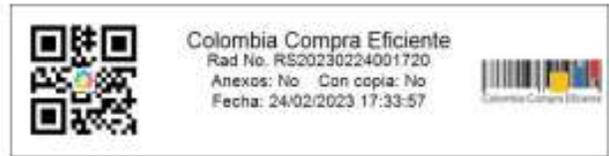




Bogotá D.C., 24 de Febrero de 2023



Señora

Carolina Andrea Arboleda Franco

Caaf29@hotmail.com

Bello, Antioquía.

Concepto C-021 de 2023

Temas: CONTRATO INTERADMINISTRATIVO – Concepto – Régimen – Criterio orgánico / CONTRATO INTERADMINISTRATIVO – Excepciones – Empresas Industriales y Comerciales del Estado / ADMINISTRACIÓN DELEGADA – Noción – Definición – Mandato – Administración y pago

Radicación: Respuesta a consulta P20230103000028

Respetado señora Arboleda,

En ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública — Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 3 de enero de 2023.

1. Problemas planteados

Usted formula la siguiente pregunta: «Es posible entregar en un contrato de administración delegada de recursos de mandato sin representación celebrada entre una Entidad Municipal y una Empresa Industrial y Comercial de Estado, el cien por ciento (100%) de los recursos que compone el contrato sin ir en contravía de lo estipulado en el artículo 40 de la ley 80 de 1993?» (sic).

2. Consideraciones

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente resuelve las consultas sobre los asuntos de su competencia, esto es, sobre las temáticas de la contratación estatal y





compras públicas en virtud de lo dispuesto en numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011. 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 especialmente, cuando el conocimiento de estos últimos corresponde resolverlos a los partícipes del sistema de compra pública y, eventualmente, a las autoridades judiciales y a los organismos de control.

Por tanto, 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 pública¹. Esto en la medida en que, para resolver una consulta de carácter particular, además de conocer un sinnúmero de detalles de la actuación administrativa, es necesario acceder al expediente y a los documentos del procedimiento contractual donde surge la inquietud, razón por la cual, al no ser un órgano judicial, ni una entidad de vigilancia, inspección o control en materia contractual, carece de la facultad para desempeñar estas funciones.

Sin perjuicio de lo anterior, la Subdirección –dentro de los límites de sus atribuciones, esto es, haciendo abstracción del caso particular expuesto por la peticionaria– resolverá la consulta conforme a las normas generales en materia de contratación estatal. Con este objetivo se analizarán los siguientes temas: i) contratos interadministrativos: concepto y régimen jurídico aplicable; ii) contratos interadministrativos con Empresas Comerciales e Industriales del Estado; y iii) contratos de administración delegada de recursos.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se ha pronunciado sobre las características de los contratos interadministrativos, en los siguientes conceptos: C-30 de julio de 2019, proferido dentro del radicado No. 2201913000005444, el radicado 2201913000005649 del 8 de agosto de 2019, el concepto 4201913000004536 del 27 de julio del 2019, C-023 del 13 de febrero del 2020, C-059 del 25 de febrero de 2020, C-681 del 19 de noviembre del 2020, C-691 de 27 de noviembre de 2020, C-552 del 5 de octubre del 2021, C-562 del 7 de septiembre del 2022, y C-738 de 4 de noviembre de 2022, entre otros.

Por su parte, sobre contratos cuyo objeto se contempla la administración delegada de recursos esta entidad se ha pronunciado en los conceptos C-593 de del 9 de octubre de 2020, C-

¹ La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente fue creada por el Decreto Ley 4170 de 2011. Su objetivo es servir como ente rector de la política de compras y contratación del Estado. Para tales fines, como órgano técnico especializado, le corresponde formular políticas públicas y normas y unificar los procesos de contratación estatal, con el fin de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado. El artículo 3 ibidem señala, de manera precisa, las funciones de Colombia Compra Eficiente. Concretamente, el numeral 5º de este artículo establece que le corresponde a esta entidad: «[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general y expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública». Seguidamente, el numeral 8º del artículo 11 ibidem señala que es función de la Subdirección de Gestión Contractual: «[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general».





691 del 27 de noviembre de 2020 y C-173 del 23 de abril de 2021². Las tesis propuestas en tales conceptos se reiteran a continuación y se complementan en lo pertinente.

