

MEMORANDO

OAJ-008-2021

1900 – 202100002718

Medellín, 06 de abril de 2021

PARA: Doctora ALINA MARCELA RESTREPO RODRÍGUEZ
Subcontralora

DE: OFICINA ASESORA DE JURÍDICA

ASUNTO: Respuesta concepto aspectos jurídicos sobre la Figura Jurídica de la Administración Delegada.

La **Contralora General de Medellín**, actuando en virtud de atribuciones constitucionales, legales y administrativas a ella conferidas, en especial las estipuladas en las **leyes 610 de 2000, 1474 de 2011, 1437 de 2011**, y los **Acuerdos municipales 087 y 088 de 2018**; así como la **Resolución 129 de 2019 de la Contraloría General de Medellín**, coadyuvada en esta ocasión por la **Jefe de la Oficina de Jurídica** de la Entidad, funcionaria y dependencia que tienen dentro de sus deberes transversales a todas las dependencias de la entidad de brindar los conceptos y fijar líneas o directrices jurídicas de carácter general aplicables en la misma; procede emitir concepto jurídico relativo a los lineamientos y parámetros que deben tener en cuenta las Contralorías Auxiliares de Auditoría Fiscal (C.A.A.F.) en lo concerniente al contrato de obra, concretamente cuando este se realiza por intermedio de la figura de un administrador delegado, como **criterio auxiliar** de interpretación en la estructuración de los diferentes hallazgos.

Para tal efecto y de manera metodológica, se traerá a colación cada una de las anteriores acepciones, bajo los siguientes tópicos:

I. CONSIDERACIONES GENERALES

Se espera que el presente documento sirva como instrumento de apoyo jurídico para que los equipos auditores de la diferentes Contralorías Auxiliares de Auditoría Fiscal (C.A.A.F) que hacen parte de la Contraloría General de Medellín, puedan determinar si efectivamente en la prosecución de un contrato estatal o en las diferentes etapas de selección de los contratistas, se han desconocido tales aspectos, que a continuación se abordan.

II CONSIDERACIONES JURÍDICAS

(i) Génesis del Contrato de Administración Delegada.

El contrato de mandato constituye el origen del contrato de administración delegada, pues aquel es un contrato nominado, es decir, está regulado en la Ley y tiene un régimen jurídico propio. Esta regulación se encuentra tanto en el Código Civil en sus artículos 2142 y subsiguientes, como en el Código de Comercio en los artículos 1262 y subsiguientes.

Por otra parte, ha de tenerse de presente, que el contrato de obra pública posee cinco modalidades a saber:

Contrato de obra por precio alzado o global fijo, donde el contratista realiza un estimado global del costo total de la obra.

Contrato de obra por precios unitarios, en el que el contratista realiza un detallado análisis de costo por unidad de obra.

Contrato con reembolso de gastos, en el cual el contratista, con cargo a sus propios recursos ejecuta el fin del contrato y posteriormente, la entidad contratante le reembolsa los gastos comprobados y honorarios causados.

Contratos de obra pública por sistema de concesión: en el que el contratista llamado concesionario, ejecuta un proyecto bajo el control de la entidad contratante, a cambio de una remuneración mediante derechos o tarifas cobradas a los usuarios por un tiempo determinado, previamente aprobadas por la autoridad competente.

Contrato de obra por administración delegada, en el cual se establece que la obra se ejecuta por cuenta y riesgo del contratante a través de un constructor

(contratista), quien sólo es el delegado, a cambio de unos honorarios previamente pactados.

Esta aserción que tiene respaldo en lo prescrito jurisprudencialmente por la Alta Corporación Consejo de Estado Consejera ponente: CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ Bogotá D. C., dieciséis (16) de septiembre de dos mil diez (2010) Radicación número: 13001123-31-000-1999-90004-01(16605).

“La referencia conceptual más descriptiva de los contratos de administración delegada es la que contenían los Estatutos de Contratación Pública - Decretos 1518 de 1965 (art. 5), 150 de 1976 y 222 de 1983, este último derogado por el artículo 81 de la Ley 80 de 1993, que presentan dicha forma contractual como modalidad del contrato de obra pública asociada a la forma como se remunera al contratista, en la que la obra es ejecutada por cuenta y riesgo de la entidad contratante, pero a través de un contratista que sólo es delegado o representante de aquélla, a cambio de unos honorarios previamente pactados.

