CCE-DES-FM-17

**LEY 80 DE 1993 − Contrato interadministrativo − Convenio interadministrativo**

Por otra parte, si bien actualmente el EGCAP hace referencia de manera expresa a los contratos interadministrativos y no a los convenios, no por esto puede concluirse que se trate de figuras totalmente diferentes, pues las entidades del Estado, en el marco de la Ley 80 de 1993, pueden acordar entre sí diferentes tipos de obligaciones, siempre que su objeto de creación les permita cumplirlas, con el objetivo común de materializar los fines del Estado. Por este motivo, cuando la Ley 80 de 1993 se refiere a contratos interadministrativos de la misma forma lo hace frente a los convenios, entre otras razones, porque este cuerpo normativo faculta a las entidades públicas a celebrar los demás acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales. Es conveniente destacar que el Decreto 1082 de 2015 dispone que los convenios o contratos interadministrativos, así denominados en su artículo 2.2.1.2.1.4.4, se contratan directamente, por lo que no hay lugar a dudas que representan lo mismo en la medida en que concurran entidades estatales en el acuerdo de voluntades. De este modo, es posible concluir que en la contratación estatal no existen mayores diferencias entre convenio y contrato y, dando aplicación al derecho privado y a la definición contenida en el Código Civil, puede afirmarse que se trata de figuras equivalentes.

**PODERES O CLÁUSULAS EXORBITANTES – Contratos o convenios interadministrativos – Relación de coordinación – Relación de subordinación**

Los convenios interadministrativos tienen un contenido determinado por la cooperación entre las entidades estatales. Esto se presenta, por ejemplo, en el tipo de convenio regulado por el artículo 95 de la Ley 489 de 1998, el cual se basa en una relación de coordinación, pues las entidades contratantes tienen como objeto «[…] asociarse con el fin de cooperar en el cumplimiento de funciones administrativas […]» . De acuerdo con el Concepto C-585 del 15 de octubre de 2021, la Agencia considera que no es posible ejercer ningún poder exorbitante, en tratándose de los convenios consagrados en el artículo 95 de la Ley 489 de 1998, ya que: […] son una forma de ejercer el control y vigilancia de la ejecución de los contratos estatales, por lo que son un medio para proteger el interés general y la prestación de los servicios públicos. Cuando estos se suscriben con particulares, dichas facultades excepcionales se justifican, porque las partes no se encuentran en un plano de igualdad: el contratista se ubica en una relación de subordinación respecto a la entidad contratante. Por el contrario, tratándose de los convenios de asociación del artículo 95 de la Ley 489 de 1998, estos se basan en un nexo de coordinación, pues las entidades contratantes tienen como objeto «[…] asociarse con el fin de cooperar en el cumplimiento de funciones administrativas […]». Este nexo entre las partes del convenio impide el ejercicio de facultades unilaterales, pues –como explica la doctrina– «Respecto de las relaciones entre personas públicas estatales correspondientes a distintas esferas de competencias constitucionales, es patente y obvio que no existe subordinación ni supremacía de una entidad respecto de otra y que por lo tanto no se da la posibilidad de que se ejerzan prerrogativas de poder público […]» . En este contexto, en los convenios de asociación entre entidades públicas no es posible decretar la caducidad o hacer efectivas las multas o la cláusula penal pecuniaria. Esto en la medida que las facultades unilaterales en la contratación estatal se aplican en aquellos negocios donde existe una relación de subordinación entre las partes, la cual se descarta cuando ambas entidades –dentro de un plano de igualdad– aúnan esfuerzos para un objetivo común […].

Sin perjuicio de la equiparación en la Ley de Garantías, la figura del contrato interadministrativo merece un tratamiento especial para efectos de la imposición unilateral de las sanciones pecuniarias, ya que –a diferencia de los convenios interadministrativos puros– las entidades no tienen como propósito aunar esfuerzos para un objetivo común. En este contexto, «[…] los contratos interadministrativos comportan el pago de una remuneración, dentro del cumplimiento de un fin estatal que para el caso está radicado en la entidad estatal contratante, en tanto que la entidad estatal contratista actúa en su propio interés, bajo el amparo de una relación jurídica de carácter patrimonial que, en definitiva, incide sobre los derechos subjetivos de las partes, a diferencia de los convenios interadministrativos que […] son acuerdos que permite la autonomía de la voluntad celebrados entre entidades estatales para el cumplimiento de fines que les son propios (fines estatales) y que no involucran una relación negocial fundada en un carácter patrimonial ni tampoco una contraposición de intereses».

**CLAUSULAS EXORBITANTES – Artículo 14 Ley 80 de 1993 – Contratos interadministrativos**

El artículo 14 de la Ley 80 de 1993 dispone cuatro (4) grupos de contratos. El primer grupo corresponde a aquellos en los que es *obligatorio* incluir poderes exorbitantes, formado por aquellos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En estas tipologías, conforme a la clasificación del artículo 1501 del Código Civil, los poderes corresponden a cláusulas de naturaleza, es decir, aquellas que –frente al silencio del pliego de condiciones o del contrato– forman parte del negocio en virtud de la ley . Considerando la relación directa de estos contratos con la eficiente prestación de los servicios públicos, los poderes exorbitantes de este grupo son irrenunciables. El segundo grupo está conformado por los contratos en que estas facultades son *potestativas*, lo cual aplica a los contratos de suministro y de prestación de servicios. Si bien todas las entidades deben cumplir con los fines del artículo 3 de la Ley 80 de 1993, en este caso existe una relación indirecta con la prestación de los servicios públicos, por lo que estas cláusulas no son obligatorias. En este grupo, la ley no suple el silencio del pliego de condiciones o del contrato, pues –conforme al artículo 1501 del Código Civil– son elementos accidentales que requieren pacto expreso. El tercer grupo corresponde a los contratos del parágrafo del artículo 14 del Estatuto General donde la ley *prohíbe* pactar estos poderes, so pena de nulidad absoluta por objeto ilícito. Finalmente, el cuarto grupo está conformado por las tipologías que no se encuentran en alguno de los tres (3) grupos anteriormente comentados. Dado que la ley autoriza su ejercicio, no es posible fundamentar estos poderes en la autonomía de la voluntad. Por tanto, se entiende también están prohibidos en este último grupo, tal como lo ha señalado el Consejo de Estado, en los siguientes términos: De un lado […], este tipo de poderes requiere, cuando menos, autorización legal para su inclusión y posterior utilización, debido a la naturaleza que tienen estas prerrogativas -por su carácter extraordinario e inusual, en relación con el derecho común-, y, de otro, […] el legislador es el único que puede disponer competencias para la expedición de actos administrativos en desarrollo de los contratos estatales, actos que, como es sabido, constituyen el mecanismo de ejercicio de las exorbitancias contractuales .

De acuerdo con el parágrafo del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, el régimen de las cláusulas exorbitantes del objeto de la consulta corresponde al tercer grupo, pues dispone que «En los contratos […] interadministrativos […] se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales». Es decir, dentro de esta tipología las entidades carecen de competencia para declarar la caducidad, terminación, interpretación y modificación unilateral. Sin embargo, la norma citada no se refiere expresamente a la imposición unilateral de las multas y la cláusula penal pecuniaria en los contratos interadministrativos.

