BOGOTÁ | SECRETARÍA JURÍDICA DISTRITAL

SECRETARÍA JURÍDICA - ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTA
Rad. No.: 2-2023-10156
Fecha: 13/06/2023 09:45:11
Destino: EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO
Copia: N/A
Anexos: N/A

2300100

Bogotá D.C.,

TRANSMILENIO S.A.
80500 – SUBGERENCIA JURIDICA
RESPUESTA COMUNICADO 2023EE13898
80500 – PAPEL/ ENTRADA
13/06/2023 11:44:15
2023 – ER – 28557

Doctora:
Sol Ángel Cala Acosta
Subgerente Jurídica
Empresa de Transporte del Tercer Milenio -Tra..
Ciudad

Asunto: Respuesta a su solicitud de concepto jurídico sobre la suscripción de contratos interadministrativos
Radicado: TM-2023EE13898

Respetada doctora Sol Ángel:

Esta secretaría recibió su solicitud, en la cual requiere un concepto jurídico respecto de la viabilidad o no de celebrar un contrato interadministrativo entre Transmilenio S.A. y otra entidad pública prestadora de servicios de transporte, para realizar la operación y mantenimiento de cable aéreo.

1.Competencia de la Secretaría Jurídica Distrital para la expedición del concepto jurídico:

El numeral 11 del Artículo 3º del Decreto Distrital 323 de 2016, modificado por el Artículo 2º del Decreto Distrital 798 de 2019, asigna a esta dependencia la función de "Apoyar, orientar y asesorar la gestión de las entidades y organismos distritales para definir políticas públicas en materia de contratación, unificando criterios en cuanto a la aplicación de las normas y generando mecanismos para la ejecución concertada de acciones en materia de contratación". Lo anterior, en concordancia con lo establecido en el Artículo 14 del CPACA modificado por la Ley 1755 de 2015, que establece la obligación de las autoridades de resolver las peticiones en las que se eleven consultas relacionadas con las materias a su cargo.

Ahora bien, por tratarse de un asunto que por su generalidad es de aplicación transversal a todas las entidades distritales, esta dependencia emite el concepto jurídico conforme con el cumplimiento de los requisitos antes enunciados y en los términos previstos en el Artículo 28 del CPACA[1], sin que se considere un acatamiento obligatorio o exigible para Transmilenio S.A. o para cualquier entidad y organismo distrital. Recuérdese que, sobre este aspecto, la Corte Constitucional ha indicado que no constituyen interpretaciones autorizadas de la ley o actos administrativos aquellos conceptos expedidos en respuestas a derechos de petición de

[1] Artículo 28. Alcance de los conceptos. Salvo disposición legal en contrario, los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución.

consultas, puesto que, son equiparados a puntos de vista y recomendaciones que emite la Administración[2].

2. Problemas jurídicos planteados:

En su solicitud, formuló los siguientes 4 interrogantes:

a) *¿Es viable, desde el punto de vista jurídico, la utilización del mecanismo de contratación directa como modalidad de selección objetiva para suscribir un contrato interadministrativo de operación y mantenimiento cuyo objeto sería la operación y el mantenimiento de bienes de cable aéreo?*

b) *¿En caso de encontrar viable la anterior premisa, ¿es suficiente para tal fin que la entidad pública que actuaría como posible contratista de operación y mantenimiento para la prestación del servicio público de transporte, acredite únicamente que su objeto social principal le permite ejecutar las obligaciones que asumiría con la celebración del referido contrato interadministrativo de operación y mantenimiento?*

c) *O, ¿es necesario que la entidad pública que actuaría como posible contratista de operación y mantenimiento también acredite experiencia específica en operación y mantenimiento de cable y/o algunas otras condiciones de capacidad financiera, organizacional, técnica y operacional para poder suscribir el contrato interadministrativo de operación?*

d) *En el evento en que se considere que la entidad pública que actuaría como posible contratista de operación y mantenimiento es idónea para suscribir y ejecutar el contrato sólo atendiendo su objeto social ¿podría venir acompañada con un asistente técnico para garantizar la idoneidad técnica en la ejecución de los procesos asociados a la operación y mantenimiento de bienes del sistema de cable?*

3. Consideraciones jurídicas:

Para resolver los 4 interrogantes, se abordarán en el presente concepto los siguientes puntos: 3.1. La contratación directa como modalidad de selección de contratistas, 3.2. El régimen legal de los contratos interadministrativos y los requisitos para su celebración y ejecución 3.3. Las respuestas a los 4 interrogantes formulados.