Se creó entonces el concepto dentro del contexto de la actividad edificadora, que en el régimen de la Ley 80 de 1993 pasó a condensarse en los contratos de obra para la realización de cualquier trabajo material sobre bienes inmuebles, advirtiéndose que en los celebrados a través de licitación o concurso público, la interventoría debe contratarse con una persona independiente de la entidad contratante y del contratista, llamado a responder por los hechos u omisiones que le fueren imputables (art. 32, No. 1). Esta concepción legal en materia de contratación estatal, resulta útil a la hora de examinar los contratos celebrados entre particulares bajo la denominación de “Administración Delegada”, dada la inexistencia de normas civiles que los tipifiquen. De acuerdo con ello, entiende la Sala que a través de ese tipo de contratos se adquieren los servicios de alguien capacitado y calificado para que construya, mantenga, instale o realice cualquier trabajo material dirigido a ejecutar la obra materia del contrato, en nombre de quien lo contrata. El contratante es el dueño de la obra, y el administrador delegado sólo se encarga de ejecutarla, asumiendo su buen resultado, como director técnico de la misma, poniendo al servicio del contrato toda su capacidad, y sin los riesgos propios del contratista independiente, como los originados en las fluctuaciones económicas, la inexperiencia o bajo rendimiento del personal contratado, o las fallas de los equipos utilizados”.

En ese mismo sentido, ya venía el Consejo de Estado desde el 5 de septiembre de 2018 en concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil radicado con el Nro.11001-03-06-000-2018-00124-00(2386) Consejero ponente: EDGAR GONZÁLEZ LÓPEZ.

“Tradicionalmente el contrato de obra pública se ha clasificado según la modalidad de pago, en contratos de obra pública a precio unitario, a precio global, por administración delegada y por el sistema de reembolso de gastos. En el derecho colombiano, esta clasificación se encontraba incorporada en el antiguo estatuto contractual consagrado en el Decreto Ley 222 de 1983. El actual estatuto contractual, en su artículo 32, numeral 1º, guarda silencio sobre su clasificación, lo cual permite inferir la posibilidad de mantener la práctica comercial de pactar estos contratos, según la modalidad de pago. Esta clasificación del contrato de obra, y sus diferencias en cuanto a las obligaciones y responsabilidad que asume cada parte, según la modalidad que corresponda, ha tenido importantes desarrollos en la jurisprudencia del Consejo de Estado. (...)

(ii) Regulación legal

Tanto la regulación comercial como la civil del contrato de mandato desarrollan los elementos esenciales, naturales y accesorios del mismo.

El código civil define el contrato del mandato en los siguientes términos:

“Artículo 2142. Definición de mandato El mandato es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera.

La persona que concede el encargo se llama comitente o mandante, y la que lo acepta apoderado, procurador, y en general mandatario”.

A su vez, el régimen comercial define el mandato así:

“Artículo 1262. Definición de mandato comercial El mandato comercial es un contrato por el cual una parte se obliga a celebrar o ejecutar uno o más actos de comercio por cuenta de otra.

El mandato puede conllevar o no la representación del mandante.

Ahora bien, específicamente la norma primigenia que trajo la figura de la administración delegada fue el Decreto 1518 de 1965, que en su art. 5, lo consideró como aquel que se ejecuta por cuenta y riesgo de la entidad contratante y nombra al contratista como un delegado o representante de dicha entidad; quien recibirá un pago a título de honorario.

Posteriormente el Decreto 150 de 1976 que en su artículo 69, le otorgó tratamiento de un sistema de forma de pago en los contratos de obra pública.

Y luego vino el Decreto 222 de 1983, expresando que el contrato es un sistema de forma de pago de contratos públicos, enmarcando su definición y consagrando lineamientos claros respecto a las obligaciones del administrador delegado.

El estatuto de contratación pública, en su artículo 81, deroga la norma enunciada anteriormente presentando las reglas y principios que rigen los contratos en las entidades de forma general, pero no consagra características especiales.

