

La subcontratación en el contrato de obra, ¿una figura violatoria del principio de selección objetiva?

Outsourcing in the contract of work, a figure that violates the principle of objective selection?

Jhan Castro Quiñonez¹

RECIBIDO: 27-09-17

ACEPTADO: 03-11-17

RESUMEN

En desarrollo de la presente investigación se pretende demostrar que a través de la aplicación de la figura de la subcontratación en los contratos de obra celebrados por las entidades estatales en Colombia, puede transgredirse el principio de selección objetiva que se aplica a toda la actividad contractual de la administración. Básicamente los argumentos que sustentan esta postura se circunscriben a: I) la ausencia de regulación de esta figura en el ordenamiento jurídico vigente, lo que abarca las Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007, Decreto 1082 de 2015 y demás normas aplicables a la contratación estatal, y, II) la existencia de una postura flexible tanto del Consejo de Estado como de la literatura especializada en torno al particular, mediante la cual se pregona la autonomía e independencia de esta clase de vínculo y la imposibilidad del ente contratante de participar en la escogencia de los subcontratistas.

Palabras clave: subcontratación, selección objetiva, contrato de obra, contratación estatal.

ABSTRACT

In developing this research seeks to demonstrate that through the application of the figure of subcontracting in construction contracts awarded by state entities in Colombia can transgress the principle of objective selection applied to the entire management of the contracting activity administration. Basically the arguments supporting this approach are limited to: I) the absence of regulation of this figure in the current legal system, which covers the law 80 of 1993, Law 1150 of 2007, Decree 1082 of 2015 and other rules applicable to the contracting state, and II) the existence of a flexible both in the State Council focus and specialized around literature in particular, by which the autonomy and independence of this type of link and the inability of the contracting entity to participate in the selection of subcontractors is proclaimed.

Keywords: subcontracting, objective selection, construction contracts, government contract.

¹ Abogado, magíster en Derecho.
jhancastro08@hotmail.com

INTRODUCCIÓN

Dentro de las tipologías contractuales consagradas en el sistema normativo colombiano se encuentran los contratos de obra, que en armonía con lo dispuesto en el numeral 1° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 son “los que celebren las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago”. Como se desprende de la lectura de la norma traída a colación, esta clase de contratos son absolutamente trascendentales para que los entes estatales puedan desarrollar su gestión, en la medida que por medio de estos se llevan a cabo proyectos de construcción y reparación de infraestructura pública, como es el caso de las instituciones educativas, centros de salud, vías, acueductos, entre otras.

Ahora bien, teniendo en cuenta que los contratos de obra se estructuran a partir de las reglas que el legislador ha desarrollado en la Ley 80 de 1993, así como en las normas que la modifican y reglamentan, es necesario precisar que a los particulares que suscriben estos acuerdos de voluntad con el Estado, bien sean personas naturales o jurídicas, se les exigen una serie de requisitos de orden legal, financiero, técnico y organizacional y otros, para efectos de salvaguardar no solo la eficaz ejecución del objeto contratado, sino la adecuada inversión de los recursos públicos.

Al tenor de lo planteado hasta el momento, parecería entonces indiscutible la premisa de que todos los particulares que se vinculan directa o indirectamente con la administración en el marco de un contrato de obra, deben acreditar unos requerimientos mínimos para garantizar los pilares antes señalados: cumplimiento del objeto contratado y una inversión correcta y transparente de los recursos de las entidades estatales.

No obstante lo anterior, en la dinámica de la contratación estatal en nuestro país se ha permitido con la “tácita anuencia” de la ley, la participación en los contratos de obra de terceros particulares que se identifican como “subcontratistas”, los cuales aparecen en el escenario contractual por disposición del contratista seleccionado y contratado por el ente contratante.

Así entonces, una vez revisada la normatividad nacional regulatoria de la contratación pública, entiéndase Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007, 1474 de

2011 y el Decreto 1082 de 2015, no se advierte la existencia de una reglamentación específica para que los contratistas que se encuentran a cargo de la ejecución de un contrato de obra, subcontraten fracciones del proyecto que se encuentra a su cargo, es decir, que no existen herramientas que les permitan a las autoridades verificar las condiciones y calidades de los particulares que se vinculan como subcontratistas en esta clase de contratos.

Aunado a ello, es de imperiosa necesidad indicar que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sostenido en los pocos pronunciamientos proferidos sobre este particular, que la relación entre los subcontratistas y el contratista principal es completamente ajena al vínculo contractual que este tiene con la entidad estatal, y en consecuencia, de ello tampoco reconoce la existencia de instrumentos legales que permitan a las autoridades exigir el cumplimiento de los requisitos acreditados por el proponente que fue elegido en el respectivo proceso de selección.

En análogo sentido, la literatura jurídica nacional ha estudiado de manera superficial la operancia de esta figura en el marco de los contratos estatales en general, en tanto que hasta ahora los pocos autores que se han preocupado por este instrumento contractual, se han limitado a realizar explicaciones desprovistas de la crítica y proposición que debe implementarse para ajustar su aplicabilidad al sistema normativo colombiano.

En concordancia con los argumentos hasta ahora expuestos, es evidente que en la actualidad no existen instrumentos legales, reglamentarios o sustento jurisprudencial alguno, que les permita a las entidades estatales contratantes ejercer un control sobre las calidades de los particulares que concurren como subcontratistas de un contratista, que se encuentra a cargo de la ejecución de un contrato de obra, situación que indirectamente podría constituir una violación al principio de selección objetiva, piedra angular de toda la actividad contractual de la administración pública.

Ante el escenario de vulneración indicado, se requiere que el ordenamiento jurídico de la contratación pública en Colombia, incorpore disposiciones que regulen el acceso de los subcontratistas a la ejecución de contratos de obra, desde su concepto, requisitos, verificación y supervisión por parte de la entidad contratante, entre otros aspectos, por medio de la expedición de una ley, que permita a las entidades estatales ejercer un control eficaz frente

a este instrumento contractual, en particular respecto de las calidades de las personas naturales o jurídicas que pretendan vincularse a través de la subcontratación.

EL CONTRATO DE OBRA ES POR REGLA GENERAL *INTUITO PERSONAE*

El ordenamiento jurídico colombiano ha instituido por conducto de la Ley 80 de 1993, una normatividad especial para reglamentar las relaciones contractuales existentes entre los particulares y las entidades estatales, para el cumplimiento de sus objetivos institucionales, la cual tuvo como principal objetivo propender por una gestión pública transparente y eficaz, por cuanto –como lo manifestó el legislador al momento de estructurar este compilado normativo– “la administración pública no puede actuar sino para el cumplimiento de finalidades de interés público, para la satisfacción de las necesidades colectivas y el logro de los fines del Estado” (Exposición de motivos Ley 80 de 1993).

Bajo este paradigma, se intentó implementar un marco legal provisto de principios y reglas que les permitieran a las autoridades administrativas, desarrollar su gestión contractual de la manera más dinámica y eficaz posible, sin perder de vista el carácter público del que están investidos todos los actos generados por las entidades estatales. Para efectos de alcanzar este objetivo, no solo se introdujeron los principios y reglas que actualmente se encuentran en el estatuto de contratación, sino que además de ello se incorporan una serie de modalidades contractuales con las que se pretendió establecer una multiplicidad de tipologías que se ajustaran a las necesidades, por demás diversas, que demanda la gestión pública en un Estado social de derecho.

Así entonces, dentro de las diversas clases de contratos que puede suscribir la administración con los particulares, el de obra pública constituye indubitablemente uno de los más útiles para que el Estado, en sus distintos niveles, desarrolle su gestión e impulse la consecución de sus fines, teniendo en cuenta que a través de este se ejecutan proyectos de gran trascendencia social, como por ejemplo los correspondientes a la infraestructura pública, los cuales se materializan a través de la construcción y rehabilitación de vías terrestres, instituciones educativas, de salud y en general todas aquellas actividades descritas en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993: “construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro

trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago” (Ley 80 de 1993, artículo 32).

No obstante la existencia de esta definición genérica sobre el contrato de obra pública en la citada Ley 80 de 1993, el estatuto de contratación del Estado ofrece algunos elementos adicionales de gran trascendencia, para lograr la identificación precisa de la naturaleza jurídica de los contratos estatales como categoría universal, y que se decanta naturalmente al contrato de obra como subcategoría especial de esta.

