcan, por ende, de legitimación para emprender acciones judiciales entre sí. No obstante, esto no quiere decir que el sustituido se mantenga totalmente al margen de la situación y que los resultados del negocio no lo alcancen: (…) aunque obra frente a terceros en nombre propio, sigue haciéndolo por cuenta ajena, la del mandante, y a riesgo de éste, cual lo define el reseñado artículo 1262 del Código de Comercio, de modo que sobre su patrimonio habrán de recaer, en últimas, los resultados del acto*”[[8]](#footnote-9).

Asimismo, el Consejo de Estado en sentencia del 15 de octubre de 2021[[9]](#footnote-10), precisó que la administración delegada involucra la realización o ejecución de la obra encomendada junto con la administración de los fondos, por lo que el administrador delegado ejerce las funciones propias de un intermediario al realizar su gestión por cuenta y riesgo del mandante, propietario de la obra, pero, a su vez, despliega las obligaciones propias del contrato de confección de obra material, cuyo objeto es la ejecución de la obra contratada dentro de las especificaciones y plazos convenidos.

Específicamente, sobre la subcontratación en el marco de la administración delegada, el Consejo de Estado señaló que “aunque el administrador delegado tiene como obligación esencial tomar bajo su responsabilidad la dirección técnica de la obra, la cual es de propiedad de la entidad estatal, “en el evento de que el administrador delegado celebre subcontratos para efectos de la ejecución del objeto convenido, él será el único responsable de los mismos”[[10]](#footnote-11).

Así las cosas, si bien la administración delegada implica la realización o ejecución de la obra encomendada, junto con la administración de los fondos, en caso de que se celebren subcontratos no se genera una relación jurídica entre la entidad contratante y los terceros.

En este orden de ideas, no es viable efectuar una interpretación extensiva del artículo 91 de la Ley 1474 de 2011 para incluir los subcontratos derivados de los contratos de obra de administración delegada, por dos razones fundamentales: i) la norma no menciona explícitamente a los subcontratos dentro de su ámbito de aplicación, el cual esta delimitado por unos eventos particulares en las que resulta obligatorio la constitución de la fiducia para el manejo del anticipo pactado y, ii) no sería coherente con la noción de la subcontratación, inclusive tratándose de los contratos de administración delegada, debido a que en la subcontratación, independientemente de la naturaleza del contrato principal, la responsabilidad recae exclusivamente en el contratista del Estado, sin que se genere ningún vínculo jurídico entre la entidad contratante con los terceros.

En todo caso, la Entidad Estatal y el contratista podrán disponer en dichos contratos, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, las condiciones en relación con la subcontratación, de tal suerte que estará supeditada a lo dispuesto en el Pliego de Condiciones y en el contrato, sin perjuicio de las limitaciones establecidas por la ley[[11]](#footnote-12).

1. **Referencias normativas y jurisprudenciales:**

|  |
| --- |
| * Ley 1474 de 2011, artículo 91 * Decreto 1082 de 2015, artículo 2.2.1.1.2.4.1 * Código Civil, artículo 26 y ss * Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, en sentencia del 20 de noviembre de 2020. Consejero Ponente: José Roberto Sáchica Méndez. Exp. 47201 * Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 1 de octubre de 2018. Exp. 57.897. C.P Marta Nubia Velásquez Rico. * Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 17 de abril de 2007. Magistrado Ponente. Pedo Octavio Munar Cadena. Exp. 00645. * Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, en sentencia del 15 de octubre de 2021. Consejera Ponente: Myriam Stella Gutiérrez Argüello. Exp. 24376. * Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, en sentencia del 20 de junio de 2023. Consejera Ponente: José Roberto Sáchica Méndez. Exp. 61.174 |

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

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente en los conceptos con radicados números 4201714000000768 del 10 de marzo de 2017, 4201713000000879 del 24 de marzo de 2017, 4201713000002621 del 27 de julio de 2017, 4201714000004176 del 28 de agosto de 2017, 4201714000005628 del 11 de diciembre de 2017, 4201814000000698 del 14 de abril de 2018, C-049 del 21 de febrero de 2020, C-209 del 16 de marzo de 2020, C-693 del 25 de noviembre de 2020, C-731 del 14 de diciembre de 2020, C-154 del 18 de mayo de 2021, C-842 del 7 de diciembre de 2022, C-825 del 28 de diciembre de 2022, C-033 de 27 de febrero de 2023, C-003 de 13 de marzo de 2023, C-037 del 5 de abril de 2023, C-109 de 10 de mayo de 2023, y C- 157 de 10 de agosto de 2023, se abordó el análisis y estudio de la facultad de las entidades estatales para pactar la entrega de anticipos en los contratos estatales y el ámbito de aplicación del artículo 91 de la Ley 1474 de 2011. 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>.