**IMPOSICIÓN UNILATERAL DE MULTAS Y CLÁUSULA PENAL -– Artículo 17 Ley 1150 de 2007 – Contratos interadministrativos**

Cuando el parágrafo del artículo 14 del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública dispone que «En los contratos […] interadministrativos […] se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales», esta última expresión se refiere a los poderes exorbitantes de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad, así como la cláusula de reversión en los contratos de concesión, de acuerdo a la enumeración del numeral segundo ibidem. Conforme a la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, es necesario tener en cuenta que «[…] la taxatividad de las cláusulas excepcionales agrupadas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 conduce a que su aplicación sea restrictiva y que, en esa virtud, solo se conciban como tales las que allí se enuncian, sin que con ello se pretenda desconocer el carácter de prerrogativas especiales de las demás facultades unilaterales de las que se encuentra investida la Administración por ministerio de la Ley» . De esta manera, dado que la norma citada no restringe la facultad de imponer unilateralmente sanciones pecuniarias en los contratos interadministrativos, la facultad del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 rige en este tipo de negocios, especialmente, cuando la declaración de las multas y la cláusula penal aplica en todos los contratos . En este sentido, la Sala de Consulta y Servicio Civil explica lo siguiente:

[…] teniendo en cuenta la diferencia entre contratos y convenios interadministrativos, es posible concluir que en los contratos interadministrativos resulta procedente ejercer las competencias o potestades unilaterales de la Administración para la imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento, mientras que ello no es admisible en los convenios interadministrativos puros u originales. Se exceptúa el caso de los “convenios interadministrativos” que comporten el pago de un valor económico (precio o remuneración) […], es decir, aquellos cuyo objeto contemple obligaciones de contenido patrimonial, los cuales, aunque se denominen así, se someterán al mismo régimen de los contratos interadministrativos, […] y, por lo tanto, en ellos es jurídicamente viable la aplicación de los supuestos del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

Bogotá, 14 de diciembre de 2021 

Señor

**Miguel Cruz Ramírez**

Bogotá D.C.

**Concepto C – 639 de 2021**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**   | LEY 80 DE 1993 − Contrato interadministrativo − Convenio interadministrativo / PODERES O CLÁUSULAS EXORBITANTES – Contratos o convenios interadministrativos – Relación de coordinación – Relación de subordinación / CLAUSULAS EXORBITANTES – Artículo 14 Ley 80 de 1993 – Contratos interadministrativos / IMPOSICIÓN UNILATERAL DE MULTAS Y CLÁUSULA PENAL -– Artículo 17 Ley 1150 de 2007 – Contratos interadministrativos  |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta P20211102010073 |

Respetado señor Cruz:

En ejercicio de la competencia otorgada por los artículos 11, numeral 8º, y 3º, numeral 5º, del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública − Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 1 de noviembre de 2021.

1. **Problema planteado**

Usted pregunta lo siguiente: i) «¿En los contratos interadministrativos si aplican los supuestos del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y 86 de la Ley 1474 de 2011?»; ii) «¿En los convenios interadministrativos el criterio para determinar si aplican los supuestos del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y 86 de la Ley 1474 de 2011, es que comporte el pago de un valor económico (precio o remuneración)?».

1. **Consideraciones**

La Agencia Nacional de Contratación Pública − Colombia Compra Eficiente se ha pronunciado en diferentes oportunidades sobre la potestad sancionatoria de las entidades estatales como herramienta para la dirección general del negocio y para la vigilancia y control en materia contractual y el trámite para su ejercicio se ha pronunciado en los conceptos C-147 del 17 de marzo de 2020, C-219 del 29 de abril de 2020, C–251 del 27 de mayo de 2020, C–280 del 6 de julio de 2020, C-434 del 29 de julio de 2020, C-516 del 11 de agosto de 2020, C-569 del 31 de agosto de 2020, C-607 del 13 de octubre de 2020, C-641 del 4 de noviembre de 2020, C-025 del 25 de febrero de 2021, C-060 del 8 de marzo de 2021, C-128 del 5 de abril de 2021 y C-194 del 13 de mayo de 2021. De igual manera, se ha pronunciado sobre el régimen de los convenios de asociación regulados en el artículo 95 de la Ley 489 de 1998 en los conceptos C-158 del 3 de abril de 2020, C-579 del 4 de septiembre de 2020, C-168 del 15 de abril de 2021, entre otros. La inaplicabilidad de los poderes exorbitantes en los convenios de asociación se analizó, en concreto, en el Concepto C-585 de 15 de octubre de 2021. Las tesis expuestas en los anteriores conceptos se reiteran a continuación y se complementan en lo pertinente.

**2.1. Los contratos y los convenios interadministrativos**

La tipología del contrato o convenio interadministrativo fue creada en la Ley 80 de 1993, y el Decreto 1082 de 2015 la califica como aquella contratación entre entidades estatales[[1]](#footnote-1). De acuerdo con lo anterior, el contrato o el convenio interadministrativo es el acuerdo donde concurre la voluntad de dos o más personas jurídicas de derecho público con la finalidad de cumplir, en el marco de sus objetivos misionales y sus competencias, con los fines del Estado. Es decir, los contratos o convenios interadministrativos están determinados por un criterio orgánico, pues es necesario que los extremos de la relación contractual sean entidades estatales.

Si bien los contratos o convenios interadministrativos están previstos en la Ley 80 de 1993, en la Ley 1150 de 2007 y en el Decreto en el 1082 de 2015, no quiere decir que solo puedan celebrarse entre entidades estatales que apliquen el régimen de contratación allí previsto, pues bien puede una entidad estatal sometida a la Ley 80 de 1993 celebrar esta clase de convenios con una entidad estatal de régimen especial y no por ello dejará de ser un contrato o convenio interadministrativo.

Un contrato o convenio interadministrativo no está determinado por la modalidad de selección utilizada para celebrarlo. La Ley 1150 de 2007 dispone que pueden celebrarse directamente, siempre que las obligaciones derivadas del mismo tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora, señalado en la ley o en sus reglamentos, a menos que, según las excepciones previstas en dicha ley, deba adelantarse un procedimiento con pluralidad de oferentes[[2]](#footnote-2). Nótese que, en este caso, lo que cambia es la modalidad de selección y no la naturaleza de contrato interadministrativo.

La Corte Constitucional, en Sentencia C–671 de 2015 expresó que «Lo que hace interadministrativo a un contrato o convenio no es el procedimiento de selección aplicable, sino la calidad de los sujetos contratantes, esto es que las dos partes de la relación jurídica contractual formen parte de la administración pública». Así las cosas, esta clase de acuerdos de voluntades se definen por un criterio orgánico, por lo que uno de sus elementos esenciales es que en los extremos de la relación jurídico negocial concurran personas de derecho público. Adicionalmente, el Consejo de Estado ha indicado, frente al convenio interadministrativo y sus características, que:

[…] se puede señalar que los convenios o contratos interadministrativos tienen como características principales las siguientes: (i) constituyen verdaderos contratos en los términos del Código de Comercio cuando su objeto lo constituyen obligaciones patrimoniales; (ii) tienen como fuente la autonomía contractual; (iii) son contratos nominados puesto que están mencionados en la ley; (iv) son contratos atípicos desde la perspectiva legal dado que se advierte la ausencia de unas normas que de manera detallada los disciplinen, los expliquen y los desarrollen, como sí las tienen los contratos típicos, por ejemplo compra venta, arrendamiento, mandato, etc. (v) la normatividad a la cual se encuentran sujetos en principio es la del Estatuto General de Contratación, en atención a que las partes que los celebran son entidades estatales y, por consiguiente, también se obligan a las disposiciones que resulten pertinentes del Código Civil y del Código de Comercio; (vi) dan lugar a la creación de obligaciones jurídicamente exigibles; (vii) persiguen una finalidad común a través de la realización de intereses compartidos entre las entidades vinculadas; (viii) la acción mediante la cual se deben ventilar las diferencias que sobre el particular surjan es la de controversias contractuales[[3]](#footnote-3).