2.1. Contratos interadministrativos: concepto y régimen jurídico aplicable

Los procedimientos contractuales mediante los cuales las Entidades Estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública ejecutan recursos públicos y satisfacen el interés general se rigen por la normativa de contratación pública —Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007, Decreto 1082 de 2015 y disposiciones concordantes—, que contiene los principios, reglas y procedimientos que rigen los contratos de las Entidades Estatales. En concreto, el Estatuto General de Contratación de la Contratación Pública se aplica a las Entidades Estatales relacionadas en el artículo 2, con lo cual se puede determinar quiénes deben cumplir los principios y obligaciones señalados en las normas citadas³.

Los procedimientos de contratación se estructuran a partir de las modalidades de selección: licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos, contratación directa y mínima cuantía⁴. La exposición de motivos de la Ley 1150 de 2007 explica las razones por las cuales se establecieron las modalidades de selección: «A ese respecto es claro que las experiencias exitosas a nivel internacional demuestran que el criterio de distinción que debe gobernar un esquema contractual eficiente es el de modular las modalidades de selección en razón a las características del objeto».

Sobre la tipología del convenio interadministrativo, conviene señalar que fue creado en la Ley 80 de 1993, y aunque 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 y contratos interadministrativos como aquella contratación entre

² Los conceptos referenciados, así como otros expedidos por la Subdirección se encuentran disponibles para consulta pública en el portal de relatoría de la Agencia, al cual se puede acceder a través del siguiente enlace: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos>

³ Ley 80 de 1993: «Artículo 2. De la definición de entidades, servidores y servicios públicos. Para los solos efectos de esta ley:

»1. 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».

⁴ Ley 1150 de 2007: «Artículo 2. De las modalidades de selección. La escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa [...]».





Entidades Estatales⁵. De acuerdo con esto, tanto el contrato y el convenio interadministrativo concurre la voluntad de dos o más personas jurídicas de derecho público, es decir, los contratos o convenios interadministrativos nominados en la Ley 80 de 1993 están determinados por un criterio orgánico, pues es necesario que los extremos de la relación contractual sean Entidades Estatales.

Si bien los contratos y convenios interadministrativos están previstos en la Ley 80 de 1993, en la Ley 1150 de 2007 y en el Decreto en el 1082 de 2015, no quiere decir que solo puedan celebrarse entre Entidades Estatales que apliquen el régimen de contratación allí previsto. En efecto, una Entidad Estatal de Ley 80 de 1993 bien puede celebrar esta clase de convenios con una Entidad pública de régimen especial y no por ello dejará de ser un contrato o convenio interadministrativo, caso en el cual su ejecución estará sometida a la Ley 80 de 1993, si la entidad sometida al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública actúa en calidad de contratante.

Por su parte, el artículo 2.2.1.2.1.4.4. del Decreto 1082 de 2015, dispone que la modalidad de selección para los convenios y contratos interadministrativos es la contratación directa, con lo cual el reglamento para ambas tipologías una misma modalidad de selección, que se dispuso en el numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, siempre que las obligaciones derivadas del mismo tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora, señalado en la ley o en sus reglamentos, a menos que, según las excepciones previstas en dicha Ley, deba adelantarse un procedimiento susceptible de pluralidad de oferentes⁶. Nótese que, en este caso, lo que cambia es la modalidad de selección y no la naturaleza de contrato interadministrativo.

Ahora bien, el Consejo de Estado ha indicado, frente al convenio interadministrativo y sus características, que:

[...] se puede señalar que los convenios o contratos interadministrativos tienen como características principales las siguientes:

(i) constituyen verdaderos contratos en los términos del Código de Comercio cuando su objeto lo constituyen obligaciones patrimoniales; (ii) tienen como fuente la

⁵ 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».

⁶ Ley 1150 de 2007: «Artículo 2, numeral 4, literal c. [...] Se exceptúan los contratos de obra, suministro, prestación de servicios de evaluación de conformidad respecto de las normas o reglamentos técnicos, encargos fiduciarios y fiducia pública cuando las instituciones de educación superior públicas o las Sociedades de Economía Mixta con participación mayoritaria del Estado, o las personas jurídicas sin ánimo de lucro conformadas por la asociación de entidades públicas, o las federaciones de entidades territoriales sean las ejecutoras. Estos contratos podrán ser ejecutados por las mismas, siempre que participen en procesos de licitación pública o contratación abreviada de acuerdo con lo dispuesto por los numerales 1 y 2 del presente artículo».