Y la Jurisdicción contenciosa administrativa en providencia del 16 de septiembre de 2010, expediente 16605, decanta lo siguiente:

“...modalidad del contrato de obra pública asociada a la forma como se remunera al contratista, en la que la obra es ejecutada por cuenta y riesgo de la entidad contratante... a través de un contratista que sólo es delegado o representante de aquella, a cambio de unos honorarios previamente pactados... a través de ese tipo de contratos se adquieren los servicios de alguien capacitado y calificado para que construya, mantenga, instale o realice cualquier trabajo material dirigido a ejecutar asumiendo el buen resultado ...”.

(iii) La representación en el contrato de mandato y cómo opera en la Administración Delegada.

El artículo 2177 y 1262 del Código Civil y código de comercio respectivamente prescriben la posibilidad para que el mandatario puede actuar con o sin representación y, en este último caso los negocios que celebra los lleva a cabo a su propio nombre y como consecuencia no genera obligaciones al mandante respecto a terceros.

Sobre el particular, señala el Consejo de Estado la Sección Tercera Consejero ponente: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA el cuatro (4) de diciembre de dos mil ocho (2008) señaló:

*“En relación con el contrato de mandato, se observa que el mismo es definido por el Código Civil, art. 2142, como aquel en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera, y el Código de Comercio se refiere al mismo, en el artículo 1262, manifestando que el mandato comercial es un contrato por el cual una parte se obliga a celebrar o ejecutar uno o más actos de comercio por cuenta de otra. Por su parte, el artículo 1505 del Código Civil, establece que lo que una persona ejecuta a nombre de otra, estando facultada por ella o por la ley para representarla, produce respecto del representado iguales efectos que si hubiese contratado él mismo; y por su parte, el artículo 833 del C.Co., dispone que los negocios jurídicos propuestos o celebrados por el representante en nombre del representado, dentro del límite de sus poderes, producirán directamente efectos en relación con éste, regla que no se aplicará a los negocios propuestos o celebrados por intermediario que carezca de la facultad para representar. Conforme a lo dispuesto por el artículo 2177 del Código Civil, el mandatario puede, en el ejercicio de su cargo, contratar a su propio nombre o al del mandante; pero si contrata a su propio nombre, no obliga respecto de terceros al mandante; se da entonces, el denominado mandato oculto. **Contrario sensu, cuando el mandatario da a conocer su condición de simple intermediario y descubre que en realidad el negocio se hace a nombre del mandante, es éste finalmente, quien asume las obligaciones y compromisos surgidos de aquel y así mismo, quien adquiere los derechos que se deriven para esa parte del negocio jurídico celebrado con el tercero; existe entonces, “...un vínculo directo entre el mandante y el tercero, que permitía el nacimiento de prestaciones del uno en favor del otro y, consecuentemente, la posibilidad de accionar el mandante de manera directa para obtener del tercero la satisfacción de las obligaciones generadas del contrato celebrado entre éste y el mandatario”.**Negrillas propias.*

Y en relación a la representación en el contrato de Administración Delegada el Consejo de Estado se pronunció en decisión judicial el dieciséis (16) de septiembre de dos mil

diez (2010) Radicación número: 13001123-31-000-1999-90004-01(16605) Consejera ponente: CARMEN TERESA ORTÍZ DE RODRÍGUEZ, en los siguientes términos:

*“En términos generales, conforme con la naturaleza misma del contrato, el contratante debe determinar claramente la obra a ejecutar; suministrar al contratista todo lo necesario para el cumplimiento de sus funciones, como fondos económicos, o, si se pactaron, bienes muebles e inmuebles; y remunerar al administrador en la forma y periodos convenidos. A su vez, el contratante toma bajo su responsabilidad la dirección técnica de la obra, según las cláusulas contractuales; maneja los fondos que le entrega el contratante para la ejecución, invirtiéndolos en la forma que indique el contrato y rindiendo cuentas pormenorizadas, detalladas y documentadas sobre su manejo; conservar y devolver en buen estado los bienes que hubiere recibido para la ejecución del contrato, salvo el deterioro natural; escoger y elegir trabajadores necesarios para realizar la obra y pagarles los salarios y prestaciones sociales que correspondan, con los dineros suministrados por el contratante, actuando como intermediario de éste; subcontratar; pagar las indemnizaciones por los daños que la ejecución cause a terceros, por su culpa descuido o negligencia o por la del personal que contrató; y pagar los daños y perjuicios derivados del incumplimiento del contrato. De acuerdo con esta perspectiva, es claro que la administración delegada entre particulares o entre éstos y entidades públicas, entraña la relación contractual propia del mandato, pues, a través de aquél, “una persona confía la gestión de uno más negocios a otra por cuenta y riesgo de la primera”, y, en ejercicio del mismo, el mandatario puede contratar en su propio nombre o en el del mandante, pero si contrata en su propio nombre, no obliga al mandante respecto de terceros (Código Civil, artículos 2142 y 2177). **Siendo ello así, se infiere que el administrador delegado siempre actúa en representación de quien lo contrata, de modo que los actos que realiza y que aparecen a su nombre, como el ser el comprador a quien se expiden facturaciones, se entienden titulados por su representado – mandante, o, contratante de la administración**”.* Negrillas y subrayas nuestras.

(v) Aspectos contables del contrato de mandato

La dinámica contable del contrato de mandato ha sido fijada por la Superintendencia de Sociedades mediante Circular Externa 115-006 de 2009, en los siguientes términos:

“En los contratos de administración delegada, el contratante debe registrar en su contabilidad los derechos, obligaciones, ingresos, costos y gastos en que incurre el administrador delegado en la ejecución del contrato. Para ello el contratista debe suministrar la información completa y oportuna para el efecto, para que la sociedad contratante lleve sus registros, comprobantes y documentos en los términos previstos en el Decreto 2649 de 1993 y demás normas modificatorias y complementarias.

En la ejecución del contrato de administración delegada y conforme a lo previsto en el Plan Único de Cuentas para comerciantes contenido en el Decreto 2650 de 1993, los registros contables se realizan así:

4.3.1 Contratista (administrador delegado)

La descripción de la cuenta 9130 expresa: Registra el valor de las obligaciones, que se derivan en desarrollo de contratos de construcción suscritos bajo la modalidad de administración delegada.

El valor de los bienes, producto del contrato en mención, representados en las construcciones en curso, se registrarán como contrapartida en la respectiva cuenta del grupo 94 - Responsabilidades Contingentes por Contra-.

Los ingresos por honorarios a favor del ente económico por la administración de la respectiva obra, los registrará en la cuenta 4130.

Con base en lo expuesto, la sociedad contratista realizará los siguientes registros:

a) Los recursos recibidos del contratante, así como las erogaciones incurridas en desarrollo de la operación contratada, se registran en la cuenta del Grupo 94 con cargo a la cuenta 9130 – Contratos de Administración Delegada, del Plan Único de Cuentas).

b) Los honorarios por los servicios prestados los registrará en la cuenta del activo según su naturaleza (Efectivo, cuentas por cobrar) contra la cuenta de ingresos 4130 -Construcción.

4.3.2 Contratante

La sociedad contratante deberá llevar en su contabilidad, todas las operaciones realizadas como consecuencia de la ejecución del contrato de administración delegada (bienes, derechos, obligaciones, ingresos, costos y gastos), como si los estuviera realizando en forma directa. Para ello deberá contar con los reportes y entrega de la información por parte del administrador delegado.

4.4 Revelaciones

Además de las revelaciones a que hubiere lugar conforme a las normas legales, quienes suscriban y ejecuten contratos de administración delegada, deberán indicar en notas a los estados financieros sobre cada uno de los contratos vigentes o celebrados durante el periodo objeto de reporte, por lo menos lo siguiente:

Contratista (administrador delegado)

a) Duración del contrato

b) Una descripción de la naturaleza y extensión de sus operaciones conducidas a través del contrato.