3.1. La contratación directa como modalidad de selección de contratistas

Las causales de contratación directa son mecanismos establecidos por el legislador en el marco de la competencia otorgada por el inciso final del Artículo 150 de la Constitución Política[3]. Sobre esa base, el Consejo de Estado[4] ha precisado que uno de los principios que orientan la actividad contractual es el de legalidad previsto en los artículos 6° y 121 de la

[2] Corte Constitucional, Sentencia C-542/05, 24 de mayo de 2005. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.
[3] Artículo 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:
(...)
Compete al Congreso expedir el estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional.
[4] Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 14 de agosto de 2003, Rad. 22848, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

Constitución Política, según el cual, todas las actuaciones que adelanten las autoridades del Estado deben estar previamente atribuidas por la Constitución Política y la ley y, en consecuencia, las entidades públicas, durante las etapas de selección de los contratistas o durante la ejecución de los contratos, deben atender fielmente lo establecido en el ordenamiento jurídico.

En torno a las modalidades de selección de contratistas, la Corte Constitucional ha señalado que "si bien la licitación o concurso público es la regla general a seguir cuando se va a celebrar un contrato con el Estado, el hecho de que el legislador haya consagrado una excepción a dicha regla, no quebranta ningún artículo de la Constitución Política, pues ésta, en ninguno de sus preceptos, impone a la Administración que los contratos estatales se celebren siempre mediante licitación"[5].

En otras palabras, las causales de contratación directa están autorizadas por la Constitución Política y por la ley, su regulación corresponde de manera exclusiva al legislador quien decidió incluirlas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y, en consecuencia, los servidores públicos que intervienen en la actividad contractual pueden acudir a ellas cuando se cumpla con los requisitos establecidos en el ordenamiento jurídico para su aplicación.

El Consejo de Estado[6] también ha precisado que la contratación directa es un mecanismo de selección de carácter excepcional, en virtud del cual las entidades públicas, en los casos expresa y taxativamente previstos en la ley, pueden celebrar contratos sin necesidad de realizar previamente un proceso de licitación pública, mediante un trámite simplificado, abreviado, ágil y expedito. Así entonces, cuando la entidad constate que la contratación encuadra en cualquiera de las causales de selección de contratación directa previstas en la ley debe acudir a esa forma de escogencia pues es aquella la que resulta jurídicamente admisible[7].

Ahora bien, dado el sometimiento al principio de legalidad no es conveniente que las entidades estatales modifiquen o interpreten las causales de contratación directa y por esa vía incluyan requisitos para su aplicación que no están previstos en la ley o en el reglamento. Del mismo modo, tampoco es adecuado que se considere que los principios previstos en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública sólo se garantizan mediante modalidades públicas de selección de contratistas, pues el análisis y respeto por aquellos principios ya fue hecho por el legislador al incluir las 5 modalidades de escogencia que hoy contempla nuestro régimen contractual del Estado.

Sobre este punto, la doctrina nacional[8] explica que todos los medios de selección previstos en la Ley 80 de 1993 tienen una relación directa e ineludible con la selección objetiva, la transparencia, la economía y la responsabilidad. Por ello, también se afirma que es

---

[5] Corte Constitucional, Sentencia C-508 de 2002, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.
[6] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia 31.447 del 3 de diciembre de 2007, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.
[7] Gonzalo Suárez Beltrán, Estudios de derecho contractual público, 2014, Bogotá D.C., Legis, Pág. 127.
[8] Luis Alonso Rico Puerta, Teoría general y práctica de la contratación estatal 11° edición, 2019, Bogotá D.C., Leyer.

inapropiado que las entidades, en algunas ocasiones, interpreten y conviertan los procesos de contratación directa en "pequeñas licitaciones", al exigir requisitos, imponer etapas y establecer procedimientos que no son propios de esa modalidad y que carecen de sustento legal o reglamentario[9].

Un sector de la doctrina[10] advierte que se tiene la ciega convicción de que la escogencia objetiva no permite una interacción entre la entidad contratante y los oferentes más allá de la propia de presentar una oferta y ser evaluado por ella para la toma de una decisión mediante la aplicación de parámetros preestablecidos que no tienen discusión.