Ahora bien, el más dicente y relevante de estos elementos, teniendo en cuenta el propósito de este trabajo, es el contenido en el inciso 3° del artículo 41 de la Ley 80 de 1993, el cual señala expresamente que “Los contratos estatales son *Intuito personae* y, en consecuencia, una vez celebrados no podrán cederse sin previa autorización escrita de la entidad contratante”. Naturalmente el estudio de esta regla demanda, en primera medida, la comprensión del aforismo latino que en ella se inserta por parte del legislador, el cual textualmente significa “En consideración a la persona. Personal” (Nicolliello, 1999), esto es, que la intención del ordenamiento jurídico es dotar al contratista de la administración de unas condiciones especiales, que le permitan alcanzar un umbral de cualificación adecuado a las exigencias del servicio público en general, y por supuesto, a las características propias del contrato a suscribirse.

Si bien es cierto que el legislador ha impuesto a los contratos estatales la condición de ser genéricamente acuerdos de voluntad *intuito personae*, no puede incurrirse en el error de considerar que el alcance de dicha caracterización, quedó agotada con la simple descripción legal a la que se ha hecho referencia, por cuanto la complejidad de las actividades acometidas por el Estado, y en consecuencia, la variabilidad de los contratos que se deben suscribir para tal efecto, origina que no en todos los casos esta regla tenga una aplicación uniforme, por lo que la jurisprudencia de los tribunales de cierre de nuestro sistema judicial y la doctrina especializada, han otorgado diversas explicaciones sobre este aspecto, las cuales merecen un espacio de análisis en estas líneas (García-Trevijano García, 2009).

En primer lugar, el Consejo de Estado ha explicado en numerosas oportunidades la forma en que debe interpretarse el inciso 3° del artículo 41 del

Estatuto de Contratación Pública respecto a la operancia de fenómenos propios de los contratos estatales como es el caso de la cesión:

Con fundamento en las precisiones y consideraciones precedentes se concluye que, en definitiva, el contrato estatal se celebra intuitu personae en cuanto el contratista es elegido en consideración a que sus condiciones objetivas como hábitos de cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazos y precios ofrecidos, son los más favorables a la administración y por lo tanto es su obligación asegurarse de que dichas condiciones se mantengan, para lo cual resulta válido, por ejemplo, condicionar la cesión del contrato a que el cedente, contratista originario, cuente con su previa autorización. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Radicado: 21.845. Consejero Ponente: Alier Hernández Enríquez, 07 de febrero de 2002)

Como se desprende de la definición antes citada, esta característica es general de todos los contratos estatales, y su esencia reside básicamente en la necesidad de la administración de escoger a sus contratistas, con fundamento en parámetros objetivos que le permitan establecer, con la mayor certidumbre posible, que la persona natural o jurídica escogida es la idónea para suministrar el bien, prestar el servicio o ejecutar la obra requerida, atendiendo a una cualificación especial que se soporta en aspectos técnicos, jurídicos, financieros, de experiencia y demás elementos habilitantes definidos por el ordenamiento legal y en las condiciones de cada proceso de selección.

Sobre el alcance de esta norma y su naturaleza jurídica, la literatura nacional especializada en la materia también se ha expresado con el objetivo de explicar su aplicación en las relaciones jurídico-negociales estructuradas entre el Estado y los particulares. Así por ejemplo, Matallana (2005) indica refiriéndose al inciso 3º del artículo 41 del Estatuto de Contratación Pública que:

Esta norma quiere significar que cuando la entidad considera aspectos jurídicos, técnicos, financieros y de experiencia general y específica de sus contratistas, incluyendo en algunos casos a su personal profesional y técnico, está estableciendo unas condiciones que sólo pueden ser cumplidas por unos o uno, y quien resulte favorecido con el primer lugar en el orden elegibilidad lo

será por poseer unas características que lo hacen único. (Matallana Camacho, 2005)

En armonía con las definiciones expuestas hasta este momento, no cabe duda que la regla bajo estudio guarda una relación íntima e interactuante con el principio de selección objetiva, que impera en todos los procesos existentes, para que la administración elija a sus contratistas, no obstante se reservará el análisis de tan importante axioma para capítulos posteriores del presente artículo.

Retomando el curso de las consideraciones esbozadas, no se puede perder de vista que aun cuando las entidades estatales deben ceñirse de manera estricta a los requerimientos objetivos exigidos a quienes pretendan ser sus contratistas, no es menos cierto que dicha premisa admite un cierto grado de discrecionalidad del Estado, atendiendo a criterios como la naturaleza del objeto a contratar y la cuantía, entre otros.

Este pequeño margen valorativo que ostentan las autoridades públicas, al momento de seleccionar a los particulares con los que va a celebrar contratos, se diluye proporcionalmente ante un mayor nivel de complejidad, trascendencia e impacto social de la actividad a desarrollarse, circunstancia que se evidencia por ejemplo, cuando se comparan los requisitos exigidos a un profesional requerido para apoyar una gestión específica de la entidad, frente a los que se solicitan a una persona natural o jurídica que se necesita para ejecutar la pavimentación de una vía pública nacional, y como consecuencia de ello, se beneficiará el transporte, comercio y en general la calidad de vida de un gran número de municipios, cuya complejidad y costo económico en términos prácticos y reales es infinitamente superior al primer supuesto.

Esta matización a la que se hace referencia, no puede ser bajo ninguna circunstancia el argumento para desconocer la prevalencia total y absoluta del carácter *intuito personae* de los contratos estatales, tal y como lo ha remarcado el Consejo de Estado en providencia proferida en el año 2015:

Esta disposición tiene una razón de ser fundamental en materia de contratación estatal, ya que, sin excepción alguna e independientemente del modo de contratación que se desarrolle, los negocios celebrados con los contratistas, se derivan de sus calidades técnicas, económicas y financieras, para efectos de cumplir con los

finestatales contenidos en el artículo 3 de la Ley 80 de 1993; por lo tanto, en consideración a que los contratos estatales tienen la característica de ser “*intuitu personae*”, es necesaria la autorización previa y por escrito de la misma. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Radicado: 73001-23-31-000-1999-03028. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. 16 de marzo de 2015)

En este orden de ideas, y una vez revisado el alcance general de esta regla respecto de todos los contratos estatales, indistintamente de su modalidad de selección y demás elementos que puedan diferenciarles, es necesario concentrar nuestra atención en las limitantes existentes en la jurisprudencia del Consejo de Estado, en los eventos donde se busca que un tercero ajeno al vínculo jurídico negocial entre la administración y el particular contratista, ostente total o parcialmente la posición contractual de este último por conducto de la cesión del contrato, teniendo en cuenta que en desarrollo del estudio de este instrumento jurídico, se ha explicado de manera detallada la participación en los contratos estatales de los terceros que no acuden en principio al proceso de selección objetiva, que normalmente se surte para adjudicar esta clase de proyectos. Así entonces, ha explicado el máximo organismo de la jurisdicción contenciosa administrativa que:

Es tan importante la característica de los contratos estatales consistente en que son catalogados “*intuitu personae*”, que la entidad contratante debe observar, bajo su potestad discrecional pero objetiva, teniendo en cuenta o el estudio de conveniencia de la obra, los pliegos de condiciones o disposiciones que lo regule o reglamente, que el tercero, quien ostente la nueva posición contractual, cumpla con el objeto del contrato, por cuanto se encuentra de por medio el interés general. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Radicado: 73001-23-31-000-1999-03028. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. 16 de marzo de 2015)

Según lo señalado, en lo que atañe a la cesión total o parcial de los contratos estatales por parte de los contratistas, la doctrina de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado ha sido enfática al señalar que la utilización de este instrumento jurídico, no es bajo ninguna circunstancia el camino para soslayar la obligación de selección objetiva,

que le asiste a la administración al momento de escoger los particulares con los cuales va a celebrar sus contratos, y que contrariamente a ello, ante la necesidad de respetar el interés general, sobre el objetivo particular del potencial cesionario, las entidades estatales contratantes tienen el deber legal de verificar que el tercero que se propone para suplir total o parcialmente la posición contractual del contratista escogido en el proceso de selección que se hubiere surtido, cumple con las condiciones mínimas acreditadas por su cedente, para ejecutar a cabalidad el objeto del contrato.