En ese sentido, los convenios interadministrativos se caracterizan por los sujetos que intervienen y por la modalidad de selección que la ley permite aplicar para su celebración, pues comporta un grado de excepcionalidad frente a las demás tipologías contractuales, donde los sujetos no están restringidos a una cualificación particular y aplican otras modalidades de selección. El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública establece la contratación directa como la modalidad de selección aplicable, por regla general, a la celebración de los contratos interadministrativos.

Así las cosas, la ley no limitó la celebración de contratos interadministrativos a la modalidad de selección de contratación directa, pues solo estableció, excepcionalmente, su celebración de manera directa cuando dos o más entidades del Estado, con el fin de materializar funciones administrativas de interés común para ambas partes, celebran un negocio jurídico. No obstante, es posible que se celebren contratos interadministrativos en el marco de un proceso donde sea posible la participación de los interesados en ofertar, es decir, a través de las otras modalidades de selección previstas en la Ley 1150 de 2007 diferentes a la de contratación directa. Como se indicó, la existencia de un contrato interadministrativo no está determinada por la modalidad de selección sino, entre otras cosas, de la calidad de las partes que lo suscriben, es decir, debe tratarse de entidades estatales.

Además, es necesario tener en cuenta que para que un contrato o convenio interadministrativo exista, debe cumplir con los siguientes elementos: acuerdo sobre el objeto y la contraprestación, y que se eleve a escrito. Por otra parte, si bien actualmente el EGCAP hace referencia de manera expresa a los contratos interadministrativos y no a los convenios, no por esto puede concluirse que se trate de figuras totalmente diferentes, pues las entidades del Estado, en el marco de la Ley 80 de 1993, pueden acordar entre sí diferentes tipos de obligaciones, siempre que su objeto de creación les permita cumplirlas, con el objetivo común de materializar los fines del Estado. Por este motivo, cuando la Ley 80 de 1993 se refiere a contratos interadministrativos de la misma forma lo hace frente a los convenios, entre otras razones, porque este cuerpo normativo faculta a las entidades públicas a celebrar los demás acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales.

Es conveniente destacar que el Decreto 1082 de 2015 dispone que los convenios o contratos interadministrativos, así denominados en su artículo 2.2.1.2.1.4.4, se contratan directamente, por lo que no hay lugar a dudas que representan lo mismo en la medida en que concurran entidades estatales en el acuerdo de voluntades. De este modo, es posible concluir que en la contratación estatal no existen mayores diferencias entre convenio y contrato y, dando aplicación al derecho privado y a la definición contenida en el Código Civil, puede afirmarse que se trata de figuras equivalentes.

Por tanto, aunque el artículo 95 de la Ley 489 de 1998 dispone que «Las entidades públicas podrán asociarse con el fin de cooperar en el cumplimiento de funciones administrativas o de prestar conjuntamente servicios que se hallen a su cargo, mediante la celebración de convenios interadministrativos […]», esto no significa que dichos acuerdos estén exceptuados del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública por no tener carácter contractual. Por ello, la jurisprudencia considera que «Estos convenios cuentan con las características propias de los contratos, cuando su objeto lo constituyen obligaciones patrimoniales, y las entidades estatales que los conforman están sujetas tanto a la normativa contractual pública, como a las normas del derecho civil […]»[[4]](#footnote-4).

Sin perjuicio de lo anterior, vale la pena tener en cuenta que cierto sector de la doctrina y la jurisprudencia han establecido algunas diferencias o caracterización de los contratos interadministrativos frente a los convenios interadministrativos de que trata el artículo 95 de la Ley 489 de 1998. Por ejemplo, el Consejo de Estado sentencia del 14 de junio de 2019 expresó:

La Sala de Consulta y Servicio Civil[[5]](#footnote-5) de esta Corporación se ha referido a los *“convenios interadministrativos”* a los cuales alude el artículo 95 de la Ley 489 de 1998, calificándolos de *“puros”* y entendiendo que estos, además de perseguir la finalidad de cooperación antes indicada, no implican intereses contrapuestos ni tampoco se circunscriben a un *“intercambio patrimonial”*. Sin perjuicio de lo anterior, en otra oportunidad, la misma Sala[[6]](#footnote-6) había indicado que, si bien en dichos convenios no se daba un *“verdadero intercambio de bienes o servicios (contrato conmutativo)”*, ello no impedía que se conviniera una remuneración a cargo de alguna(s) entidad(es).

Lo expuesto evidencia que, en general, las interpretaciones en torno a los *“convenios interadministrativos”* previstos en el artículo 95 de la Ley 489 de 1998, en el propósito de encasillarlos dentro de una categoría normativa delimitada en su estructura, elementos y régimen jurídico, han sido dubitativas al vincular o no las obligaciones propias de dichos convenios con las de los contratos estatales sometidos al EGCAP, las cuales tienen por objeto prestaciones patrimoniales[[7]](#footnote-7)[[8]](#footnote-8).

 Debe reiterarse que el legislador y el ordenamiento jurídico, en general, en distintas ocasiones utiliza de forma indistinta los conceptos de contrato o convenio para referirse a la misma institución jurídica[[9]](#footnote-9). Incluso vale la pena tener en cuenta como la Corte Constitucional fundamenta la posibilidad de celebrar convenios interadministrativos de forma directa, con fundamento en la causal establecida en la Ley 1150 de 2007 respecto a los contratos interadministrativos[[10]](#footnote-10).

 En desarrollo de lo anterior, vale la pena destacar que la Circular Externa Única de Colombia Compra Eficiente, pese a reconocer que se han realizado algunas distinciones jurisprudenciales en torno a los contratos y convenios interadministrativos, relacionados con el alcance de las obligaciones que los caracterizan, señala que no existe una definición legal que diferencie los conceptos de convenio o de contrato. En tal sentido, de acuerdo con las consideraciones expuestas en este numeral los asimila para efectos de aplicar las disposiciones que tangencialmente se refieren a uno u otro vocablo, por ejemplo, para la aplicación de la Ley de Garantías. En este sentido, la Circular, refiriéndose al parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, expresa:

Esta restricción es aplicable tanto a los convenios como a los contratos interadministrativos. Toda vez que, al no existir definición legal que diferencie el concepto de convenio del concepto de contrato, la denominación prevista por la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 para tal fin, se entenderán en el mismo sentido. Es así como el Decreto 1082 de 2015 trata indistintamente a los convenios y contratos interadministrativos, al establecer la contratación directa como la modalidad de selección para la contratación entre entidades públicas a través de estas dos figuras jurídicas.