autonomía contractual; (iii) son contratos nominados puesto que están mencionados en la ley; (iv) son contratos atípicos desde la perspectiva legal dado que se advierte la ausencia de unas normas que de manera detallada los disciplinen, los expliquen y los desarrollen, como sí las tienen los contratos típicos, por ejemplo compra venta, arrendamiento, mandato, etc. (v) la normatividad a la cual se encuentran sujetos en principio es la del Estatuto General de Contratación, en atención a que las partes que los celebran son entidades estatales y, por consiguiente, también se obligan a las disposiciones que resulten pertinentes del Código Civil y del Código de Comercio; (vi) dan lugar a la creación de obligaciones jurídicamente exigibles; (vii) persiguen una finalidad común a través de la realización de intereses compartidos entre las entidades vinculadas; (viii) la acción mediante la cual se deben ventilar las diferencias que sobre el particular surjan es la de controversias contractuales⁷.

A su turno, la doctrina⁸ ha definido el alcance de tales disposiciones, indicando que el contrato interadministrativo es una figura autónoma e independiente del convenio. Al respecto, ha expuesto lo siguiente:

«[...] En efecto, en aplicación de un criterio material que envuelve la causa tenida en cuenta para contratar, es posible llegar a precisar con mayor detalle el contenido del concepto de contrato.

Según el anterior orden de ideas, es posible afirmar que *el contrato* es en efecto un acuerdo de voluntades que modifica las situaciones jurídicas subjetivas de las partes intervinientes, pero no se trata de cualquier clase de voluntades, sino únicamente de aquellas *manifestadas por sujetos de derecho que tienen pretensiones o interés disímiles que se pueden ver como opuestos*. En otras palabras, el contrato es un acuerdo de voluntades, en el cual cada uno de los participantes tiene finalidades opuestas⁹.

Ahora bien, en tal contexto, basta agregar un ingrediente subjetivo para poder deducir la existencia del contrato de la administración, cual es la necesaria e imprescindible presencia de un sujeto especial de derecho llamado administración pública, lo cual implica que el contrato de la administración es un acuerdo de voluntades en el cual cada uno de los participantes pretende satisfacer necesidades o finalidades opuestas, donde necesariamente una de las partes tiene que ser una administración pública.»¹⁰
[Énfasis fuera de texto]

⁷ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 23 de junio de 2010. Radicación No. 66001-23-31-000-1998-00261-01(17.860). Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez.

⁸ Santos Rodríguez, Jorge Enrique, Consideraciones sobre los convenios y contratos interadministrativos, Universidad Externado de Colombia, Revista Digital de Derecho Administrativo, Bogotá 2009.

⁹ Sobre el concepto causalista de contrato y sus efectos respecto de la actividad negocial de la administración, cfr. Augusto Ramón Chávez Marín Los convenios de la administración: entre la gestión pública y la actividad negocial, Bogotá, Universidad del Rosario, 2008, pp. 41 y ss.

¹⁰ Sobre el criterio subjetivo de identificación de los contratos de la administración, cfr. tribunal de arbitramento de Caja de Compensación Familiar Camacol–Comfamiliar Camacol contra Caja Nacional de Previsión–Cajanal EPS. Laudo del 29 de mayo de 2003: “nótese que de conformidad con la definición legal que se transcribe [artículo 32 de la





Así mismo, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto 2257 del 26 de julio de 2016, precisó lo siguiente sobre los contratos y convenios interadministrativos:

«[...] En este sentido, estima la Sala que para resolver la consulta debe partirse de la necesaria distinción conceptual entre contratos y convenios interadministrativos, que si bien son nociones jurídicas que tienen formalmente un tronco común –acuerdos de voluntades generadores de obligaciones entre dos entidades estatales o de carácter público-, no es menos cierto que su naturaleza, alcance, finalidades y características los hacen diferentes y determinan, en últimas, su régimen legal.»

[...] Así, es viable distinguir entre “convenios interadministrativos” (denominación dada por las partes) de contenido patrimonial, los cuales se someterán al régimen de los contratos interadministrativos y otros que si bien implican obligaciones y responsabilidades para los intervinientes, no tiene un interés puramente económico (es decir, destinados a obtener una ganancia), al girar en torno solamente a la forma de complementar y articular las funciones de cada entidad, mediante e intercambio de información, el apoyo logístico, la facilitación de infraestructuras, etc., para mejorar la eficiencia de la gestión pública, así como la utilización conjunta de medios y servicios públicos en el ámbito de los principios constitucionales de economía, celeridad y eficacia para el logro del bien común.