Nótese entonces que, a la luz de las consideraciones traídas a colación, el deber de selección objetiva por parte de la administración, no solo se hace presente en la actuación administrativa precontractual sustanciada para escoger al particular que más se ajuste a los requerimientos, sino que en escenarios como la cesión total o parcial del contrato, su aplicación es absolutamente ineludible, situación que tiene como objetivo principal garantizar el adecuado cumplimiento del objeto contratado.

Debemos advertir que si bien el presente artículo se enfoca puntualmente, en la posibilidad de que se vulnere el principio de selección objetiva en los contratos de obra, por la utilización de la subcontratación de particulares, se han mencionado una serie de consideraciones atinentes a la cesión contractual, teniendo en cuenta que la recurrencia en la utilización de este instrumento, ha originado conflictos que han sido resueltos por parte del Consejo de Estado. No ha sucedido lo mismo con la subcontratación, que como se explicará más adelante, no ha sido analizada con el rigor necesario por la jurisprudencia contenciosa administrativa, aun cuando también constituye una herramienta para vincular a la ejecución de un contrato estatal a terceros, que en principio son ajenos al vínculo originario entre la administración y el particular contratista.

De conformidad con lo expuesto hasta el momento, es evidente que la postura sostenida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, en torno a la necesidad de que las entidades contratantes autoricen la vinculación de terceros ajenos a la relación contractual principal, bajo la figura de la cesión encuentra un claro sustento normativo en los artículos 887 a 896 del Código de Comercio que regulan la materia, los cuales son aplicables a la contratación pública por expreso mandato del artículo 13 de la Ley 80 de 1993.

Sin embargo, en el caso de la subcontratación no ocurre lo mismo, debido a que como se indicará en líneas posteriores, tanto las normas de la contratación pública como la legislación comercial y civil que son aplicables supletoriamente en esta materia, adolecen de instrumentos cuanto menos sumarios para poder limitar o condicionar la participación de subcontratistas en los contratos estatales, incluidos la categoría de los contratos de obra.

A partir de la regla general dispuesta en el inciso segundo del artículo 41 de la Ley 80 de 1993, y por supuesto en las consideraciones desarrolladas por la jurisprudencia del Consejo de Estado en torno a este particular, se evidencia que más allá de no indicarse puntualmente que el contrato de obra es *intuito personae*, este axioma aplicable por regla general en todos los contratos estatales, tiene una inexorable operancia en los de obra, teniendo en cuenta la especialidad de las calidades y requisitos que deben acreditar los particulares no solo para llegar a ser contratistas de la entidad estatal, sino para participar en el procedimiento objetivo de selección, en atención a la necesidad de escoger la oferta y el ejecutor que acredite todas las exigencias contenidas en los pliegos de condiciones, con el objetivo de proteger la adecuada ejecución del objeto contractual.

LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE SELECCIÓN OBJETIVA EN EL CONTRATO DE OBRA

Uno de los elementos que demarca las diferencias que subyacen entre la contratación de particulares frente a las relaciones contractuales de la administración pública, es sin duda alguna el deber de selección objetiva que el ordenamiento jurídico impone a todas las autoridades, para escoger a los particulares requeridos para suministrar los bienes, obras y servicios demandados para la adecuada gestión estatal.

Esta ineludible obligación de elegir conforme a criterios objetivos, las personas naturales o jurídicas que serán contratistas del Estado, en virtud de los diversos tipos de contratos existentes en nuestro sistema legal, tiene una consolidada estructuración normativa y jurisprudencial, que a su vez ha sido apoyada por un amplio y persistente estudio de la literatura especializada en la materia, razón por la que en este capítulo se dispondrá una revisión de algunos de los aspectos más relevantes sobre este principio y por supuesto en lo concerniente al contrato de obra.

En este sentido, la Ley 80 de 1993 ha erigido la selección objetiva al rango de un principio; no obstante, en razón de la inmensa relevancia que tiene esta máxima en la gestión contractual del Estado, a lo largo del texto legal se menciona de forma reiterada la necesidad de su aplicación, como sucede inicialmente en los literales a y b del numeral 5° del artículo 24, el cual se encarga de desarrollar el principio de transparencia:

(...) 5°. En los pliegos de condiciones...

- a) Se indicarán los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección.
- b) Se definirán reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten las declaratorias de desierta de la licitación.

En análogas condiciones, el numeral 8° del artículo referenciado prohíbe expresamente a las autoridades desarrollar su gestión contractual desconociendo el deber de selección objetiva, lo que redundaría en una clara obligación de escoger a sus contratistas con plena observancia de las reglas que en este sentido desarrolla el ordenamiento jurídico, como se desprende de la lectura literal del texto legal en cuestión:

8°. Las autoridades no actuarán con desviación o abuso de poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley. Igualmente, les será prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en el presente estatuto.

El legislador ha sido muy específico para estructurar un cúmulo de reglas tendientes a preservar el respeto de la selección de contratistas bajo criterios objetivos en todas y cada una de las modalidades existentes, lo cual queda de manifiesto –por ejemplo– en el numeral 9° parágrafo 2° del pluricitado artículo 24, donde se indica que inclusive en los casos en que la ley permita contratar de manera directa, se debe atender el precepto estudiado, cuya regulación se encomendó directamente al Gobierno Nacional. En tal medida, a lo largo de la vigencia de esta normativa se han expedido diversos decretos reglamentarios para instrumentalizar la actividad contractual en general y particularmente los modos de selección, dentro de los cuales se han dispuesto reglas especiales

para que la contratación directa, no se convirtiera en el camino para eludir la imperiosa obligación de respetar la selección objetiva de contratistas.

Además de lo dispuesto en la Ley 80 de 1993 sobre la prevalencia general del axioma de selección objetiva en la contratación pública, no puede soslayarse que otros compilados legales referentes a esta materia, también han incorporado importantes disposiciones que permiten materializar su aplicación en la práctica, tal y como acontece con la Ley 1150 de 2007, cuyo objetivo fundamental principal fue modificar el estatuto de contratación estatal vigente e imprimirle mayor dinamismo y transparencia en algunos aspectos específicos.

Es por ello que el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, consagra una definición expresa de la selección objetiva como principio rector de la actividad contractual del Estado:

Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. En consecuencia, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, tendrán en cuenta los siguientes criterios...

La norma citada establece elementos determinantes para que las autoridades no enfoquen la definición de los requisitos establecidos en un proceso de selección, con base en factores subjetivos o que denoten intereses particulares, por cuanto siempre debe acatarse la obligación a cargo del Estado de seleccionar no solo al contratista con las mejores calidades, sino también la oferta más favorable para la entidad.

Esta disposición adquiere gran relevancia, en tanto que a lo largo de su desarrollo se establecen una serie de criterios específicos, para que las entidades que pretenden contratar por conducto de los diversos modos de selección, puedan insertar en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, los requisitos que se ajusten a la naturaleza del tipo de procedimiento que se adelanta, y que por supuesto cumpla con la escogencia objetiva, como por ejemplo, cuando se indica que la capacidad jurídica, y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización constituyen requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección, y así mismo se

prescribe que en los contratos de obra el menor plazo ofertado no será objeto de evaluación, prohibición que se replica con el precio en los contratos de consultoría, donde dicho aspecto tampoco es susceptible de calificación.

Finalmente, para dimensionar con mayor claridad el alcance de este principio y de manera puntual en lo que concierne al contrato de obra, es de gran relevancia estudiar algunos pronunciamientos emitidos por el Consejo de Estado en torno a su naturaleza y espectro de aplicación, en la medida que no se trata de una máxima con aplicación exclusiva en la actuación administrativa precontractual, en tanto que la administración debe observarla en todas las etapas de su actividad contractual, esto es, que inclusive cuando se trate de la incorporación de terceros a la ejecución de un contrato, como sucede con la cesión y la subcontratación, también debe darse la selección bajo criterios objetivos, desprovistos de cualquier matiz de subjetividad o favorecimientos, remarcando en todo caso las diferencias que existen entre una y otra figura. (Marín Albarrán, 2013).