No obstante, por vía jurisprudencial se ha establecido que en los contratos interadministrativos existe una contraprestación directa a favor de la entidad que ha entregado el bien o prestado el servicio a la Entidad contratante, habilitado para ello por su objeto legal como entidad ejecutora, como quiera que las obligaciones asignadas legalmente a aquella entidad pública están directamente relacionadas con el objeto contractual. Por su parte, en los convenios interadministrativos las entidades se asocian con el fin de cooperar en el cumplimiento de funciones administrativas o de prestar conjuntamente servicios que se hallen a su cargo, sin que exista una contraprestación para ninguna de las entidades ni la prestación de un servicio a cargo de alguna de ellas y en favor de la otra parte del convenio.

En el contexto de la Ley de Garantías, las restricciones además de propender por la igualdad de los candidatos están encaminadas a evitar que por medio de la contratación se altere la voluntad popular, lo cual se puede lograr a través de contratos o convenios. En este sentido, la prohibición que establece el parágrafo del artículo 38 de la Ley de Garantías consiste en evitar que los recursos del Estado se ejecuten para lograr apoyos indebidos mediante la suscripción de contratos y/o convenios, que para efectos de la Ley de Garantías tienen la misma connotación y propósito.

 Teniendo en cuenta lo anterior, se reitera la conclusión en el sentido de que lo que define los contratos o convenios interadministrativos es la naturaleza de las partes, de manera que están determinados por un criterio orgánico, en el sentido de que lo serán aquellos celebrados entre entidades estatales. Además, como se indicó en la Circular citada, no existe una definición legal que diferencie los conceptos de contrato y convenio, por lo que se partió de su asimilación para la aplicación de la Ley de Garantías. En tal sentido, las referencias realizadas por el legislador a estos términos deben asimilarse, salvo que de su contenido logre inferirse que se quiere otorgar un contenido en particular. Esto último ocurre en materia de potestades exorbitantes, especialmente, la relacionada con la facultad para imponer unilateralmente las multas y cláusula penal pecuniaria en los contratos interadministrativos conforme al artículo 17 de la Ley 1150 de 2007. El tema se abordará a continuación.

**2.2. Inaplicabilidad de los poderes exorbitantes del artículo 14 de la Ley 80 de 1993 a los convenios y contratos interadministrativos: situación de las multas y la cláusula penal pecuniaria**

Los *convenios interadministrativos* tienen un contenido determinado por la cooperación entre las entidades estatales. Esto se presenta, por ejemplo, en el tipo de convenio regulado por el artículo 95 de la Ley 489 de 1998, el cual se basa en una relación de *coordinación*, pues las entidades contratantes tienen como objeto «[…] asociarse con el fin de cooperar en el cumplimiento de funciones administrativas […]»[[11]](#footnote-11). De acuerdo con el Concepto C-585 del 15 de octubre de 2021, la Agencia considera que no es posible ejercer ningún poder exorbitante, en tratándose de los convenios consagrados en el artículo 95 de la Ley 489 de 1998, ya que:

[…] son una forma de ejercer el control y vigilancia de la ejecución de los contratos estatales, por lo que son un medio para proteger el interés general y la prestación de los servicios públicos. Cuando estos se suscriben con particulares, dichas facultades excepcionales se justifican, porque las partes no se encuentran en un plano de igualdad: el contratista se ubica en una relación de *subordinación* respecto a la entidad contratante[[12]](#footnote-12). Por el contrario, tratándose de los convenios de asociación del artículo 95 de la Ley 489 de 1998, estos se basan en un nexo de *coordinación*, pues las entidades contratantes tienen como objeto «[…] asociarse con el fin de cooperar en el cumplimiento de funciones administrativas […]». Este nexo entre las partes del convenio impide el ejercicio de facultades unilaterales, pues –como explica la doctrina– «Respecto de las relaciones entre personas públicas estatales correspondientes a distintas esferas de competencias constitucionales, es patente y obvio que no existe subordinación ni supremacía de una entidad respecto de otra y que por lo tanto no se da la posibilidad de que se ejerzan prerrogativas de poder público […]»[[13]](#footnote-13).

En este contexto, en los convenios de asociación entre entidades públicas no es posible decretar la caducidad o hacer efectivas las multas o la cláusula penal pecuniaria. Esto en la medida que las facultades unilaterales en la contratación estatal se aplican en aquellos negocios donde existe una relación de subordinación entre las partes, la cual se descarta cuando ambas entidades –dentro de un plano de igualdad– aúnan esfuerzos para un objetivo común […].

 Sin perjuicio de la equiparación en la Ley de Garantías, la figura del *contrato interadministrativo* merece un tratamiento especial para efectos de la imposición unilateral de las sanciones pecuniarias, ya que –a diferencia de los *convenios interadministrativos puros*– las entidades no tienen como propósito aunar esfuerzos para un objetivo común. En este contexto, «[…] los **contratos interadministrativos** comportan el pago de una remuneración, dentro del cumplimiento de un fin estatal que para el caso está radicado en la entidad estatal contratante, en tanto que la entidad estatal contratista actúa en su propio interés, bajo el amparo de una relación jurídica de carácter patrimonial que, en definitiva, incide sobre los derechos subjetivos de las partes, a diferencia de los **convenios interadministrativos** que […] son *acuerdos que permite la autonomía de la voluntad* celebrados entre entidades estatales para el cumplimiento de fines que les son propios (fines estatales) y que no involucran una relación negocial fundada en un carácter patrimonial ni tampoco una contraposición de intereses» (Énfasis dentro del texto)[[14]](#footnote-14).

 El interés económico del negocio y la contraposición de intereses son aspectos en común que los contratos interadministrativos tienen con la mayoría de los negocios que las entidades suscriben con los particulares. Estos involucran un contenido patrimonial, lo que –en el marco de una relación conmutativa– implica el pago de un precio por la prestación de un servicio, el suministro de un bien o la realización de una obra a favor de una entidad por la otra[[15]](#footnote-15). Por tanto, la utilización de las cláusulas exorbitantes estaría justificada porque se convierte en un instrumento para salvaguardar el interés público involucrado en el cumplimiento de las prestaciones del contrato. Dentro de esta filosofía, el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 dispone que:

Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:

[…]

2°. Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión.

Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios.

En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aún cuando no se consignen expresamente.

PARAGRAFO. En los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos; en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2°. de este artículo, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguro tomados por las entidades estatales, se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales.

A estas cláusulas también se les denomina como «exorbitantes». Etimológicamente, esta palabra viene del latín: se compone del prefijo *ex*, que indica separación o movimiento de salida, y la raíz de la palabra *orbita*, relacionado con el curso de los astros, un derivado de la palabra *orbis*, que significa circunferencia. En esta medida, lo exorbitante es lo que se sale excesivamente de su ritmo o medida habitual[[16]](#footnote-16). Para la doctrina, estas cláusulas son exorbitantes bien porque son poco habituales en los contratos entre particulares o porque, pactadas en los mismos, están viciadas de nulidad[[17]](#footnote-17). Por ser poco habituales, cláusulas como las de supervisión e interventoría tendrían esta naturaleza, las cuales –pese a la definición– pueden pactarse en los contratos entre particulares, pues no están expresamente prohibidas.