Quienes advierten tal inconsistencia, concluyen que la contratación directa es el mecanismo más expedito para que el Estado logre comprar lo que necesita para el logro de sus objetivos, y precisamente el hecho de que sea utilizada para entablar una relación con un agente específico, sin tener que agotar un mecanismo concursal, conlleva la existencia de una relación de confianza entre las partes que puede ser muy benéfica para ambas, pero especialmente para la entidad contratante.

Ahora bien, el carácter excepcional de la modalidad de contratación directa no implica que aquella sólo es procedente ante las declaratorias desiertas de procedimientos públicos de selección de contratistas. En esa misma línea, tampoco es acertado adelantar un proceso de escogencia pública ante la existencia de una causal de contratación directa y el cumplimiento de los requisitos para su aplicación. Si se dan los supuestos previstos por el legislador para contratar directamente no hay lugar a sostener que en estos eventos no debe aplicarse la ley so pretexto de garantizar la libre concurrencia.

Lo anterior encuentra respaldo en los cambios legislativos introducidos al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. A través de la Ley 1150 de 2007, el legislador ordenó las modalidades de selección y se tomó el trabajo de denominar la contratación directa de la forma correcta de acuerdo con su finalidad y propósito. Recuérdese que en el texto original de la Ley 80 de 1993 se recogían dentro de la modalidad de contratación directa distintas causales y en las que en algunas de ellas se exigían varias ofertas. En palabras del Consejo de Estado, el legislador de 2007 "llamó contratación directa a aquella forma de escoger al contratista donde no es necesario que la administración obtenga dos o más ofertas, toda vez que es la única manera de entender que de verdad la contratación es directa (...) si necesitara varias propuestas, la modalidad no sería esta, ya que la expresión contratación directa debe dar la idea de que la contratación se realiza con quien la entidad escoja libremente, de no ser así no sería directa"[11].

De acuerdo con la doctrina especializada[12], la contratación directa pone a la entidad frente al posible contratista en condiciones de hacer una negociación, sin que otros participen en ella. Esta modalidad de selección ha sido concebida bajo el entendido de un contrato en el que el

---

[9] Ibidem

[10] Alberto Montaña Plata y Jorge Iván Rincón Córdoba, Contratos públicos: problemas, perspectivas y prospectivas, 2017, Bogotá D.C., Universidad Externado de Colombia. (Mónica Sofía Safar Díaz, 223)

[11] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 7 de marzo de 2011, Radicado No. 11001032600020090007000, C.P. Enrique Gil Botero.

[12] Juan Ángel Palacio Hincapié, la contratación de las entidades estatales 8 edición, 2020, Bogotá D.C., Librería Jurídica Sánchez R. S.A.S.

Estado y un proponente determinado se ponen en contacto para llegar al acuerdo que genera la contratación. Esta modalidad se adelanta para la escogencia de contratistas en los eventos y casos, expresamente, señalados en la ley, sin acudir a una "solicitud pública y masiva de ofertas", además de adjudicar atendiendo a las condiciones del mercado, a partir de la negociación entre la entidad contratante y un agente específico del mercado[13].

A partir de la Ley 1150 de 2007 se desprende que las causales de contratación directa no requieren de la obtención de un número plural de ofertas, no son subsidiarias de la licitación pública y, cuando se reúnen los requisitos previstos en la ley para su procedencia, no hay lugar a acudir a otra modalidad de selección de contratistas distinta. En la contratación directa la entidad estatal escoge libremente al contratista[14] y puede negociar con él los términos y condiciones del contrato con el fin de obtener por esa vía la mejor propuesta posible para el interés general[15].

Por ello, ante el cumplimiento de los requisitos previstos en alguna de las causales de contratación directa para dar aplicación a esa modalidad de selección, la entidad deberá dar aplicación a ella y en los documentos y estudios previos que explican, justifican y soportan la contratación así deberá acreditarse.