Le informamos que ya se encuentra disponible la Guía para el manejo de ofertas artificialmente bajas en Procesos de Contratación. En este documento podrás consultar una serie de pautas para el manejo ofertas artificialmente bajas, en línea con las mejores prácticas internacionales en la materia. Puede consultar la versión actualizada en el siguiente enlace: [https://www.colombiacompra.gov.co/manuales-guias-y-pliegos-tipo/manuales-y-guias/guia-para-el-manejo-de-ofertas-artificialmente-baja-0](https://nam02.safelinks.protection.outlook.com/?url=https%3A%2F%2Fwww.colombiacompra.gov.co%2Fmanuales-guias-y-pliegos-tipo%2Fmanuales-y-guias%2Fguia-para-el-manejo-de-ofertas-artificialmente-baja-0&data=05%7C02%7Ctatiana.baquero%40colombiacompra.gov.co%7C925ae1c2336243aecb2908dd21173dd2%7C7b09041e245149d08cb179d5e3d8c1be%7C0%7C0%7C638703105892907516%7CUnknown%7CTWFpbGZsb3d8eyJFbXB0eU1hcGkiOnRydWUsIlYiOiIwLjAuMDAwMCIsIlAiOiJXaW4zMiIsIkFOIjoiTWFpbCIsIldUIjoyfQ%3D%3D%7C0%7C%7C%7C&sdata=tL00E%2FWFcR9UO2tBORQT60r4gy7r7bP6qVpYxiD0gcM%3D&reserved=0)

De otra parte, te contamos que ya publicamos la Guía para incentivar la participación de Mujeres en el Sistema de Compras y Contratación Pública. Esta guía tiene como finalidad ofrecer información de valor para que las Entidades Estatales fomenten de manera efectiva la participación de las mujeres en el mercado de compras públicas. Puedes consultar la guía en el siguiente enlace: [https://www.colombiacompra.gov.co/manuales-guias-y-pliegos-tipo/manuales-y-guias/guia-para-incentivar-la-participacion-de-las-mujeres](https://nam02.safelinks.protection.outlook.com/?url=https%3A%2F%2Fwww.colombiacompra.gov.co%2Fmanuales-guias-y-pliegos-tipo%2Fmanuales-y-guias%2Fguia-para-incentivar-la-participacion-de-las-mujeres&data=05%7C02%7Ctatiana.baquero%40colombiacompra.gov.co%7C925ae1c2336243aecb2908dd21173dd2%7C7b09041e245149d08cb179d5e3d8c1be%7C0%7C0%7C638703105892923416%7CUnknown%7CTWFpbGZsb3d8eyJFbXB0eU1hcGkiOnRydWUsIlYiOiIwLjAuMDAwMCIsIlAiOiJXaW4zMiIsIkFOIjoiTWFpbCIsIldUIjoyfQ%3D%3D%7C0%7C%7C%7C&sdata=mMvwp6U04Z5FDgQ%2BHgBfjYB5774c%2FPPbeEQh6IPBBIE%3D&reserved=0)

También te invitamos a consultar la versión VIII de 2024, del Boletín de Relatoría de la Subdirección de Gestión Contractual relacionado con la participación de las MIPYMES en los procesos de compra y contratación pública, el cual se puede descargar en la página web de la Agencia: [https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce\_public/files/files\_2020/boletin\_de\_realtoria\_viii.pdf](https://nam02.safelinks.protection.outlook.com/?url=https%3A%2F%2Fwww.colombiacompra.gov.co%2Fsites%2Fcce_public%2Ffiles%2Ffiles_2020%2Fboletin_de_realtoria_viii.pdf&data=05%7C02%7Ctatiana.baquero%40colombiacompra.gov.co%7C925ae1c2336243aecb2908dd21173dd2%7C7b09041e245149d08cb179d5e3d8c1be%7C0%7C0%7C638703105892935094%7CUnknown%7CTWFpbGZsb3d8eyJFbXB0eU1hcGkiOnRydWUsIlYiOiIwLjAuMDAwMCIsIlAiOiJXaW4zMiIsIkFOIjoiTWFpbCIsIldUIjoyfQ%3D%3D%7C0%7C%7C%7C&sdata=NR0qS8%2ByhC3yfqfrirh%2B9jzs9%2BxdLs6GSouPQg3GLFM%3D&reserved=0)