Lógicamente, en los convenios interadministrativos propiamente dichos, es posible, que cada entidad incurra en costos y gastos y en ejecución de su propio presupuesto para cumplir sus funciones y los compromisos adquiridos para con a otra, razón por la cual bien pueden comprender la asunción de aportes económicos o financieros, pero sin que su objeto esencial lo constituyan prestaciones propias de los contratos interadministrativos, o el pago de un precio o una remuneración por un servicio prestado o por un bien adquirido o por una obra realizada por una a favor de la otra, pues en tales eventos se estará en presencia de verdaderos contratos.»¹¹

En ese sentido, las ideas expresadas han sido aceptadas tanto por la doctrina y la jurisprudencia, concluyéndose que la diferencia entre contrato y convenio de la administración salta a la vista: en el primero, los intereses y finalidades de las partes intervinientes pueden verse como opuestos y media una contraprestación, en tanto que, en el segundo, las necesidades que

Ley 80 de 1993], el criterio vigente para determinar la existencia de un contrato estatal es el subjetivo u orgánico, según el cual basta con que una de las partes del respectivo contrato pueda ser identificada como un sujeto o un órgano que encaje dentro de la clasificación de entidades estatales, para concluir entonces que el respectivo contrato tendrá la connotación de estatal”. En igual sentido, Juan Carlos Expósito Vélez. La configuración del contrato de la administración pública en derecho colombiano y español, Bogotá, universidad Externado de Colombia, 2003, p. 25.

¹¹ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 2257 de 26 de julio de 2016. Consejero Ponente: Álvaro Namén Vargas.

“En el convenio nadie tiene interés patrimonial, en el contrato sí, quien hace las veces de contratista quiere ganar. De ahí que podamos decir que mientras que en el convenio los dos intereses son públicos, en el contrato uno de ellos es privado, como que la motivación para contratar es el lucro (...) en el contrato siempre el interés patrimonial es su motor” HERRERA Benjamín, citado por EXPOSITO Vélez, Op. Cit. Pág. 363.





se pretenden satisfacer por las partes son idénticas y coinciden con el interés general y no necesariamente media una contraprestación.

2.2. Contratos interadministrativos con Empresas Comerciales e Industriales del Estado

El artículo 2, numeral 4, literal c) de la Ley 1150 de 2007 dispone que la modalidad de selección aplicable a la celebración de contratos interadministrativos es la contratación directa, siempre que las obligaciones derivadas de los mismos tengan relación con el objeto de la entidad ejecutora. Sin embargo, esa misma ley establece excepciones a esta regla, la cual está condicionada a que ciertas tipologías contractuales no sean ejecutadas por ciertas Entidades Estatales bajo la modalidad de contratación directa, sin perjuicio de que puedan ser seleccionadas a través de otras modalidad de selección

Al respecto, el inciso 2 del literal c) de la norma en cita –modificado por el artículo 92 de la Ley 1474 de 2011– señaló que cuando las «instituciones de educación superior públicas o las Sociedades de Economía Mixta con participación mayoritaria del Estado, o las personas jurídicas sin ánimo de lucro conformadas por la asociación de entidades públicas, o las federaciones de entidades territoriales sean las ejecutoras», no pueden celebrar contratos interadministrativos de manera directa cuyo objeto trate de contrato de obra, suministro, prestación de servicios de evaluación, encargos fiduciarios y fiducia pública.

Sin embargo, por la relevancia que tiene esta idea para resolver la consulta objeto de análisis, conviene señalar que la excepción contenida en la norma mencionada determina de manera explícita los sujetos a los cuales les es aplicable la restricción contenida en dicho artículo. De lo anterior se desprende que la ley no previó que esta excepción sea aplicable a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, por lo cual, al no existir prohibición explícita para la celebración de contratos o convenios interadministrativos, es posible afirmar que frente a dichas entidades se aplica la regla general, y, por ende, pueden celebrar contratos o convenios interadministrativos sin distinción de objeto, de manera directa.

Lo anterior siempre que del análisis jurídico, técnico y financiero se derive la viabilidad de suscribir dichos convenios o contratos, así como que el objeto de la entidad, señalado en la ley o en sus reglamentos, permita el cumplimiento de las obligaciones que se deriven del acuerdo de voluntades

2.3. Contratos de administración delegada de recursos

Debe señalarse que 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.