En este sentido, esta corporación judicial ha señalado reiteradamente que la elección objetiva de los contratistas por parte de la administración; es una clara expresión del interés general que debe primar en la gestión pública, y en consecuencia de ello explica que:

la objetividad en la selección de los colaboradores del Estado, implica: i) que la escogencia del contratista debe estar desprovista de todo tipo de consideración subjetiva, afecto o interés; ii) que la propuesta más favorable se determine por la ponderación de los diversos factores, previamente establecidos por la Administración, tales como, cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio, etc.; iii) que la ponderación de cada uno de dichos criterios o factores de evaluación sea establecido de manera precisa, detallada y concreta en el pliego de condiciones o en los términos de referencia, para determinar el valor que corresponde a cada uno de ellos y, iv) que la adjudicación hecha por la entidad pública esté precedida del examen y comparación objetiva de las propuestas presentadas, la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones hechos por la entidad o sus consultores o asesores. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Radicado: 76001-23-31-000-1997-

05064-01. Consejera Ponente: Myriam Guerrero de Escobar. 04 de junio de 2008)

En similar sentido, la Corte Constitucional analizando si el contenido de los artículos 24, 25, 28 y 29 de la Ley 80 de 1993 se ajustaba a la Carta Superior, enfatizó que la finalidad del principio de selección objetiva tiene como uno de sus propósitos fundamentales, escoger la oferta presentada por el proponente que ofrezca los antecedentes de cumplimiento y seriedad necesarios para garantizar la adecuada ejecución de la actividad a contratar:

la teleología propia de toda la normatividad que propicia la escogencia objetiva de la mejor oferta formulada por los proponentes previamente calificados, cuyos antecedentes personales sean garantía de seriedad y cumplimiento, no es otra que la de asegurar la prevalencia del interés general, valor fundante del Estado colombiano al tenor del primer artículo de nuestra Carta Fundamental; así las cosas, desde este punto de vista, tal normatividad, contenida parcialmente en las normas demandadas, no sólo se ajusta a la Constitución, sino que es su natural y obvio desarrollo. (Corte Constitucional, Sentencia C-400 de 1999. Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa. 02 de junio de 1999)

En estas providencias, el Consejo de Estado enfatiza sobre el deber de selección objetiva puntualmente en la actuación administrativa precontractual, escenario en el cual se manifiesta con mayor consistencia este principio, lo que denota inicialmente una flexibilización de su aplicación en lo que concierne a la etapa contractual, momento en el cual también pueden acudir terceros ajenos a la relación contractual para reemplazar o colaborar con el contratista en el desarrollo del objeto contratado, bien sea por medio de la figura de la cesión o la subcontratación.

Sin embargo, es menester –en desarrollo de este capítulo– indicar que las entidades públicas, en el ejercicio de su potestad para determinar la necesidad de ejecutar los contratos requeridos para llevar adelante su gestión, pueden delimitar los requisitos que deben acreditar los proponentes para llegar a ser adjudicatarios, sin que puedan exceder los límites dispuestos en la Ley 80 de 1993:

los criterios de adjudicación y en su caso los referidos para declarar desierta la licitación en el pliego de condiciones, en los términos de la Ley 80, deben ser de aquellos requeridos para la comparación de las propuestas, lo cual excluye los requisitos que no otorgan puntaje (a partir de la Ley 1150 de 2007 definidos como habilitantes) y, en el marco de la Ley 80, en ningún caso con base en un solo factor, como por ejemplo sería una configuración, entonces no permitida, del precio mínimo erigido como criterio único de adjudicación o de la declaratoria de desierta de la licitación pública. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Radicado: 25000232600020050021401. Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón. 01 de octubre de 2014)

Además de lo expresado por la Corte Constitucional en las sentencias anotadas, tampoco debe perderse de vista en el estudio de este principio, que su aplicación debe ser articulada con otra serie de principios como el de igualdad y libre concurrencia, los cuales le permiten a la administración contar con un número plural de ofertas, situación que genera mayores posibilidades de que las mismas tengan un nivel de calidad superior, en razón de la sana competencia que se desarrolla por la intención de ser escogido por la entidad para la ejecución del contrato. Respecto al contenido de los mencionados principios, ha señalado el máximo tribunal constitucional:

En particular, la Corporación ha resaltado la importancia de dos de los principios que rigen este procedimiento: la libre concurrencia y la igualdad entre proponentes.

El primero, directamente relacionado con el mandato de igualdad de oportunidades contemplado en el artículo 13 constitucional, con el derecho a la libre competencia reconocido en el artículo 333 *ibídem* y con los principios de la función administrativa, garantiza la posibilidad de que todos aquellos que reúnan los requisitos para celebrar un contrato estatal, puedan concurrir ante la respectiva entidad a presentar sus ofertas y puedan formularlas sobre bases idénticas, sin perjuicio de limitaciones razonables que persigan asegurar la adecuada ejecución del contrato y el cumplimiento de los cometidos estatales. Desde el punto de vista de la entidad estatal, este principio asegura pluralidad de competidores, lo que a su turno redundará en mejores ofertas

en beneficio de la eficiencia (Corte Constitucional, Sentencia C-300 de 2012. Magistrado Ponente: Jorge Pretelt Chaljub. 25 de abril de 2012)

En consecuencia, tanto la libre concurrencia como la igualdad, resultan ser elementos de gran relevancia para que las entidades estatales puedan materializar su deber de selección objetiva, indistintamente de la modalidad utilizada para tal efecto, por cuanto la participación de un número plural de oferentes, dentro de la actuación administrativa precontractual es esencial para que pueda darse cumplimiento a los mandatos constitucionales y legales, que pregonan la escogencia de la oferta de mayor calidad, por cuanto la variedad de posibilidades le permite a la administración seleccionar la que se ajuste mejor a las exigencias del objeto a contratar.

Si bien es cierto que la Ley 80 de 1993, así como las normas que la modifican y reglamentan, no desarrollan expresamente la aplicación de la selección objetiva en los contratos de obra, resulta indiscutible que esta máxima es de indiscutible aplicación a todas las modalidades de selección de contratistas, esto es, que tratándose de la tipología contractual de obra, los procedimientos utilizados para la escogencia de los ejecutores, son de acuerdo al ordenamiento jurídico vigente, la licitación pública o la selección abreviada, de conformidad con los supuestos fácticos de cada caso.

Como consecuencia de lo anterior, es de gran relevancia precisar que las licitaciones públicas y las selecciones abreviadas que se desarrollen para elegir a los contratistas ejecutores de los contratos de obra, deben respetar, sin excepción alguna, el principio de selección objetiva, lo que conlleva a que su aplicación no solo se haga obligatoria en la etapa precontractual, sino también durante su ejecución contractual.

Este planteamiento se fundamenta en la necesidad de observar el deber de selección objetiva, no solo cuando se escoge el contratista para la ejecución de la obra, sino al momento de vincular particulares ajenos al desarrollo del proyecto original, bajo las figuras de la cesión y la subcontratación, encontrándose la primera de estas, reglamentada en el Código de Comercio, aplicable a la contratación pública por mandato del artículo 13 de la Ley 80 de 1993; sin embargo, en el caso de la subcontratación, se advierte que el legislador tácitamente habilita la utilización de dicha institución en esta materia, aun cuando no otorga a la administración las herramientas suficientes, para

verificar que el ingreso de estos terceros, no quebrante el deber de selección objetiva, tal y como se explicará con mayor detalle en las líneas que siguen.

En virtud de lo expuesto, el principio de selección objetiva no solo tiene aplicabilidad en la actuación administrativa precontractual que antecede al contrato de obra, bien sea por medio de licitación pública o selección abreviada, sino que en la etapa de ejecución contractual la administración también debe preservar la prevalencia de dicho principio, controlando la vinculación de particulares a la ejecución del contrato por medio de las figuras de la cesión y la subcontratación, al verificar que estos cumplan con unas condiciones mínimas, que garanticen la debida y correcta ejecución del contrato estatal.