3.2. El régimen legal de los contratos interadministrativos y los requisitos para su celebración y ejecución

El régimen legal y reglamentario de los contratos interadministrativos corresponde al siguiente:

Literal c) del numeral 4º del Artículo 2º de la Ley 1150 de 2007[16]:

> c) Contratos interadministrativos, 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.
>
> 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.
>
> En aquellos eventos en que el régimen aplicable a la contratación de la entidad ejecutora no sea el de la Ley 80 de 1993, la ejecución de dichos contratos estará en

[13] Alberto Montaña Plata y Jorge Iván Rincón Córdoba, Contratos públicos: problemas, perspectivas y prospectivas, 2017, Bogotá D.C., Universidad Externado de Colombia. (Mónica Sofía Safar Díaz, 223)
[14] Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 7 de marzo de 2011, Rad. 37044, C.P. Enrique Gil Botero.
[15] Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 25 de febrero de 2010, Rad. 1966, C.P. William Zambrano Cetina.
[16] Este texto incluye las modificaciones introducidas por la Ley 1474 de 2011 -Estatuto Anticorrupción-.

> todo caso sometida a esta ley, salvo que la entidad ejecutora desarrolle su actividad en competencia con el sector privado o cuando la ejecución del contrato interadministrativo tenga relación directa con el desarrollo de su actividad.
>
> 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.
>
> Estarán exceptuados de la figura del contrato interadministrativo, los contratos de seguro de las entidades estatales.

Artículo 2.2.1.2.1.4.4. del Decreto 1082 de 2015:

> 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.

El régimen legal actual de los contratos interadministrativos es el establecido en la Ley 1150 de 2007, con las modificaciones introducidas por los artículos 92 y 95 de la Ley 1474 de 2011, y esa regulación fue considerada por el legislador suficiente para superar los usos inadecuados de esa figura negocial que se produjeron en el marco del texto original de la Ley 80 de 1993 y sus decretos reglamentarios.

La propuesta inicial de reforma de la Ley 80 de 1993 en el año 2007 resultaba sensiblemente más severa, toda vez que establecía que no era posible acudir a esta figura en aquellos contratos que tuviesen por objeto la adquisición de bienes y servicios ofrecidos en el mercado por entidades estatales y particulares. Es decir, el proyecto inicial impedía acudir a los contratos interadministrativos cuando los bienes y servicios a contratar pudieran ser ofrecidos también por particulares, con lo cual imponía a las entidades estatales que quisieran suscribir ese tipo de contratos a participar de procesos públicos de contratación.

No obstante, esa propuesta no fue aprobada y en el trámite legislativo se modificó por la redacción hoy vigente. De la revisión de los debates y ponencias del trámite de la Ley 1150 de 2007 puede concluirse que las críticas frente a esa posición inicial se sustentaron en que no era posible dar un mismo tratamiento a las entidades públicas y a los particulares, que el Estado debía promover la participación de las entidades en la economía y que los contratos interadministrativos representaban una herramienta necesaria para la satisfacción de los principios constitucionales de colaboración armónica y de coordinación entre las entidades para el cumplimiento de los fines estatales.

Sobre las reformas a la causal de los contratos interadministrativos introducidas por la Ley 1150 de 2007 y la Ley 1474 de 2011, la doctrina ha señalado que aquellas pretendieron exceptuar la regla general que operaba en vigencia del texto original de la Ley 80 de 1993, según la cual, los contratos interadministrativos podían tener lugar entre todas las entidades estatales y respecto de todo tipo de contratos[17].

De la redacción del literal c) del numeral 4° del Artículo 2° de la Ley 1150 de 2007, la Sala de Consulta y Servicio Civil ha extraído las siguientes 3 características y requisitos para la celebración y ejecución de los contratos interadministrativos:

> 1. Los contratos interadministrativos, en todos los casos, **deben tener relación directa con el objeto de la entidad ejecutora señalado en la ley o en sus reglamentos**.
> 2. La suscripción de contratos interadministrativos "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", debe estar precedida de licitación pública o selección abreviada; **solamente en los demás casos, podrá acudirse al sistema de contratación directa**. Así mismo están excluidos de los contratos interadministrativos los contratos de seguro de las entidades estatales.
> 3. La ejecución de los contratos interadministrativos quedó sometida, por regla general, al Estatuto General de Contratación Pública, **salvo los casos en que la entidad ejecutora actúa en régimen de competencia o cuando el contrato tenga relación directa con su actividad**[18]. (Énfasis nuestro)

Sobre el primer requisito, esto es, que los contratos interadministrativos tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora señalada en la ley o en sus reglamentos busca evitar que las entidades estatales ejecuten cualquier actividad, es decir, tengan aptitud negocial aun por fuera de su objeto, lo que sin duda hacía perder la transparencia en la celebración del contrato y la calidad en su ejecución[19].