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,

Texto

Descripción generada automáticamente

|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Tatiana Baquero Iguarán  Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Alejandro Sarmiento Cantillo  Gestor T1 ‒ 15 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Carolina Quintero Gacharná  Subdirectora de Gestión Contractual ANCP – CCE |

1. «Artículo 2.2.1.1.2.4.1.Patrimonio autónomo para el manejo de anticipos.En los casos previstos en la ley, el contratista debe suscribir un contrato de fiducia mercantil para crear un patrimonio autónomo, con una sociedad fiduciaria autorizada para ese fin por la Superintendencia Financiera de Colombia, a la cual la Entidad Estatal debe entregar el valor del anticipo.

   «Los recursos entregados por la Entidad Estatal a título de anticipo dejan de ser parte del patrimonio de esta para conformar el patrimonio autónomo. En consecuencia, los recursos del patrimonio autónomo y sus rendimientos son autónomos y son manejados de acuerdo con el contrato de fiducia mercantil.

   «En los pliegos de condiciones, la Entidad Estatal debe establecer los términos y condiciones de la administración del anticipo a través del patrimonio autónomo.

   «En este caso, la sociedad fiduciaria debe pagar a los proveedores, con base en las instrucciones que reciba del contratista, las cuales deben haber sido autorizadas por el Supervisor o el Interventor, siempre y cuando tales pagos correspondan a los rubros previstos en el plan de utilización o de inversión del anticipo.» [↑](#footnote-ref-2)
2. Sobre el particular, se puede consultar la exposición de motivos de la Ley 1474 de 2011, Gaceta 607 del 2010, disponible en: <http://svrpubindc.imprenta.gov.co/senado/index.xhtml;jsessionid=b3ba7213a248bacd37376ffcedca> [↑](#footnote-ref-3)
3. Ver concepto C-003 de 13 de marzo de 2023 emitido por la ANCP-CCE [↑](#footnote-ref-4)
4. Ver también, F. SAVIGNY, *“Sistema del derecho romano actual”,* referente en torno a la interpretación de la Ley, específicamente cuando señala: “Se notará, por lo dicho hasta ahora, la interpretación de la Ley en dada difiere de la interpretación de cualquier otro pensamiento expresado por el lenguaje […] Cuatro elementos se distinguen en ella, a saber: el gramatical, el lógico, el histórico y el sistemático. […] El estudio de estos cuatro elementos agota el contenido de la Ley. [↑](#footnote-ref-5)
5. 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-6)
6. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, en sentencia del 20 de noviembre de 2020. Consejero Ponente: José Roberto Sáchica Méndez. Exp. 47201. [↑](#footnote-ref-7)
7. En este sentido, la jurisprudencia de la Subsección ha destacado que “*[d]os de los elementos descriptores que tanto la legislación civil como la mercantil comparten en torno al mandato aluden a i) que la gestión confiada se hace por cuenta y riesgo del mandante y ii) los actos ejercidos por el mandatario no obligan al mandante si han excedido los límites del encargo*”. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 1 de octubre de 2018. Exp. 57.897. C.P Marta Nubia Velásquez Rico. [↑](#footnote-ref-8)
8. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 17 de abril de 2007. Magistrado Ponente. Pedo Octavio Munar Cadena. Exp. 00645. [↑](#footnote-ref-9)
9. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, en sentencia del 15 de octubre de 2021. Consejera Ponente: Myriam Stella Gutiérrez Argüello. Exp. 24376. [↑](#footnote-ref-10)
10. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, en sentencia del 20 de junio de 2023. Consejera Ponente: José Roberto Sáchica Méndez. Exp. 61.174 [↑](#footnote-ref-11)
11. 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-12)