En un primer momento el Consejo de Estado, se refirió a la administración delegada como modalidad de pago en los contratos de obra pública, indicando que:

«El contrato de obra pública por administración delegada no constituye una figura nueva en el derecho colombiano como que de él ya se ocupaba tanto el artículo 85 del decreto 150 de 1976, como los artículos 90 a 100 del decreto 222 de 1983. Este negocio jurídico es entendido como aquel en el que el contratista, por cuenta y riesgo de la entidad pública contratante se encarga de la ejecución del objeto convenido, o lo que es igual, bajo este sistema el contratista actúa a nombre y por cuenta del contratante delegante.

Bajo este sistema la administración paga el costo real de la obra, más determinado porcentaje como retribución al contratista por concepto de honorarios de administración (en los que se incluyen costos de personal, oficinas, vehículos, desplazamientos etc.) y la utilidad.»¹²

Posteriormente, la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, reiteró que la referencia conceptual más descriptiva de los contratos de administración delegada es la que contenían los Estatutos de Contratación Pública contenida en los Decretos 1518 de 1965, 150 de 1976 y 222 de 1983, este último derogado por el artículo 81 de la Ley 80 de 1993, en el que la obra es ejecutada por cuenta y riesgo de la entidad contratante, pero a través de un contratista que sólo es delegado o representante de aquélla, a cambio de unos honorarios previamente pactados, señalando que:

«Como tal, el contrato abarca dos grupos de obligaciones principales, las propias del contrato de "arrendamiento para la confección de una obra material", regulado por los artículos 2053 a 2062 del Código Civil, cuyo objeto principal es la ejecución de la obra contratada dentro de las especificaciones y los plazos convenidos; y las que atañen a las relaciones establecidas entre el propietario y el constructor en lo que concierne a la administración de los fondos que deben invertirse para la ejecución de dicha obra, regidos por las normas del Código Civil que regulan el contrato de mandato (arts. 2142 a 2199), en cuanto no pugnen con las estipulaciones hechas por los contratantes y con las características especiales del contrato.»¹³

En este punto, es importante resaltar que, la forma de pactar la metodología de ejecución y el precio de las obras públicas en el marco de los contratos estatales, las partes pueden emplear distintos sistemas, como, por ejemplo, i) el «precio global» –en el que se paga «a mano alzada» el objeto del contrato–; ii) los «precios unitarios» –en los cuales se suelen detallar los costos directos, diferenciándolos de los costos indirectos de administración (A), imprevistos (I) y

¹² Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 06 de junio de 2007. Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio. Exp. 17.253. Ver también concepto de la Sala de Consulta de Servicio Civil del Consejo de Estado del 7 febrero de 1997. Consejero Ponente. Javier Henao Hidrón Exp. 934.

¹³ Consejo de Estado, Sección Cuarta, de fecha 16 de septiembre de 2010. Consejera Ponente: CP. Carmen Teresa Ortiz Exp. 16605. En dicha sentencia se señaló que:





utilidades (U)–, o iii) la «administración delegada», que consiste en la modalidad en virtud de la cual el contratista recibe unos recursos destinados a cubrir los costos de un determinado proyecto –siendo lo más común que se aplique en la ejecución de obras públicas– (recursos de inversión o entregados en administración), por cuya labor obtendrá, a título de pago, unos honorarios por la administración que se realiza por «*cuenta y riesgo del contratante*», por lo cual coloca al contratista en la posición de un representante que no necesariamente contrae obligaciones a nombre propio sino del contratante.

No obstante, en la misma providencia de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, previamente citada, se indicó también que la «administración delegada» comparte la misma esencia de la relación contractual propia del mandato, en el entendido de que el contratista representa, administra y gestiona el contrato. Por ello, el contratista recibe como valor del contrato los recursos de inversión o entregados en administración y los honorarios, imponiéndosele, en virtud del principio de transparencia, el deber de identificar con claridad cada uno de estos valores y de rendirle cuentas a la entidad contratante, como a los órganos de control, si estos lo solicitan.

Posteriormente, el Consejo de Estado, en su Sala de consulta y servicio civil¹⁴, indicó que los contratos de administración delegada, se puede pactar la ejecución de un proyecto en su totalidad, donde la Entidad Estatal mantiene la titularidad de éste y de los dineros destinados para su ejecución, mientras que el contratista sólo los administra y ejecuta a cambio de una contraprestación, que cuando se entrega a título de pago, se desplaza al patrimonio del contratista sin ningún condicionamiento.

Teniendo en cuenta que converge una nueva postura del Consejo de Estado sobre la noción de la «administración delegada», es preciso citar la sentencia del 20 de noviembre de 2020¹⁵, que reiteró 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. Sobre el tema, 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*».

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil en concepto 2298 del 8 de marzo de 2017. Consejero Ponente: Edgar González López.