LA PRECARIA REGULACIÓN DE LA SUBCONTRATACIÓN DE LOS CONTRATOS ESTATALES EN COLOMBIA

La subcontratación como práctica comercial es una figura jurídica con aplicabilidad en múltiples escenarios de las relaciones contractuales entre particulares, operando como factor común en su utilización el consenso de las partes que integran la relación contractual, aun cuando tanto el Código Civil como el de Comercio, adolecen de una reglamentación específica de dicho instituto. El legislador, en materia de contratación pública, ha sido menos permisivo para habilitar indirectamente la utilización del subcontrato, en las diversas tipologías contractuales consagradas en el ordenamiento regulatorio de esta temática (Blanco López, 2011).

Para verificar la falencia anunciada, debe revisarse el contenido de las normas que se encargan de orientar la gestión contractual de la administración en sus distintos niveles. Es por ello que examinando con detalle la estructura normativa de la Ley 80 de 1993, teniendo en cuenta su condición de estatuto de contratación pública, no se identifica una sola regla que permita establecer por lo menos una definición de esta figura, en lo que atañe a la dinámica de contratación del Estado, o en su defecto la habilitación para que las entidades contratantes permitan a sus contratistas, bajo ciertas restricciones, la utilización de esta herramienta jurídica.

Sin embargo, este vacío legal no puede considerarse como absoluto en lo que a contratación pública se refiere, puesto que el carácter delimitador de la Ley 80 de 1993, generó la necesidad de que se impulsaran normas tendientes a modificar algunos aspectos de su contenido, por lo que se expidió la Ley 1150

de 2007 “por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos”.

Así entonces, se dispuso en su artículo 12 la obligación para el Gobierno Nacional, de implementar la reglamentación necesaria para incluir dentro de los pliegos de condiciones la subcontratación preferente de Mipymes en la ejecución de los contratos, cuyo parágrafo 2 indicaba que:

El Gobierno adoptará medidas que obliguen la inclusión en los pliegos de condiciones, de la subcontratación preferente de las Mipymes en la ejecución de los contratos, cuando a ello hubiere lugar, y establecerá líneas de crédito blando para la generación de capacidad financiera y de organización de los proponentes asociados en Mipymes.

Lo consagrado en el citado parágrafo representaba prácticamente la única alusión del legislador en torno a la aplicación de la figura del subcontrato en la contratación estatal, en la medida que esta disposición fue reformada por la Ley 1474 de 2011, la cual sustrajo dicho elemento de la Ley 1150 de 2007, esto es, que con dicha modificación, la normatividad sobre contratación pública vigente adolece de regulación alguna sobre dicha figura.

En la actualidad, el Decreto 1082 de 2015 mediante el cual se compila la reglamentación sobre contratación estatal, sí contempla una serie de previsiones referentes a la subcontratación, fundamentalmente enfocadas a los aspectos atinentes a la cobertura de los riesgos derivados de la actividad desarrollada por los subcontratistas, omitiendo definir o reglamentar la aplicación de la figura, por lo que se puede concluir sin mayor complejidad que se habilita su aplicación en las relaciones contractuales de la administración, aun cuando carece de la definición y reglamentación requerida.

En primer lugar, el artículo 2.2.1.2.3.1.1 del mencionado decreto, señala de manera general cuales son las obligaciones surgidas en favor de las entidades estatales que deben ser garantizadas, pasando por la presentación de las ofertas, los contratos y la etapa de liquidación, así como los riesgos que se deriven de las actuaciones, hechos u omisiones de los contratistas y sus subcontratistas.

A renglón seguido, el artículo 2.2.1.2.3.1.5 del mismo compilado normativo indica que el riesgo correspondiente a la responsabilidad civil extracontractual causado por las acciones u omisiones de los contratistas y subcontratistas, solo puede ser amparado mediante un contrato de seguro, lo cual es un claro indicativo de que esta norma contempla una exigencia análoga a la del primero de los artículos en cita, contemplándose así la obligación de que los particulares que se vinculen como subcontratistas, respondan por su intervención dentro del contrato estatal.

Así mismo, el artículo 2.2.1.2.3.1.8 se refiere a las garantías de responsabilidad civil extracontractual en los contratos de obra, por parte de los subcontratistas que intervengan en su ejecución, para efectos de amparar los daños que en virtud de dicha actividad se le pudieran irrogar a los particulares, denotándose de esta manera otra incontrovertible muestra de que aun cuando en nuestro ordenamiento jurídico no existe una regulación específica, para la incorporación de estos terceros en el desarrollo de los contratos estatales, sí se les otorga una tácita autorización para participar en los mismos.

Finalmente, el artículo 2.2.1.2.3.2.9 desarrolla una serie de requisitos específicos para que el amparo de responsabilidad civil extracontractual aportado por el contratista pueda ser efectivo, dentro de los cuales es muy importante precisar que el numeral 2º de esta norma contempla a los subcontratistas como intervinientes dentro del contrato estatal, para efectos de amparar el riesgo en mención, indicándose que:

La Entidad Estatal y el contratista deben tener la calidad de asegurado respecto de los daños producidos por el contratista con ocasión de la ejecución del contrato amparado, y serán beneficiarios tanto la Entidad Estatal como los terceros que puedan resultar afectados por la responsabilidad del contratista o sus subcontratistas. (Decreto 1082, 2015)

Del decreto aludido se concluye que la legislación colombiana presume la posibilidad de que algunos contratos estatales, de acuerdo a su naturaleza puedan ser subcontratados, razón por la que considera que los terceros que se vinculen a la ejecución de estos bajo dicha figura, tengan amparado el riesgo de la responsabilidad civil extracontractual que se pudiera generar por daños a terceros, bien sea por el contratista directamente o por el subcontratista.

Como elemento adicional en el artículo comentado, el numeral 3.3 plantea un complejo escenario frente a la posibilidad de que el subcontratista aporte su propio amparo, para proteger por el riesgo de responsabilidad civil extracontractual que pudiera generarse, en detrimento de terceros por su participación en la ejecución del contrato, supuesto fáctico que en la práctica presenta una multiplicidad de dificultades, para que las compañías aseguradoras puedan otorgar tales garantías, como por ejemplo, la inexistencia de una regulación específica de esta figura en los contratos suscritos con entidades estatales y la carencia de vínculo alguno entre la administración y el subcontratista que pretende tomar el seguro.

La regulación de la subcontratación en los tratados internacionales suscritos por el Estado colombiano

Aunado a la explicación realizada previamente sobre la subcontratación en el ordenamiento jurídico nacional, que tradicionalmente se ha aplicado a la gestión contractual de la administración pública, abordaremos en esta investigación la importancia de una serie de disposiciones integradas en la Ley 1669 de 2013 en torno a este particular, en tanto que a través de esta normatividad se aprobó el Acuerdo Comercial entre Colombia y Perú, por una parte, y la Unión Europea y sus Estados Miembros, el cual contempló entre otras, normas para unificar la contratación pública.

En este orden de ideas, el artículo 178 de la referida ley desarrolla unas condiciones de participación generales, para que las entidades públicas gestionen de manera transparente y dinámica su actividad contractual, destacándose para efectos del presente trabajo el contenido del numeral 5º, cuyo tenor literal indica que: “Las entidades contratantes podrán pedir al licitador que indique en su oferta la parte del contrato que dicho licitador tenga intención de subcontratar a terceros y cualquier subcontratista propuesto. Esta indicación no afectará la responsabilidad del contratista principal”.

El numeral en cita debería constituir un importante elemento de regulación para la subcontratación en los contratos estatales, por parte de las autoridades administrativas en Colombia; sin embargo, su aplicación en la práctica es lastimosamente nula, situación que podría atribuirse a factores como la particularidad de esta norma, en tanto que la misma regula una gran variedad de materias jurídicas que no le permite vincularse al universo normativo que se utiliza por parte de las entidades, para sustanciar no solo la etapa precon-

tractual, sino para controlar la acción de sus contratistas al momento de la ejecución del contrato y su liquidación, cuando a ello hubiere lugar.

Ahora bien, en lo concerniente a los elementos de la norma, son varios los aspectos a tener en cuenta para efectos de integrar su contenido al desarrollo del presente planteamiento, siendo el primero de ellos su carácter potestativo, en la medida que dentro de los procesos de selección de contratistas, la entidad contratante puede decidir si le exige o no a los proponentes que indiquen la parte del contrato que se pretende subcontratar y así mismo, los subcontratistas que potencialmente escogerían.