---

[17] Gonzalo Suárez Beltrán, Estudios de derecho contractual público, 2014, Bogotá D.C., Legis, Pág. 139.
[18] Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 28 de junio de 2012, Rad. 2092, C.P. William Zambrano Cetina.
[19] Gonzalo Suárez Beltrán, Estudios de derecho contractual público, 2014, Bogotá D.C., Legis, Pág. 136. Sobre este mismo punto, se expone lo siguiente: "Se quiere evitar que, por ejemplo, se celebre esta clase de convenios con entes tales como las licoreras departamentales o las empresas de servicios públicos domiciliarios, con el fin de que estas efectúen adquisiciones para el funcionamiento de un departamento o municipio, compras por encargo de los mismos y con el claro propósito de evitar los procesos de selección propios del Estatuto General de Contratación. Tomando el mismo ejemplo, sí será posible que existan convenios entre estas entidades cuando de lo que se trate sea de la ejecución por parte de la contratista de labores propias de su actividad, como sucedería si un departamento contrata con su licorera el suministro de algún tipo de alcohol para ser utilizado en los programas de salud de la entidad territorial. Lo propio sucedería si el municipio contrata con la empresa de servicios públicos domiciliarios dedicada a la prestación del servicio telefónico la instalación de un sistema de telecomunicaciones mediante fibra óptica para mejorar la prestación del servicio de vigilancia propio de la policía local".

Para el legislador, ese primer requisito garantiza el principio de transparencia en los contratos interadministrativos, evita la elusión a los procesos de selección públicos de contratistas y con su cumplimiento se logra constatar la conveniencia, la idoneidad y la necesidad de la suscripción de un contrato de esa naturaleza. Ese es el entendimiento que el Consejo de Estado le dio a la exigencia introducida por la Ley 1150 de 2007 sobre la relación entre las obligaciones del contrato interadministrativo y el objeto de la entidad ejecutora. En una decisión del 31 de marzo de 2023, esa corporación precisó lo siguiente:

> Como ya se reseñó, dada la preocupación que surgió por la utilización de este tipo de negocios jurídicos con entidades públicas sometidas al derecho privado, que podían llevar a eludir los procedimientos de selección, la Ley 1150 de 2007 (literal c, núm. 4 del artículo 2º) hizo expresa una premisa que imponía que para estos negocios "las obligaciones derivadas de los mismos tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora señalado en la ley o en sus reglamentos".
>
> Exigencia que, para la Subsección, aun cuando no fuera llevada a un texto específico, hacía parte central de la determinación de celebrar un contrato o un convenio interadministrativo, justamente porque allí se determina y concreta la necesidad a suplir con la contratación y la idoneidad de la utilización de ese mecanismo de selección, condicionamiento que se impone en el ejercicio de los principios de la función administrativa en la contratación estatal y bajo el mandato de que al "celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales"; no de otra manera se constata la conveniencia, idoneidad y necesidad de celebrar un convenio o contrato interadministrativo, pues el mecanismo de selección de contratación directa no implica el desconocimiento de los principios de transparencia y selección objetiva y, más bien, **a partir del objeto y/o funciones de la entidad estatal con quien se pretende suscribir el negocio jurídico y su relación directa con el objeto a contratar, descansa la justificación legal de esta forma de escogencia directa**[20]. (Énfasis nuestro)

Frente al segundo requisito, tenemos que el inciso 2° del literal c) del numeral 4º del Artículo 2º de la Ley 1150 de 2007[21] exceptúa de esta causal de contratación 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 hayan de ser ejecutados por: instituciones de educación superior públicas, sociedades de economía mixta con participación mayoritaria del Estado o por personas jurídicas sin ánimo de lucro conformadas por la asociación de entidades públicas o las federaciones de entidades territoriales.

---

[20] Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 31 de marzo de 2023, Radicado No. 76001233100020060328401, C.P. José Roberto Sáchica Méndez.

[21] 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.

En consecuencia, conforme el régimen vigente, esas entidades sólo pueden ejecutar los contratos mencionados si lograron ser adjudicatarias en un proceso de licitación pública o selección abreviada.

En ese sentido, se encuentra que para que la prohibición anteriormente citada opere, deberán concurrir las dos condiciones establecidas en la disposición; esto es, que se trate de uno de los tipos contractuales señalados en la norma, y que además se pretenda que dicho contrato sea ejecutado por alguna de las entidades allí contempladas[22].