¹⁵ 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.





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 Comercio¹⁶.

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”¹⁷.

Finalmente, el Consejo de Estado en sentencia del 15 de octubre de 2021¹⁸, 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.

En ese contexto, el artículo 40 de la Ley 80 de 1993 dispuso que podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, de acuerdo con las normas civiles, comerciales, que correspondan a su esencia y naturaleza, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta Ley y a los de la buena administración.

En consecuencia, el principio de autonomía de la voluntad de las partes, reconocido en los artículos 13, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993, así como en el artículo 1602 del Código Civil, es viable que las Entidades Estatales celebren contratos en los que se pacte la administración

¹⁶ 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.

¹⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 17 de abril de 2007. Magistrado Ponente. Pedro Octavio Munar Cadena. Exp. 00645.

¹⁸ 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.





delegada de los recursos, como forma de administración o modalidad de pago, incluso con o sin representación. En suma, de acuerdo con lo expuesto, si la Entidad Estatal requiere contratar con otra entidad pública, podrá celebrar un contrato interadministrativo, en el que se puede incluir la administración delegada, bien como forma de mandato o como modalidad de administración de los recursos de inversión de una obra o proyecto y de pago también de los honorarios. En todo caso, para la celebración de los contratos interadministrativos es indispensable que la entidad ejecutora cuente con un objeto que, de acuerdo con la ley o el reglamento, sea idóneo para la ejecución de la actividad contratada, y que la administración delegada este definida o concertada en la ejecución de un objeto contractual específico, ya sea enmarcado en la ejecución de proyecto u obra.

Ahora bien, de conformidad con el inciso 4 del literal c) del numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, es factible que en los contratos interadministrativos la entidad estatal ejecutora deba subcontratar *algunas de las actividades* derivadas del contrato principal, pero no podrá subcontratar la ejecución de todo el contrato principal. En todo caso, debe aclararse que la viabilidad jurídica, técnica y financiera de la suscripción del contrato deberá analizarse en cada caso concreto, en atención al marco de competencias de las entidades públicas participantes y a los estudios previos que determinen la oportunidad y conveniencia del negocio.

3. Respuestas

«Es posible entregar en un contrato de administración delegada de recursos de mandato sin representación celebrada entre una Entidad Municipal y una Empresa Industrial y Comercial de Estado, el cien por ciento (100%) de los recursos que compone el contrato sin ir en contravía de lo estipulado en el artículo 40 de la ley 80 de 1993?» (sic).

Según se explicó en las consideraciones de este concepto, el contrato interadministrativo en el régimen jurídico vigente de la contratación estatal se define a partir de un criterio eminentemente subjetivo u orgánico, es decir, que un contrato se califica como interadministrativo cuando se celebra por parte de dos o más Entidades Estatales –o sea, por parte de órganos que tienen una naturaleza jurídica pública–, con prescindencia de las normas que regulen la relación contractual.

De esta manera, las entidades municipales pueden contratar bajo la figura de un contrato interadministrativo con una Empresa Industrial y Comercial del Estado. Adicionalmente, conforme al principio de autonomía de la voluntad del artículo 1602 del Código Civil, las entidades podrán incluir la administración delegada, bien como forma de mandato o como modalidad de administración de los recursos destinados a la obra. Lo anterior, teniendo en cuenta la remisión de los 13, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993 a las normas comerciales y civiles y que del análisis realizado no se incurre en la excepción contenida en el artículo 2, numeral 4, literal c) de la Ley 1150 de 2007.





En todo caso, como se expuso previamente debe aclararse que la viabilidad jurídica, técnica y financiera de la suscripción del contrato deberá analizarse en cada caso concreto, en atención al marco de competencias de las entidades públicas participantes y a los estudios previos que determinen la oportunidad y conveniencia del negocio. Lo anterior, por cuanto esta Subdirección solo cuenta con competencia para resolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general, y no le corresponde conceptuar sobre la posibilidad de celebrar una modalidad de contrato en un caso específico.

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,

Original Firmado
Nohelia del Carmen Zawady Palacio

Nohelia del Carmen Zawady Palacio
Subdirectora de Gestión Contractual ANCP-CCE

Elaboró: Any Alejandra Tovar Castillo
Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual
Revisó: Alejandro Sarmiento Cantillo
Gestor T1 – 15 de la Subdirección de Gestión Contractual
Aprobó: Nohelia del Carmen Zawady Palacio
Subdirectora de Gestión Contractual ANCP - CCE