Por otra parte, se identifica la reglamentación de una serie de situaciones de gran importancia a tener en cuenta en la disposición estudiada, para efectos de nuestra investigación, las cuales se pueden desglosar señalando que: I) el ente contratante puede solicitar que se indique la parte del contrato que el adjudicatario pretende subcontratar, y, II) el subcontratista propuesto para tal propósito.

En lo concerniente al primero de los aspectos mencionados, se advierte una regla inusitada en la práctica de la gestión contractual de las administraciones públicas en Colombia, en tanto que contrariamente a lo que sucede en las Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007, 1474 de 2011 y el Decreto 1082 de 2015, en la disposición bajo estudio sí se le permite a las autoridades solicitar a los proponentes la indicación de la porción de las actividades integrantes del proyecto materia del proceso de selección que pretenden ser subcontratadas, exigencia que eventualmente podría constituirse en un atípico supuesto de control del Estado frente a la libertad que ostentan los particulares contratistas para aplicar la figura de la subcontratación.

Adicionalmente se contempla en este numeral 5° del artículo 178 de la Ley 1669 de 2013, la posibilidad de que las entidades en la etapa precontractual le soliciten a los oferentes, la identificación de los subcontratistas que se proponen para ejecutar las partes del contrato que posiblemente serían objeto de aplicación de esta figura, configurándose otra regla en la compleja función de controlar la vinculación de particulares debidamente cualificados, a la ejecución de contratos estatales por conducto de la subcontratación.

El estudio de estas reglas merece consideraciones aún más profundas que las expuestas hasta el momento, por cuanto el hecho de que mediante esta ley se le otorgue la potestad a las entidades contratantes, de exigir a los propo-

nentes la indicación de la parte del contrato que se desea subcontratar y los subcontratistas propuestos para la aplicación de esta figura; a nuestro juicio las mismas resultan insuficientes para que pueda protegerse eficazmente el principio de selección objetiva en la etapa de ejecución del contrato.

Esta posición se sustenta en el hecho que las normas consagradas en el artículo 178 de la Ley 1669 de 2015, referentes a la subcontratación, son potestativas para las entidades contratantes, es decir, que pueden prescindir de exigir a los proponentes, tanto la indicación de la parte del contrato que se pretende subcontratar, como los subcontratistas propuestos para tal propósito. La ausencia de imperatividad de esta regla, proscribiera cualquier posibilidad de que pueda considerarse como un elemento suficientemente eficaz, para evitar que el contratista principal subcontrate parte del proyecto a su cargo con particulares que adolecen de las cualidades mínimas exigidas para el desarrollo de la actividad o que hayan sido sancionados por incumplimiento en contratos suscritos con el Estado.

Además de otorgarse a la administración libertades plenas y absolutas para decidir si exige o no a los particulares las condiciones señaladas en materia de subcontratación, no puede concebirse una observancia absoluta del principio de selección objetiva, cuando simplemente se plantea la posibilidad de que el proponente en su propuesta indique qué parte del contrato pretende subcontratar, supuesto que habilita al contratista para elegir sin restricciones legales ni contractuales sus subcontratistas.

Finalmente, consideramos que el hecho de solicitarle a los oferentes indicar quiénes serían sus subcontratistas, no constituye en forma alguna un control efectivo sobre las calidades y los antecedentes de los particulares que se vinculan a la ejecución de un contrato estatal por medio de esta figura, por cuanto una simple identificación de una persona natural o jurídica a la que se le subcontratarían unas actividades, no supone la acreditación de su experiencia, capacidad jurídica, económica y técnica, entre otras, y mucho menos, que no ha sido sancionada por incumplimiento en contratos anteriores suscritos con entidades públicas.

EL DESARROLLO JURISPRUDENCIAL Y DOCTRINAL DE LA FIGURA DE LA SUBCONTRATACIÓN EN LOS CONTRATOS ESTATALES

Una vez revisada la poca regulación existente en el ordenamiento jurídico colombiano sobre la figura de la subcontratación en los contratos estatales,

es necesario estudiar el escenario jurisprudencial y doctrinal en el que actualmente se encuentra esta temática dentro del ámbito nacional, por lo que se acudiría a la jurisprudencia del Consejo de Estado y a la literatura especializada en la materia para acometer este objetivo.

Han sido muy pocos los pronunciamientos en los que el Consejo de Estado se ha referido a este tema.

Así entonces, el precedente de mayor trascendencia es la Sentencia del 12 de agosto de 2013 de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Magistrado Ponente Enrique Gil Botero, en la cual se estructuran una serie de definiciones en referencia a la naturaleza y el alcance de la subcontratación en materia de contratos estatales, aclarando en todo caso que los conceptos construidos en la providencia a analizar, no se sustentan en precedente judicial de la misma corporación o de alguna otra alta Corte de nuestro sistema jurisdiccional, lo que denota la ausencia hasta ese momento de una concepción clara sobre este particular.

Apoyándose en el autor Richard Ramírez Grisales (2012), dicho órgano define la subcontratación en los contratos estatales a partir de elementos como la autonomía y la independencia del vínculo, como se desprende del siguiente apartado:

Esta institución hace surgir una relación jurídica autónoma entre el contratista del Estado y el sub contratista, es decir, independiente de la relación que preexiste entre el Estado y el contratista. En este sentido, las obligaciones que adquiere el sub contratista con el contratista sólo son exigibles entre ellos, y no vinculan a la entidad estatal –contratante–, en virtud del principio de relatividad del contrato –sólo produce efectos para las partes, no para terceros–, pero sin que ello limite o restrinja a la entidad estatal en la dirección general para ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato, a que se refiere el artículo 14 de la Ley 80. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Radicado: 52001-23-31-000-1999-00985-01. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. 12 de agosto de 2013)

De la providencia citada se decantan una multiplicidad de elementos que evidencian la posición asumida por el Consejo de Estado frente a la aplicación

de esta figura jurídica en los contratos públicos, destacándose por ejemplo la autonomía, independencia y relatividad de este tipo de acuerdos de voluntad entre particulares, lo que permite un amplio margen de discrecionalidad del particular contratista para estructurar organizativamente la ejecución del proyecto a su cargo, y además, una libertad casi absoluta para escoger las fracciones del contrato que desea subcontratar, y por supuesto la persona natural o jurídica a la que encomendará dichas actividades.

En lo referente a la característica de relatividad del subcontrato, esta sentencia plantea la exclusión de la entidad contratante del vínculo que se genera entre el contratista principal y el subcontratista, esto es, que la administración no puede ejercer un control previo a la escogencia del particular subcontratista de un contrato estatal de obra, no obstante se trata también de la adecuada inversión y ejecución de los recursos públicos (De la Vallina Velarde, 2001).

En esta providencia se desarrollan otra serie de elementos generales inherentes al concepto de subcontrato en materia de contratación pública, como por ejemplo su carácter accesorio, aunque remarcando en todo caso, que el alto tribunal se circunscribe a lo planteado por el autor Richard Ramírez Grisales (2012) en su obra, cuyos planteamientos también serán referenciados más adelante.

Finalmente, se enfatiza en dicho pronunciamiento sobre el carácter autónomo del subcontrato, bajo el criterio que el contratista principal tiene plenas libertades para organizar la ejecución del contrato, pero esta vez sosteniendo que inclusive con estas condiciones se respeta el principio de selección objetiva:

En efecto, a través de la sub contratación no se pueden eludir los procesos de selección objetiva, que regula la Ley 80, así que sólo el sub contratante –es decir, el contratista– tiene la posibilidad de escoger al sub contratista, porque tiene la autonomía para organizar la ejecución de su negocio. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Radicado: 52001-23-31-000-1999-00985-01. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. 12 de agosto de 2013)

Aun cuando se afirma que a través de la subcontratación no se pueden eludir los procesos de selección objetiva, en tanto que solo el contratista principal tiene la posibilidad de escoger al subcontratista, resulta contradictorio que

este planteamiento se estructure, sin tener en cuenta la injerencia de la autoridad administrativa contratante, por lo menos en la verificación de las calidades del particular que se vincula al desarrollo de una obra estatal por medio de un subcontrato.