En contraste, las cláusulas de caducidad, interpretación unilateral, imposición unilateral de las multas, etc. están prohibidas en contratos sometidos al derecho privado, pues no derogan las leyes de orden público –art. 16 del Código Civil–, existe objeto ilícito en todo lo que contraviene el derecho público de la nación –art. 1519 del Código Civil– y, por tanto, están viciadas de nulidad absoluta –art. 1741 del Código Civil–. En este sentido, las cláusulas exorbitantes se reservan a los contratos autorizados por la ley, pues son poderes derogatorios del derecho común y requieren una norma excepcional como la citada *ut supra*.

Como explica la jurisprudencia, el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 dispone cuatro (4) grupos de contratos[[18]](#footnote-18). El *primer grupo* corresponde a aquellos en los que es obligatorio incluir poderes exorbitantes, formado por aquellos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En estas tipologías, conforme a la clasificación del artículo 1501 del Código Civil, los poderes corresponden a cláusulas de naturaleza, es decir, aquellas que –frente al silencio del pliego de condiciones o del contrato– forman parte del negocio en virtud de la ley[[19]](#footnote-19). Considerando la relación directa de estos contratos con la eficiente prestación de los servicios públicos, los poderes exorbitantes de este grupo son irrenunciables.

El *segundo grupo* está conformado por los contratos en que estas facultades son potestativas, lo cual aplica a los contratos de suministro y de prestación de servicios. Si bien todas las entidades deben cumplir con los fines del artículo 3 de la Ley 80 de 1993, en este caso existe una relación indirecta con la prestación de los servicios públicos, por lo que estas cláusulas no son obligatorias. En este grupo, la ley no suple el silencio del pliego de condiciones o del contrato, pues –conforme al artículo 1501 del Código Civil– son elementos accidentales que requieren pacto expreso.

El *tercer grupo* corresponde a los contratos del parágrafo del artículo 14 del Estatuto General donde la ley prohíbe pactar estos poderes, so pena de nulidad absoluta por objeto ilícito. Finalmente, el *cuarto grupo* está conformado por las tipologías que no se encuentran en alguno de los tres (3) grupos anteriormente comentados. Dado que la ley autoriza su ejercicio, no es posible fundamentar estos poderes en la autonomía de la voluntad. Por tanto, se entiende también están prohibidos en este último grupo, tal como lo ha señalado el Consejo de Estado, en los siguientes términos:

De un lado […], este tipo de poderes requiere, cuando menos, autorización legal para su inclusión y posterior utilización, debido a la naturaleza que tienen estas prerrogativas -por su carácter extraordinario e inusual, en relación con el derecho común-, y, de otro, […] el legislador es el único que puede disponer competencias para la expedición de actos administrativos en desarrollo de los contratos estatales, actos que, como es sabido, constituyen el mecanismo de ejercicio de las exorbitancias contractuales[[20]](#footnote-20).

De acuerdo con el parágrafo del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, el régimen de las cláusulas exorbitantes del objeto de la consulta corresponde al *tercer grupo*, pues dispone que «En los contratos […] interadministrativos […] se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales». Es decir, dentro de esta tipología las entidades carecen de competencia para declarar la caducidad, terminación, interpretación y modificación unilateral. Sin embargo, la norma citada no se refiere expresamente a la imposición unilateral de las multas y la cláusula penal pecuniaria en los contratos interadministrativos. En este contexto, ¿es posible aplicar el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 en este tipo de contratos? Existen por lo menos tres (3) maneras de abordar la cuestión:

***i)*** La *primera* consiste en sostener que la imposición unilateral de las sanciones pecuniarias no corresponde a un poder exorbitante, pues interpretarlo de esta manera el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 no se encontraría en oposición al ejercicio de la facultad prevista en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007. Así, de acuerdo con el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en los contratos interadministrativos sería posible imponer unilateralmente las multas y la cláusula penal pecuniaria, ya que «[…] el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 consagró expresamente y en forma taxativa, como cláusulas excepcionales al derecho común, la terminación, la interpretación y la modificación unilaterales; el sometimiento a las leyes nacionales y la caducidad […]»[[21]](#footnote-21).

Es cierto que la posibilidad de pactar las multas y cláusula penal están permitidas en el derecho privado[[22]](#footnote-22). No obstante, es necesario diferenciar: una cosa es que puedan pactarse las sanciones pecuniarias producto del incumplimiento contractual y otra distinta que el contratante pueda hacerlas efectivas por sí misma. El segundo aspecto es una manifestación del poder de autotutela que tienen las autoridades, lo que les permite cuantificar el monto de estas y cobrarlas directamente, sin necesidad de acudir a la administración de justicia[[23]](#footnote-23). De esta manera, si bien las sanciones pecuniarias no son exorbitantes en la posibilidad del pactarlas, tienen la connotación de poder excepcional cuando la ley faculta a las entidades estatales para imponerlas cuando está pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. Por ello, la jurisprudencia del Consejo de Estado explica que:

La naturaleza de algo exorbitante, no se puede determinar de manera independiente y aislada. Lo exorbitante lo es, en relación con algo “normal”, debe encontrar un punto de referencia. En el caso que se estudia, la exorbitancia debe predicarse entonces, no de una consideración subjetiva, sino de la confrontación de las capacidades de un cocontratante (administración pública) de un contrato estatal, de las que tendría otro en el contexto del derecho común.

[…]

Es la condición entonces de la entidad estatal en relación con el contrato, entendido como instrumento para el cumplimiento de la función administrativa que le es propia, lo que justificaría la existencia de una prerrogativa pública consistente en la imposición unilateral de una multa, al contratista. Esta prerrogativa, sin embargo, según se anotó, debería estar contemplada en la ley, y en caso de ser así, con su ejercicio se verificaría una evidente exorbitancia administrativa[[24]](#footnote-24).

***ii)*** La idea de la cita precedente abre una *segunda* perspectiva para abordar el tema, dentro la cual podría considerarse que si la imposición unilateral de las multas y la cláusula penal es una potestad exorbitante, estaría prohibida en los contratos interadministrativos de acuerdo con el parágrafo del artículo 14 de la Ley 80 de 1993. De esta manera, «[…] Hoy con la Ley 1150 de 2007 si se encuentran prevista la competencia de la Administración para imponer multas al contratista, de manera unilateral, pero no en los contratos interadministrativos […]»[[25]](#footnote-25).

Pese a que en esta postura se estima adecuada la a naturaleza jurídica de la imposición unilateral de las sanciones pecuniarias, no tiene en cuenta que cuando el artículo 14 del Estatuto General de la Contratación Pública se refiere a la prohibición de las cláusulas exorbitantes en los contratos interadministrativos se refiere específicamente a las contenidas en el numeral 2 –terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad, así como la cláusula de reversión en los contratos de concesión–. Es decir, no se refiere explícitamente a la imposición unilateral de las multas y la cláusula penal pecuniaria, la cual está prevista en una norma diferente cuya aplicación es transversal al régimen contractual de las entidades sometidas.