En otras palabras, la prohibición inicialmente prevista en la reforma de 2007 para los contratos interadministrativos y la necesidad de que su suscripción estuviera precedida de una licitación pública tan solo recayó en aquellos negocios jurídicos enlistados en el inciso segundo del literal c) del numeral 4º del Artículo 2º, pues solo frente a ellos es exigible el adelantamiento de un proceso público de selección de contratistas.

Por último, tenemos el requisito relacionado con la ejecución del contrato interadministrativo que obliga a la entidad ejecutora a someterse a la Ley 80 de 1993, salvo que aquélla actúe en un régimen de competencia o la obligación tenga relación directa con el objeto de la entidad contratista[23]. Es decir, el propósito del legislador está dirigido a evitar que a través de un contrato interadministrativo se entreguen recursos que debieron ejecutarse por una entidad pública sometida a la Ley 80 de 1993 a otra que está exceptuada de esa regulación. No obstante, fue querer del legislador, seguramente para materializar los principios de colaboración armónica[24], coordinación entre las entidades estatales[25] y el de fomento de la participación del Estado en la economía[26], mantener por fuera de la aplicación de los procedimientos y reglas de la Ley 80 de 1993 a la entidad ejecutora cuando aquella actúa en un régimen de competencia con particulares.

En consonancia con el régimen introducido por la Ley 1150 de 2007 y las explicaciones precedentes, la regulación actual permite a las entidades estatales ejecutoras subcontratar algunas de las actividades derivadas del contrato interadministrativo. No obstante, establece una única restricción consistente en que ni la entidad ni sus subcontratistas pueden contratar o vincular a 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. Según la doctrina nacional, con ello se consagró una especie de conflicto de intereses cuya regulación busca preservar la moralidad administrativa"[27].

---

[22] Gonzalo Suárez Beltrán, Estudios de derecho contractual público, 2014, Bogotá D.C., Legis, Pág. 142.
[23] La doctrina crítica esa regulación, pues de acuerdo con las normas que regulan los contratos interadministrativos, solo es posible suscribir ese tipo de negocios jurídicos cuando las prestaciones tienen relación con el objeto de la entidad. En virtud del efecto útil de las normas, no tiene sentido establecer un disposición que somete su ejecución a las normas del EGCAP, cuando en realidad, en todos los casos, están exceptuadas de ese régimen.
[24] Artículo 113 de la Constitución Política.
[25] Artículo 6° de la Ley 489 de 1998. Principio de coordinación.
[26] Artículo 334 de la Constitución Política.
[27] Luis Alonso Rico Puerta, Teoría general y práctica de la contratación estatal 11° edición, 2019, Bogotá D.C., Leyer, Págs. 601 y 602.

Sobre este aspecto, la doctrina nacional[28] ante la pregunta de si ¿significa la exigencia de que el objeto del contrato pueda ser ejecutado por la entidad contratista que ella no pueda celebrar subcontratos? responde que no, toda vez que la subcontratación no está prohibida en el Estatuto General de Contratación y, de manera particular, el propio literal c) del numeral 4º del Artículo 2º de la Ley 1150 de 2007 la permite de manera expresa en la ejecución de contratos interadministrativos en relación con algunas actividades derivadas del contrato principal.

Debe tenerse en cuenta que el Gobierno nacional, mediante la expedición del Decreto 1082 de 2015, no estableció ningún requisito distinto para la celebración de un contrato interadministrativo a la expedición de un acto administrativo que justifique su suscripción[29] y no contempló ninguna limitación ni prohibición para celebrarlos. De hecho, las únicas 3 menciones que hace ese decreto a los contratos interadministrativos son las contenidas en los artículos 2.2.1.2.1.4.3 y 2.2.1.2.1.4.4 las cuales sólo confirman que esos acuerdos son una modalidad de contratación directa[30].

De lo expuesto hasta aquí tenemos que el régimen legal y reglamentario de los contratos interadministrativos exige como requisito indispensable para su suscripción la relación entre las obligaciones de aquellos y el objeto de la entidad ejecutora. Según la más reciente jurisprudencia del Consejo de Estado, a partir del objeto y/o funciones de la entidad estatal con quien se pretende suscribir el negocio jurídico y su relación directa con el objeto a contratar, descansa la justificación legal de esa causal de contratación directa. Así mismo, tenemos que la misma regulación exceptúa unos determinados contratos que para efectos de que sean ejecutados por entidades estatales demandan el agotamiento de un proceso público de selección de contratistas. Y por último, la ejecución del contrato y de sus recursos deben someterse a las reglas y procedimientos de la Ley 80 de 1993, salvo que la entidad ejecutora actúe en un régimen de competencia con particulares.