En lo referente al desarrollo que ha tenido la temática en la literatura nacional especializada, el tratadista Ramírez Grisales desarrolló diversos aspectos de esta figura dentro del esquema de los contratos estatales, los cuales –como ya se ha mencionado– fueron utilizados por el Consejo de Estado en la sentencia indicada para explicar su alcance y naturaleza jurídica.

Así entonces, dicho autor señala por ejemplo que la relación jurídica que subyace entre el contratista principal y el subcontratista, es diferente al vínculo que el primero de estos tiene con la entidad contratante:

Cuando un contratista al servicio del Estado decide subcontratar alguna parte del proyecto adjudicado, la relación que se genera entre él y el tercero a quien se encomienda la actividad es diferente de la relación jurídica existente entre el contratista y la entidad estatal. La relación jurídica que surge entre el contratista y el subcontratista puede tener una naturaleza privada o pública. Por una parte, puede estar sujeta al derecho privado o, en caso de que el subcontratista o subcontratante sea una entidad estatal, se gesta una relación de derecho público (contrato estatal)". (Ramírez Grisales, 2012)

Explica la subcontratación como un mecanismo a través del cual el subcontratista reemplaza al ejecutor escogido por la entidad contratante en el desarrollo de la obra que le ha sido adjudicada, o cuanto menos en una fracción de esta, planteando además que en estos casos se genera una desconcentración material, que no implica un traslado de la posición jurídica asumida por el contratista:

El subcontratista sustituye material y no jurídicamente al contratista en la ejecución del contrato estatal, por cuanto el primero conserva la responsabilidad por la ejecución íntegra del contrato estatal adjudicado. La subcontratación supone la desconcentración material en un tercero de una fracción de la prestación total que, en principio, le corresponde ejecutar al contratista; en otras palabras,

implica el traslado de la ejecución de una proporción del objeto del contrato estatal. (Ramírez Grisales, 2012)

De las consideraciones expuestas por el tratadista indicado, se deduce como también lo hizo el Consejo de Estado, que la subcontratación como figura aplicable a los contratos estatales y en particular a los de obra, supone la existencia de un vínculo autónomo e independiente entre el contratista principal y el subcontratista, en el cual la entidad contratante no tiene participación o incidencia alguna más allá de la vigilancia y control general de la ejecución contractual.

A estas particularidades, debe agregarse que según lo plantea Ramírez Grisales (2012), la libertad que tiene el contratista para elegir al particular con el que desea subcontratar parte del proyecto que le ha sido adjudicado, limita cualquier posibilidad de que el contratante genere un control previo sobre la escogencia del subcontratista, esto es, que no existe según su criterio, la necesidad de que se verifique si el tercero que se vincula a la ejecución del contrato, cumple con los requisitos exigidos para ser contratista de una entidad pública, o por lo menos que no ha sido objeto de sanciones por incumplimiento en la ejecución de contratos anteriores.

LA CONFIGURACIÓN DE LA VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE SELECCIÓN OBJETIVA POR LA APLICACIÓN DE LA SUBCONTRATACIÓN EN LOS CONTRATO DE OBRA

Una vez analizado que: I) el ordenamiento jurídico colombiano no contiene una regulación que permita a las entidades contratantes ejercer un verdadero control de los particulares que se vinculan como subcontratistas, para la ejecución de un contrato de obra, y, II) la jurisprudencia del Consejo de Estado, apoyada en la literatura especializada sobre esta materia, ha asumido una postura flexible que tampoco aporta a la configuración de un control eficiente en la aplicación de esta figura jurídica en la ejecución de obras públicas, se expondrán los argumentos que evidencian que las falencias antes señaladas, permiten que se desconozca el deber de selección objetiva de la administración, cuando se vinculan al desarrollo de esta clase de contratos, subcontratistas que no han demostrado aunque sea sumariamente la experiencia para ejecutar las obras encomendadas o al menos acreditar que han cumplido de manera diligente el ejercicio de sus actividades, para efectos de salvaguardar

la debida y correcta ejecución del contrato y de esta manera la adecuada inversión del recurso público.

En primer lugar, la ausencia regulatoria de este instrumento contractual en la normatividad que rige la contratación estatal, el cual es utilizado en las relaciones contractuales del Estado, y en especial en los contratos de obra, le concede al contratista una libertad de acción plena para subcontratar con personas naturales o jurídicas fracciones del proyecto que le fue adjudicado, bien sea por medio de una licitación pública o un proceso de selección abreviada, aun cuando es evidente que la aplicación de esta figura no es ajena al derecho administrativo (Fernández Farreres, 2009).

Acorde con esta premisa, al particular contratista que en el curso de un proceso de selección objetiva se le adjudicó un contrato estatal de obra, no tiene restricciones legales o reglamentarias en su marco de acción, no solo para escoger el tercero con el que desea subcontratar, sino para estructurar su relación jurídica, esto es, que de acuerdo a lo planteado por la jurisprudencia del Consejo de Estado, esta clase de vínculos contractuales son autónomos e independientes del contrato suscrito con la autoridad estatal contratante.

Frente a esta posición del máximo órgano de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, es necesario precisar que esta excesiva libertad de configuración del contratista para organizar la ejecución del contrato, ocasiona la temeraria posibilidad de que se vincule como subcontratista a la ejecución de un proyecto financiado con recursos públicos, a una persona natural o jurídica que carezca de la experiencia, pericia, conocimiento y preparación necesaria para desarrollar en debida forma las actividades que le han sido subcontratadas. Teniendo en cuenta la inexistencia de una regulación que le permita a los entes contratantes realizar un control de la incorporación de estos actores contractuales en los contratos de obra, se vulnera el principio de selección objetiva de obligatorio acatamiento en la contratación estatal.

Otro aspecto relevante es que siguiendo el criterio de autonomía e independencia del contratista para escoger a sus subcontratistas, pueden participar con esta figura particulares que han sido objeto de declaratorias de incumplimiento y/o caducidades, o también de multas, que evidencian la falta de credibilidad y seriedad en el desarrollo de su ejercicio, o incluso podrían estar

inhabilitados para contratar con la administración, según la normatividad vigente.

Conforme a los argumentos expuestos, la falta de control en la vinculación de los subcontratistas a la ejecución de un contrato de obra, puede ocasionar el desconocimiento del principio de selección objetiva por parte de las entidades contratantes, por cuanto el contratista tiene la potestad de elegir libremente el particular con el que desea subcontratar, sin que esta escogencia esté avalada por la administración.

Así por ejemplo, en un proyecto de infraestructura vial el contratista podría, sin limitación alguna, subcontratar un tramo específico de la obra a una persona natural o jurídica, aun cuando esta no tenga experiencia ejecutando esta clase de actividades, debido a que, como se ha mencionado reiteradamente, las entidades contratantes no tienen las herramientas normativas para ejercer un control efectivo sobre la participación de estos particulares que son vinculados por el contratista adjudicatario del contrato.

La pasividad del legislador frente a este vacío legal, consistente en la falta de reglamentación de la subcontratación en los contratos estatales, sumada a la postura flexible del Consejo de Estado, ha generado que en Colombia los contratistas determinen sin control o restricción alguna, subcontratar parte de los proyectos que se encuentran a su cargo, sin que se verifiquen las condiciones de experiencia, capacidad jurídica, económica y demás exigencias que se deben acreditar para acceder a la ejecución de un contrato del Estado.

Adicionalmente, el principio de selección objetiva también puede verse afectado, en los casos en que el subcontratista escogido por el contratista principal, aun cuando cumpla con requisitos generales como experiencia, capacidad jurídica y técnica, ha sido objeto de declaratorias de incumplimiento o caducidades, e inclusive cuando se le han impuesto multas en la ejecución de contratos estatales anteriores, en tanto que se le imposibilita a las autoridades contratantes la verificación del grado de cumplimiento y seriedad de quienes participan de forma indirecta mediante la subcontratación, en la ejecución del contrato estatal.