Tres (3) argumentos sustentan esta interpretación. *Por un lado*, la citada distinción entre los cuatro (4) grupos de contratos para efectos de los poderes exorbitantes se refiere únicamente a las facultades previstas en el artículo 14 del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, dentro del cual no se encuentra la del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007. *Por otra parte*, la facultad de imponer sanciones pecuniarias unilateralmente es un elemento de la naturaleza, el cual –a diferencia de los poderes anteriormente citados– es independiente de la tipología o el objeto negocial y, por tanto, está sobreentendida en cualquier contrato de las entidades sometidas. *Finalmente*, es necesario entender en forma estricta el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, armonizando el numeral 2 con el parágrafo. Lo anterior, conforme a la directriz hermenéutica del artículo 31 del Código Civil, según la cual «Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación […]».

***iii)*** En este contexto, una *tercera* perspectiva para abordar el tema –y que, en ausencia de una sentencia de unificación sobre la materia, la Agencia estima adecuada– consiste en entender que cuando el parágrafo del artículo 14 del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública dispone que «En los contratos […] interadministrativos […] se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales», esta última expresión se refiere a los poderes exorbitantes de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad, así como la cláusula de reversión en los contratos de concesión, de acuerdo a la enumeración del numeral segundo *ibidem*.

Conforme a la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, es necesario tener en cuenta que «[…] la taxatividad de las cláusulas excepcionales agrupadas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 conduce a que su aplicación sea restrictiva y que, en esa virtud, solo se conciban como tales las que allí se enuncian, sin que con ello se pretenda desconocer el carácter de prerrogativas especiales de las demás facultades unilaterales de las que se encuentra investida la Administración por ministerio de la Ley»[[26]](#footnote-26). De esta manera, dado que la norma citada no restringe la facultad de imponer unilateralmente sanciones pecuniarias en los contratos interadministrativos, la facultad del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 rige en este tipo de negocios, especialmente, cuando la declaración de las multas y la cláusula penal aplica en todos los contratos[[27]](#footnote-27). En este sentido, la Sala de Consulta y Servicio Civil explica lo siguiente:

[…] teniendo en cuenta la diferencia entre contratos y convenios interadministrativos, es posible concluir que en los contratos interadministrativos resulta procedente ejercer las competencias o potestades unilaterales de la Administración para la imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento, mientras que ello no es admisible en los convenios interadministrativos puros u originales. Se exceptúa el caso de los “convenios interadministrativos” que comporten el pago de un valor económico (precio o remuneración) […], es decir, aquellos cuyo objeto contemple obligaciones de contenido patrimonial, los cuales, aunque se denominen así, se someterán al mismo régimen de los contratos interadministrativos, […] y, por lo tanto, en ellos es jurídicamente viable la aplicación de los supuestos del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

Como se analizó, la exclusión de los poderes exorbitantes en los convenios interadministrativos estriba en el hecho de que los sujetos públicos partes de los mismos y sus intereses, se encuentran en pie de igualdad; por el contrario, si existe desigualdad entre los fines e intereses de las dos entidades estatales, es claro que no deberá prescindirse de los privilegios unilaterales y es menester, por tanto, su aplicación por parte de la Administración contratante[[28]](#footnote-28).

En síntesis, sin perjuicio de la equiparación entre contratos y convenios para efectos de la Ley de Garantías, la distinción entre ambas figuras es jurídicamente relevante respecto al ejercicio de la potestad sancionatoria del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007. En los *convenios interadministrativos* del artículo 95 de la Ley 489 de 1998 –conforme al citado Concepto C-585 del 15 de octubre de 2021– no es posible imponer unilateralmente las multas y la cláusula penal pecuniaria. Por el contrario, esto es posible en los *contratos interadministrativos*, ya que dicha facultad no está dentro de la enumeración del artículo 14 de la Ley 80 de 1993 y la competencia del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 aplica en todo contrato, con independencia de la tipología o el objeto pactado. De esta manera, cuando el negocio se rige por lo dispuesto en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, si la entidad contratante está habilitada para ejercer dicha potestad de autotutela respecto a la imposición de las sanciones pecuniarias derivadas del incumplimiento contractual, el procedimiento se rige por el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

Finalmente, es necesario tener en cuenta que esta postura no es contraria a la equiparación que realiza la Circular Externa Única entre contratos y convenios para efectos del artículo 38 de Ley 996 de 2005. Lo anterior, teniendo en cuenta que «[…] las restricciones además de propender por la igualdad de los candidatos están encaminadas a evitar que por medio de la contratación se altere la voluntad popular, lo cual se puede lograr a través de contratos o convenios. En este sentido, la prohibición que establece el parágrafo del artículo 38 de la Ley de Garantías consiste en evitar que los recursos del Estado se ejecuten para lograr apoyos indebidos mediante la suscripción de contratos y/o convenios, que para efectos de la Ley de Garantías tienen la misma connotación y propósito».

En contraste, el tema objeto de consulta es distinto, pues en los *contratos interadministrativos* la relación jurídica que surge es similar a la de un particular que ejecuta una obra, suministra un bien o presta un servicio al Estado[[29]](#footnote-29). Bajo esta circunstancia, a diferencia de los *convenios interadministrativos puros* en los que existe una relación de coordinación, se habilita la facultad de imponer unilateralmente las multas y la cláusula penal pecuniaria. Lo anterior teniendo en cuenta que se trata de negocios jurídicos donde existe interés económico y contraposición de intereses. En este contexto es aplicable el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, pues la norma dispone expresamente que la potestad de autotutela prevista en la norma desarrolla el «[…] deber de control y vigilancia sobre los *contratos* que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública».

**3. Respuesta**

i) «¿En los contratos interadministrativos si aplican los supuestos del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y 86 de la Ley 1474 de 2011?».

Sin perjuicio de la equiparación entre contratos y convenios para efectos de la Ley de Garantías, la distinción entre ambas figuras es jurídicamente relevante respecto al ejercicio de la potestad sancionatoria del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007. En los convenios interadministrativos del artículo 95 de la Ley 489 de 1998 –conforme a la explicación del Concepto C-585 del 15 de octubre de 2021– no es posible imponer unilateralmente las multas y la cláusula penal pecuniaria.

Por el contrario, esto es posible en los contratos interadministrativos, pues dicha facultad no está dentro de la enumeración del artículo 14 de la Ley 80 de 1993 y la competencia del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 aplica en todo contrato, con independencia de la tipología o el objeto pactado. De esta manera, cuando el negocio se rige por lo dispuesto en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, si la entidad contratante está habilitada para ejercer dicha potestad de autotutela respecto a la imposición de las sanciones pecuniarias derivadas del incumplimiento contractual, el procedimiento se rige por el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

ii) «¿En los convenios interadministrativos el criterio para determinar si aplican los supuestos del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y 86 de la Ley 1474 de 2011, es que comporte el pago de un valor económico (precio o remuneración)?».