c) Nombre o razón social del contratante

d) Ingresos percibidos por honorarios

e) Avance de la obra en términos porcentuales

f) Detalle y cuantía de los principales rubros reconocidos en cuentas de orden

Contratante

a) Duración del contrato

b) Una descripción de la naturaleza y extensión de sus operaciones conducidas a través del contrato.

c) Nombre o razón social del contratista”

Así mismo, el Consejo Técnico de la Contaduría Pública, en Concepto 2017 01 294843 del 25 de mayo de 2017, interpretando el tratamiento contable a la anterior circular así:

“Ahora bien, bajo los parámetros de las Normas Internacionales de Información Financiera (niif), la contabilización del contrato de mandato varía ligeramente. Ha establecido el Consejo Técnico de la Contaduría (Concepto Consejo Técnico de Contaduría 2013-286 de 2014) que, bajo el marco técnico normativo incluido en el Decreto 2784 de 2012, el mandatario debe registrar las operaciones que realice en cumplimiento del contrato, diferenciando las partidas que pueden ser reconocidas como activos y pasivos suyos de las que corresponden a activos y pasivos del mandante.

Así mismo, establece que deberá registrar como un pasivo, mientras no haya cumplido sus obligaciones contractuales, “los dineros recibidos de los clientes para desarrollar las obligaciones del contrato” y como un activo “los dineros que entregue al subcontratista (...) mientras no reciba la contraprestación respectiva (Concepto Consejo Técnico de Contaduría 2013- 286 de 2014)”.

III. CONCLUSIONES DEL DESPACHO

El Despacho de acuerdo al entorno jurídico expuesto en precedencia, y para facilitar la utilización de este instrumento en el quehacer de los servidores que conforman los distintos equipos auditores que integran las C.A.A.F de la Contraloría General de Medellín, se arriba a las siguientes y breves conclusiones orientadoras:

1. En el contrato por administración delegada, una persona se obliga con otra a realizar una obra material determinada, bajo una remuneración sin subordinación y esa retribución se reconoce al contratista por concepto de honorarios de administración (en los que se incluyen costos de personal, oficinas, vehículos, desplazamientos etc.) y la utilidad.

2. En ese orden el contrato se realiza por cuenta y riesgo del contratante, y es por ello que el contratista se ubica en la posición de un representante que no contrae obligaciones a nombre propio sino del contratante y en consecuencia la Entidad Estatal asume todos los riesgos de ejecución del contrato.

3. El equipo auditor deberá auditar los siguientes registros contables los cuales son llevados por la empresa contratista:

- a) Los recursos recibidos del contratante, así como las erogaciones incurridas en desarrollo de la operación contratada,
- b) Los honorarios por los servicios prestados los registrará en la cuenta del activo según su naturaleza (efectivo, cuentas por cobrar)

4. El control fiscal debe comprender evaluación de todos los procesos, los procedimientos contables y financieros que son aplicados en la realización del proceso constructivo de la obra y, en general, de todo el proyecto, para poder ver el buen manejo de los recursos que se dispusieron, así como las inversiones y las formas de pago; para lo cual, es de suma importancia tener en cuenta los siguientes elementos:

- Supervisar que las actividades de la obra sean planificadas con antelación, sabiendo que los presupuestos son conformados por costos fijos y otros que son variables, estos últimos sujetos a las fluctuaciones de los precios del mercado.
- La verificación de la utilización de los dineros en las obras del contrato y los subcontratos, control de las cuentas de los inventarios y demás documentos contables presentados por la empresa constructora a la entidad, obtención en colaboración con el constructor de las mejores propuestas para compra, suministro, montaje de bienes, equipos y servicios.
- La Auditoría al sistema de gestión de calidad, en los procesos de planeación estratégica a efectos de verificar el cumplimiento de los trabajos del contratista y de la matriz de riesgos durante el desarrollo del contrato a partir de la revisión de las actas de: vecindad, ajustes, aprobación de estudios, diseños, comité, costos, modificación de costos, entrega de bienes y/o equipos, entrega y recibo parcial y definitivo de obra, reuniones técnicas y la gestión del inventario.

Atentamente,

Maria t Ms.

MARÍA ISABEL MORALES SÁNCHEZ
Jefe de Oficina Asesora Jurídica

Proyectó: Beatriz C.