En relación con lo planteado por el tratadista Ramírez Grisales (2012), en referencia a la definición de la subcontratación en materia de contratos estatales, posición que fue acogida por el Consejo de Estado, en el sentido

de considerar la relación contractual existente entre contratista y subcontratista como un vínculo totalmente ajeno a la entidad contratante, proscribiéndole cualquier posibilidad de injerencia, consideramos que constituye una perspectiva elaborada con argumentos propios del derecho privado, cuando estamos frente a una relación contractual estatal que se cumple con recursos públicos y que las actividades acometidas por el vinculado indirectamente, están destinadas al beneficio de todo el conglomerado social, es decir, con la finalidad de satisfacer el interés general y bajo la órbita del derecho público que exige un tratamiento diferente.

En estas condiciones, no resulta acorde con la esencia de la máxima de selección objetiva imperante en la contratación estatal, que cualquier persona natural o jurídica pueda participar como subcontratista en la ejecución de un contrato de obra de naturaleza pública, desarrollado con recursos del Estado y destinado al beneficio de toda la sociedad, sin que se verifique al menos su idoneidad para desarrollar las actividades que le son encomendadas por el contratista, así como su diligencia y cumplimiento en relaciones contractuales anteriores con entidades del Estado.

Respecto a la problemática identificada, como propuesta se plantea la necesidad de que se regule legalmente la utilización de este instrumento en los contratos estatales.

Se reitera que, la inexistencia de normas que delimiten su naturaleza y alcance, no solo genera que en la práctica se adolezca de herramientas para su debida aplicación, sino que las autoridades judiciales y los operadores jurídicos, no cuenten con los fundamentos normativos para delimitar su aplicación, garantizando el cumplimiento de los principios de la contratación estatal, en particular el de la selección objetiva. No es válido jurídicamente, que en ejercicio de la función jurisdiccional, se reemplace las labores propias del legislativo y construir por esta vía un concepto de subcontratación que carece absolutamente de definición en nuestro sistema legal y soportado en criterios especializados.

CONCLUSIONES

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 41 de la Ley 80 de 1993, los contratos estatales, en especial los de obra, son por regla general *intuitio personae*, y en virtud de ello su debida aplicación se materializa en el cumpli-

miento del principio de selección objetiva. En tal medida, la administración tiene el deber de verificar la idoneidad y calidades de los particulares con los que se vincula contractualmente, para efectos de garantizar que el suministro del bien o servicio o la ejecución de la obra, se desarrolle con plena observancia del ordenamiento jurídico y de las reglas establecidas para el proceso de selección respectivo.

El principio de selección objetiva aplica a toda la actividad contractual de la administración, no solo debe estar presente en la etapa precontractual cuya materialización acorde con los diversos procesos de selección contemplados en el ordenamiento legal, sino que su presencia también debe darse en la etapa contractual, en la cual el ente contratante tiene la obligación de verificar la adecuada cualificación de las personas naturales o jurídicas que se vinculan por medio del contratista a la ejecución del proyecto, a través de las figuras de la cesión y subcontratación, estando la primera reglamentada en el Código de Comercio, mientras que la segunda adolece de definición y regulación en nuestro ordenamiento jurídico.

La normativa colombiana no contempla una regulación específica para la subcontratación en los contratos estatales, por cuanto el Decreto 1082 de 2015 y la Ley 1669 de 2013, desarrollan aspectos referentes a la obligación del contratista de incluir en las garantías el cubrimiento de los daños ocasionados por sus subcontratistas y la posibilidad de que la entidad contratante solicite a los oferentes indicar quiénes serán sus subcontratistas y la parte del contrato que proyecta asignarle a este, respectivamente. De esta manera, se evidencia que las Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y las normas comerciales y civiles como disposiciones supletorias, carecen de una regulación de esta figura frecuentemente utilizada en las relaciones contractuales de la administración.

El Consejo de Estado ha proferido escasos pronunciamientos sobre la subcontratación en contratos estatales, predominando hasta el momento el criterio que pregona la autonomía e independencia del vínculo contractual existente entre el contratista y su subcontratista, en cuya escogencia no puede inmiscuirse la entidad contratante, proscribiendo de esta forma cualquier posibilidad de control de la administración para verificar las condiciones de los particulares que se vinculan a la ejecución de un contrato de obra bajo la aplicación de esta figura.

Existe ausencia de regulación específica sobre la subcontratación en los contratos estatales, así como la inexistencia de jurisprudencia que permita a las entidades contratantes realizar un control sobre la aplicación de esta figura, lo que ocasiona que específicamente en los contratos de obra por su ejecución sucesiva y en virtud de las calidades especiales que debe acreditar el contratista, se pueda transgredir el principio de selección objetiva, en la medida que el contratista principal cuenta con total autonomía para escoger a sus subcontratistas, sin que la administración pueda verificar al menos si estos cumplen con los requisitos jurídicos, técnicos y de experiencia necesarios para participar en el proyecto al que se vincula o que no han sido objeto de declaratorias de incumplimiento o de caducidad, e inclusive de imposición de multas por incumplimientos contractuales anteriores con alguna entidad pública.

La falta de reglamentación de esta figura en los contratos estatales, puede generar inclusive la elusión absoluta del principio de selección objetiva, en tanto que se podría subcontratar la totalidad de un contrato de obra sin la autorización de la entidad contratante, evento en el cual el ejecutor material del proyecto no se habría sometido al trámite de selección bajo las condiciones objetivas que impone la normatividad vigente, configurándose una clara vulneración a este relevante axioma de la contratación pública en Colombia.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Artículos de revista:

- Blanco López, F. (2011). La subcontratación Administrativa: ejercicio de la acción directa del artículo 1597 del código civil. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 224.
- De la Vallina Velarde, J. (2001). La subcontratación administrativa. *Cuadernos de derecho público*, 246.
- Fernández Farreres, G. (2009). Régimen jurídico de la subcontratación en la nueva ley de contratos del sector público. En J. y Colas Tenas, *Estudios sobre la ley de contratos del sector público*. (p.248). Barcelona: Fundación Democracia y Gobierno Local.
- García-Trevijano García, E. (2009). La cesión del contrato administrativo y otras figuras afines. *Círculo de derecho administrativo*, 53.
- Marín Albarrán, E. (2013). La subcontratación y la contratación pública: algunas consideraciones sobre la evolución normativa reciente y su contexto. *Anuario Aragonés del Gobierno Local*, 481.

Libros:

- Justicia disciplinaria. (2009). Bogotá: Instituto de estudios del Ministerio Público.

- Lafuente Benache, M. (1996). *El regimen disciplinario de los funcionarios públicos del Estado*. Madrid: Tirant Lo Blanch.
- Matallana Camacho, E. (2005). *Manual de contratación de la administración pública*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Nicoliello, N. (1999). *Diccionario del latín jurídico*. Barcelona: Bosh Editor.
- Ramírez Grisales, R. (2012). *La subcontratación*. Bogota: Librería Jurídica Sánchez.
- Santofimio Gamboa, j. o. (2011). *derecho administrativo*. Bogota : Legis.

Normas:

- Constitución Política de Colombia.
- Decreto 1082 de 2015.
- Ley 80 de 1993.
- Ley 1150 de 2007.
- Ley 1474 de 2011.
- Ley 1669 de 2013.
- Sentencias:
- Sentencia, C-400/99 (Corte Constitucional 2 de junio de 1999).
- Sentencia, 21.845 (Consejo de Estado 07 de febrero de 2002).
- Sentencia, 76001-23-31-000-1997-05064-01 (17783) (Consejo de Estado 4 de junio de 2008).
- Sentencia, C-300/12 (Corte Constitucional 25 de abril de 2012).
- Sentencia, 52001-23-31-000-1999-00985-01 (Consejo de Estado 12 de agosto de 2013).
- Sentencia, 25000232600020050021401 (Consejo de Estado 1 de octubre de 2014).
- Sentencia, 73001-23-31-000-1999-03028 (Consejo de Estado 16 de marzo de 2015).

REFERENCIAS CONSULTADAS

- Colectiva, O. (2007). *Lecciones de derecho disciplinario*. Bogotá: Instituto de estudios del Ministerio Público.

Para citar este artículo:

Castro Quiñónez, A. (2018). La subcontratación en el contrato de obra, ¿una figura violatoria del principio de selección objetiva?. *Vis Iuris*, 5(9), 37-68.