Sin perjuicio de la equiparación en la Ley de Garantías, la figura del *contrato interadministrativo* merece un tratamiento especial para estos efectos, ya que –a diferencia de los *convenios interadministrativos puros*– las entidades no tienen como propósito aunar esfuerzos para un objetivo común. Por ello, como explica la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, cuando los «convenios interadministrativos» comporten el pago de un valor económico a título de precio o remuneración, es decir, aquellos cuyo objeto contemple obligaciones de contenido patrimonial, se someten al mismo régimen de los contratos interadministrativos. Por lo tanto, en ellos es jurídicamente viable la aplicación del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

 De esta manera, el interés económico del negocio y la contraposición de intereses son aspectos que los contratos interadministrativos tienen en común con la mayoría de los negocios que las entidades suscriben con los particulares. Estos involucran un contenido patrimonial, lo que –en el marco de una relación conmutativa– implica el pago de un precio por la prestación de un servicio, el suministro de un bien o la realización de una obra. Por tanto, guardan relación con el ejercicio de los poderes exorbitantes, ya que son una forma de ejercer el control y vigilancia sobre su ejecución. Al ser un medio para proteger el interés general y la prestación de los servicios públicos, dichas facultades excepcionales se justifican en tratándose de los contratos interadministrativos que implican la ejecución de prestaciones de contenido patrimonial.

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Felipe Bastidas ParedesContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Juan David Montoya Penagos Gestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado NavarroSubdirector de Gestión Contractual ANCP – CCE |

1. Decreto 1082 de 2015: «Artículo 2.2.1.2.1.4.4. Convenios o contratos interadministrativos. La modalidad de selección para la contratación entre Entidades Estatales es la contratación directa; y en consecuencia, le es aplicable lo establecido en el artículo 2.2.1.2.1.4.1 del presente decreto.

»Cuando la totalidad del presupuesto de una Entidad Estatal hace parte del presupuesto de otra con ocasión de un convenio o contrato interadministrativo, el monto del presupuesto de la primera deberá deducirse del presupuesto de la segunda para determinar la capacidad contractual de las Entidades Estatales». [↑](#footnote-ref-1)
2. Ley 1150 de 2007: «Artículo 2, numeral 4, literal c. […] Se exceptúan los contratos de obra, suministro, prestación de servicios de evaluación de conformidad respecto de las normas o reglamentos técnicos, encargos fiduciarios y fiducia pública cuando las instituciones de educación superior públicas o las Sociedades de Economía Mixta con participación mayoritaria del Estado, o las personas jurídicas sin ánimo de lucro conformadas por la asociación de entidades públicas, o las federaciones de entidades territoriales sean las ejecutoras. Estos contratos podrán ser ejecutados por las mismas, siempre que participen en procesos de licitación pública o contratación abreviada de acuerdo con lo dispuesto por los numerales 1 y 2 del presente artículo». [↑](#footnote-ref-2)
3. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 23 de junio de 2010. Radicación No. 66001-23-31-000-1998-00261-01(17.860). Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez. [↑](#footnote-ref-3)
4. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 11 de diciembre de 2019. Exp. 46.986. C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas. [↑](#footnote-ref-4)
5. [Referencia propia de la cita] «CE. SCSC. Concepto de 1 de noviembre de 2016 [Rad. 11001-03-06-000-2016-00125-00(2305)]. MP. Germán Alberto Bula Escobar». [↑](#footnote-ref-5)
6. [Referencia propia de la cita] «CE. SCSC. Concepto de 30 de abril de 2008 [Rad. 11001-03-06-000-2008-00013-00(1881)]. MP. Enrique José Arboleda Perdomo. En esta oportunidad, la Sala indicó que el contenido *“obligacional”* de los convenios se estructura definiendo el resultado querido por las partes y los medios que cada entidad despliega para la obtención del respectivo objeto». [↑](#footnote-ref-6)
7. [Referencia propia de la cita] «La normativa vigente del EGCAP *[literal c) del numeral 4. del artículo 2 de la Ley 1150/07]* se refiere a *“contratos interadministrativos”* en los que sí existe dicha contraposición de intereses, lo cual obedece a que las relaciones obligatorias que estos plantean, a diferencia de los regulados por el artículo 95 de la Ley 489/98, carecen de la finalidad asociativa, en la medida en que persiguen preponderantemente la satisfacción de necesidades contractuales de las entidades estatales, sin perjuicio de los fines que motivan la contratación en los términos del artículo 3 de la Ley 80/93». [↑](#footnote-ref-7)
8. En línea con lo anterior, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado expresó lo siguiente: «La noción convenio interadministrativo es diferente a la de contrato interadministrativo. Los contratos interadministrativos se distinguen de los convenios interadministrativos en que en los primeros existe entre las entidades estatales partes intereses opuestos y se persigue una contraprestación o precio por la adquisición de bienes o la prestación de servicios o la realización de una obra, mientras que en los segundos las entidades partes se encuentran en pie de igualdad, tienen intereses comunes para lograr una finalidad estatal impuesta por la Constitución o la ley a las mismas, sin que tengan un interés puramente económico (es decir, destinados a obtener una ganancia)». (Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 26 de julio de 2016. Exp. 2.257. M.P. Álvaro Namén Vargas). [↑](#footnote-ref-8)
9. Es lo que sucede, por ejemplo, con el Decreto 092 de 2017, que en su desarrollo hace referencia tanto a los «contratos» como a los «convenios». [↑](#footnote-ref-9)
10. A pesar de que la norma se refiere únicamente a los contratos interadministrativos, esto no implica que la excepción a la licitación pública sólo se aplique a éstos y no a los convenios interadministrativos, puesto que ello conduciría a una interpretación irrazonable según la cual esta modalidad contractual, cuyo objeto y finalidad sólo interesa a la administración, deba ser celebrado siguiendo el procedimiento de selección objetiva y en la cual únicamente será proponente aquélla. En tal sentido, la causal de contratación directa es aplicable a los convenios y a los contratos interadministrativos». (Corte Constitucional. Sentencia C-671 de 2015. M.P. Alberto Rojas Ríos). [↑](#footnote-ref-10)
11. Al respecto, la doctrina considera que «[…] el objeto de los convenios de la administración implica siempre la conjunción de voluntades en torno a intereses mutuos o compartidos por ambos contratantes. Se trata de lograr la realización de objetivos o fines que son comunes a todas las partes que celebran el negocio jurídico. Lo anterior significa excluir de esta clase de acuerdos los compromisos que implican una contradicción de intereses, en los cuales las partes buscan satisfacer objetivos que no les son comunes» (Cfr. CHAVÉZ MARÍN, Augusto Ramón. Los convenios de la Administración: entre la gestión pública y la actividad contractual. Cuarta Edición. Bogotá: Temis, 2020. p. 78). [↑](#footnote-ref-11)
12. Al respecto, la doctrina considera que «Los principios de la autonomía de la voluntad e igualdad jurídica de las partes, quedan subordinados en el contrato de la Administración. Es el interés público el que prevalece sobre los intereses privados o de los particulares. En consecuencia, la Administración aparece investida de una posición de superioridad jurídica y de prerrogativas en cuanto a la interpretación, modificación y resolución del contrato en virtud de las “cláusulas exorbitantes al derecho común” que éste contine. En suma, esas prerrogativas de la Administración se manifiestan en la desigualdad jurídica de los contratantes y en las cláusulas exorbitantes al derecho común» (DROMI, José Roberto. La licitación pública. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1980. p. 50). [↑](#footnote-ref-12)
13. CASSAGNE, Juan Carlos. El acto administrativo. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1981. p. 118. [↑](#footnote-ref-13)
14. CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 26 de julio de 2016. Exp. 2257. C.P. Álvaro Namén Vargas. [↑](#footnote-ref-14)
15. El artículo 1498 del Código Civil dispone que «El contrato oneroso es conmutativo, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez […]». [↑](#footnote-ref-15)
16. Cfr. <http://etimologias.dechile.net/?exorbitante>. Consultado el 11 de diciembre de 2020. [↑](#footnote-ref-16)
17. En efecto, «Se llaman así porque son evidentemente diferentes del derecho común. No se concebirían en los contratos civiles porque quedaría roto el principio de igualdad entre las partes y el de libertad contractual. Estas cláusulas exorbitantes del derecho común sobrepasan el ámbito de este derecho, ya sea porque son inusuales o porque incluidas en los contratos de derecho privado resultarían ilícitas por exceder el ámbito de la libertad contractual. Vale decir, en consecuencia, que las cláusulas exorbitantes pueden ser inusuales o ilícitas y en este caso por afectar el orden público» (DÍEZ, Manuel María. Manual de derecho administrativo. Tomo I. Décima Edición. Buenos Aires: Editorial Plus Ultra. p. 293. En el mismo sentido, RIVERÓ, Jean. Derecho Administrativo. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1984. pp. 128-129. VEDEL, George. Derecho administrativo. Madrid: Editorial Aguilar, 1980. p. 191). [↑](#footnote-ref-17)
18. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 30 de noviembre de 2006. Exp. 30.832. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Idea reiterada en la Subsección A. Sentencia del 16 de agosto de 2012. Exp. 22.822. C.P. Mauricio Fajardo Gómez; Subsección A. Sentencia del 12 de noviembre de 2014. Exp. 30.251. C.P. Hernán Andrade Rincón; Subsección C. Sentencia del 13 de mayo de 2015. Exp. 32.492. C.P. Olga Mélida Valle de De La Hoz (E), entre otras. [↑](#footnote-ref-18)
19. El artículo 1501 del Código Civil prescribe lo siguiente: «Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente; *son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial*; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales» (Énfasis fuera de texto). [↑](#footnote-ref-19)
20. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 30 de noviembre de 2006. Exp. 30.832. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. [↑](#footnote-ref-20)
21. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 12 de agosto de 2019. Exp. 33.555. C.P. María Adriana Marín. [↑](#footnote-ref-21)
22. Es necesario tener en cuenta que el pacto de las multas y la cláusula penal están reguladas en el derecho privado, y consiste en una forma de liquidar anticipadamente los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones. Por ello, el artículo 1592 del Código Civil dispone que «La cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal». Así, el artículo 1594 *ibidem* diferencia entre la cláusula penal compensatoria y moratoria, correspondiendo la primera con la estimación de los perjuicios compensatorios y la segunda con los moratorios, las cuales se causan frente al incumplimiento del convenio o la mora en la satisfacción de las obligaciones derivadas del mismo, respectivamente. [↑](#footnote-ref-22)
23. A esto último se refiere el inciso 2 del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 cuando dispone que «En desarrollo […] del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones […] Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato». Específicamente, el parágrafo primero prescribe lo siguiente: «*La cláusula penal y las multas así impuestas, se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva*» (Énfasis fuera de texto). [↑](#footnote-ref-23)
24. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 30 de julio de 2008. Exp. 21.574. C.P. Enrique Gil Botero. [↑](#footnote-ref-24)
25. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 23 de septiembre de 2009. Exp. 24.639. C.P. Myriam Guerrero de Escobar. [↑](#footnote-ref-25)
26. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 25 de octubre de 2019. Exp. 60.304. C.P. Marta Nubia Velásquez Rico. [↑](#footnote-ref-26)
27. Al respecto, la doctrina explica que «Otra clasificación que se puede intentar […] es la que dividiría los poderes según si aplican todos los contratos estatales regidos por la Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, o si solo se pueden usar en alguno de ellos. Así las cosas pertenecieran a la primera categoría, lo que implica su efectividad en cualquier contrato estatal que resulte de la aplicación del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, los poderes de multas, cláusula penal pecuniaria y terminación unilateral del contrato de los artículos 44 y 45 de la Ley 80 de 1993, por oposición a la interpretación unilateral del contrato (art. 15), la modificación unilateral de contrato (art. 16), la terminación unilateral del contrato (art. 17), la caducidad del contrato (art. 18) y la reversión (art. 19), que solo son procedentes en los contratos que resultan de la aplicación del artículo 14 de la Ley 80 de 1993» (DAVILA VINUEZA, Luis Guillermo Régimen jurídico de la contratación estatal: aproximación crítica a Ley 80 de 1993. 3ª ed. Bogotá: Legis, 2016. pp. 617-618).