Ahora bien, no debe pasarse por alto que la entidad ejecutora, en el evento de estar excluida del régimen de contratación previsto en la Ley 80 de 1993 en razón a que ejecuta su actividad en competencia, se encuentra igualmente sometida a los principios que rigen la función administrativa y que están previstos en el Artículo 209 de la Constitución Política y en el Artículo 3º de la Ley 1437 de 2011, a los principios de la gestión fiscal regulados en el artículo 267 constitucional y al régimen de inhabilidades e incompatibilidades[31]. Lo anterior en razón a lo previsto en el Artículo 13 de la Ley 1150 de 2007[32].

---

[28] Gonzalo Suárez Beltrán, Estudios de derecho contractual público, 2014, Bogotá D.C., Legis, Pág. 163.
[29] Artículo 2.2.1.2.1.4.1 del Decreto 1082 de 2015.
[30] Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 23 de julio de 2015, Rad. 36805, C.P. Hernán Andrade Rincón. "La potestad reglamentaria aún en el marco de una ley de 'principios' como es el estatuto de contratación estatal –so pretexto de aportar los detalles y pormenores de la ley- no puede ir más allá de su ámbito estrictamente administrativo para pretender entrar en los predios de acción de la ley. Lo contrario sería tanto como afirmar que el ámbito de la ley y el del reglamento son idénticos. De modo que aunque la jurisprudencia constitucional, a partir de lo prescrito en el artículo 150 superior in fine, sostiene que por medio de reglamento administrativo es posible regular las modalidades de selección, ello no comporta que esté habilitado a invadir el ámbito propio del legislador para desnaturalizar uno de esos mecanismos y extender hipótesis a casos que francamente fueron excluidos por la ley".
[31] Gonzalo Suárez Beltrán, Estudios de derecho contractual público, 2014, Bogotá D.C., Legis, Pág. 144.
[32] Artículo 13 de la Ley 1150 de 2007.

Para concluir este acápite, conviene señalar, a efectos de suministrar más insumos para su análisis, que la doctrina reitera que, si bien existen sustanciales diferencias entre los contratos y los convenios interadministrativos, esas dos figuras "son expresiones de la voluntad de colaboración que atañe a los entes públicos, tanto en desarrollo de lo establecido primeramente por los artículos 113 y 209 de la Constitución, como por el desarrollo conceptual efectuado por la Ley 489 de 1998"[33]. Lo anterior, en razón a que esos dos formas de convención apuntan a garantizar el ejercicio de las funciones públicas atribuidas a las entidades involucradas y, en últimas, al logro de los cometidos estatales[34].

Por esa razón, cuando la administración se ve en la necesidad de concretar el cumplimiento de sus fines, garantizar la prestación de los servicios públicos o la efectividad de los derechos de los asociados, y el negocio jurídico se enmarca dentro de la causal de contratación directa, se hace obligatorio el acatamiento y la aplicación de las reglas y procedimientos previstos por el legislador para el ejercicio de la actividad contractual[35].

3.3. Respuesta a sus 4 interrogantes:

a) ¿Es viable, desde el punto de vista jurídico, la utilización del mecanismo de contratación directa como modalidad de selección objetiva para suscribir un contrato interadministrativo de operación y mantenimiento cuyo objeto sería la operación y el mantenimiento de bienes de cable aéreo?

De acuerdo con la regulación establecida en el literal c) del numeral 4° del Artículo 2° de la Ley 1150 de 2007, no existe una prohibición para que los contratos de operación de bienes sean objeto de un contrato interadministrativo.

De conformidad con el parágrafo 1° del Artículo 2° de la Ley 1150 de 2007, la viabilidad desde el punto de vista jurídico, deberá determinarla la entidad contratante una vez verifique la acreditación de los fundamentos jurídicos que soportan la modalidad de selección que se propone adelantar. No obstante, como le indiqué en párrafos anteriores, las exigencias para la celebración de los contratos interadministrativos no son otras que las previstas en el literal c) del numeral 4° del Artículo 2° de la Ley 1150 de 2007 que fueron explicadas con suficiencia en el presente concepto.