 [↑](#footnote-ref-27)
28. CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 26 de julio de 2016. Exp. 2257. C.P. Álvaro Namén Vargas. [↑](#footnote-ref-28)
29. En efecto, «Los convenios interadministrativos se distinguen de los contratos interadministrativos porque estos últimos, celebrados al igual que los primeros entre personas jurídicas públicas, no tienen como objeto la realización común de intereses compartidos como ocurre con los convenios interadministrativos típicos, sino el logro de los fines estatales de alguna de las partes. En los contratos interadministrativos se busca obtener de otra persona jurídica pública la prestación de un servicio específico, la ejecución de una obra o el suministro de un bien, en fin, la realización de una actividad determinada que podría llevar a cabo un particular.

»*La celebración de un contrato interadministrativo enfrenta a dos partes: en un lado la administración, que es titular de un servicio cuya satisfacción busca mediante la colaboración de otra persona jurídica pública, y en otro esta última, que al actuar como podría hacerlo un particular, adopta la condición de contratista al servicio de la persona jurídica pública contratante*.

»El contrato interadministrativo, en cuanto constituye un acuerdo de voluntades jurídicamente autónomas, es desde el punto de vista formal un contrato; pero además, es un verdadero vínculo contractual, en la medida en que en él se presentan intereses contrapuestos que guían a cada una de las partes contratantes: una busca la satisfacción de un fin estatal y la otra el reconocimiento de un precio o de unos honorarios por la prestación correspondiente y con ellos obtener una utilidad a su favor.

»*Es viable considerar que este tipo de acuerdo técnicamente corresponde a la figura del contrato interadministrativo y solo se diferencia del contrato administrativo atendiendo los sujetos que lo suscriben, hecho del cual se desprenden por supuesto otras diferencias, pudiendo, en términos generales, adoptar cualquiera de las modalidades previstas por la ley para los contratos que celebra la administración con los particulares. En otras palabras: una entidad pública puede contratar a otra, por ejemplo, para la ejecución de una obra pública, para la prestación de un servicio, para el suministro de unos bienes o para la realización de una consultaría, e igualmente puede configurar cualquiera otro acuerdo de voluntades innominado o atípico sustantivamente caracterizado por esa naturaleza correlativa y conmutativa de sus prestaciones*». (Cfr. CHAVÉZ MARÍN, Augusto Ramón. Los convenios de la Administración: entre la gestión pública y la actividad contractual. Cuarta Edición. Bogotá: Temis, 2020. pp. 126 y 127). [↑](#footnote-ref-29)