Al no estar expresamente prohibidos o exceptuados los contratos de operación de bienes, le corresponde a la entidad contratante verificar lo siguiente: 1. Que las obligaciones del contrato interadministrativo tengan relación con el objeto de la entidad ejecutora dado que sobre esa premisa descansa la justificación legal de esta forma de escogencia directa, 2. Que si la entidad ejecutora no se encuentra en competencia con particulares deberá ejecutar el contrato de acuerdo con las reglas y procedimientos de la Ley 80 de 1993 y 3. Que la entidad ejecutora y sus subcontratistas no contraten ni vinculen a las personas naturales o jurídicas que hayan

[33] Suárez Beltrán G., Estudios de Derecho Contractual Público, Ed. Legis, Bogotá, 2014, Pág. 139.
[34] *Ibídem*
[35] Jaime Orlando Santofimio Gamboa y José Luis Benavides, Contratación estatal estudios sobre la reforma del estatuto contractual, 2009, Bogotá D.C., Universidad Externado de Colombia. Pág. 300.

participado en la elaboración de los estudios, diseños y proyectos que tengan relación directa con el objeto del contrato principal.

b) **¿En caso de encontrar viable la anterior premisa, ¿es suficiente para tal fin que la entidad pública que actuaría como posible contratista de operación y mantenimiento para la prestación del servicio público de transporte, acredite únicamente que su objeto social principal le permite ejecutar las obligaciones que asumiría con la celebración del referido contrato interadministrativo de operación y mantenimiento?**

La acreditación de la relación entre las obligaciones del contrato interadministrativo y el objeto de la entidad ejecutora previsto en la ley y en sus estatutos es el requisito con el que se cumple la justificación legal para optar por esa modalidad de contratación. No obstante, es deber de la entidad contratante definir las condiciones que considere necesarias y suficientes para lograr que la entidad ejecutora cumpla el contrato en condiciones de calidad y eficiencia, sin que ello implique una ampliación de los requisitos previstos en la ley para la suscripción de un contrato de esa naturaleza.

c) **O, ¿es necesario que la entidad pública que actuaría como posible contratista de operación y mantenimiento también acredite experiencia específica en operación y mantenimiento de cable y/o algunas otras condiciones de capacidad financiera, organizacional, técnica y operacional para poder suscribir el contrato interadministrativo de operación?**

De acuerdo con la regulación de los contratos interadministrativos, no es un requisito legal la acreditación de experiencia específica para su celebración. Es decir, de acuerdo con lo expuesto y con fundamento en las normas relacionadas en este concepto, la justificación legal para la celebración de un contrato interadministrativo corresponde a la relación entre las obligaciones del contrato y el objeto de la entidad ejecutora previsto en la ley y en sus estatutos.

En pocas palabras, las condiciones y exigencias descritas en su pregunta deben ser determinadas por la entidad contratante para efectos de garantizar que el contrato interadministrativo se ejecute en los términos de calidad y eficiencia esperados, pero no corresponden a exigencias previstas en la ley para la celebración de un contrato de esa naturaleza.

d) **En el evento en que se considere que la entidad pública que actuaría como posible contratista de operación y mantenimiento es idónea para suscribir y ejecutar el contrato sólo atendiendo su objeto social ¿podría venir acompañada con un asistente técnico para garantizar la idoneidad técnica en la ejecución de los procesos asociados a la operación y mantenimiento de bienes del sistema de cable?**

Este aspecto también debe ser determinado por la entidad contratante, no como requisito de validez o legalidad del contrato interadministrativo sino para determinar las condiciones de calidad y eficiencia en las que pretende que ese negocio jurídico sea ejecutado. No obstante, conviene reiterar que la subcontratación no está prohibida por la Ley 80 de 1993 y que, de manera particular, para los contratos interadministrativos, está expresamente permitida, siempre y cuando la entidad ejecutora y sus subcontratistas no contraten ni vinculen 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.

Cordialmente,

William Libardo Mendieta Montealegre
Secretario Jurídico Distrital

Proyectó: Jeniffer Gutiérrez Gutiérrez. Profesional Especializado.
Revisó y aprobó: Andrés Felipe Cortés Restrepo. Director Distrital de Política Jurídica.