**CCE-DES-FM-17**

**ENTIDADES DE RÉGIMEN ESPECIAL – Definición**

Las entidades de régimen especial son aquellas que, por expresa disposición legal y por su naturaleza o situación de competencia, tienen condiciones diferenciales respecto de la normativa de contratación pública. Esto quiere decir que no están sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, por lo que sus procedimientos contractuales tienen su normativa propia para su desarrollo, esto es, el derecho privado. Este aspecto se determina en las normas de creación de las entidades de régimen especial y en sus manuales de contratación.

**ENTIDADES DE RÉGIMEN ESPECIAL – Manual de Contratación – Contenido**

Teniendo en cuenta que las entidades de régimen especial administran recursos públicos, sus manuales de contratación deben sujetarse a unas reglas mínimas que garanticen el cumplimiento de los principios de la función pública, el control fiscal y los principios rectores de la contratación estatal. Estas reglas deben indicar el contenido de las propuestas y los procedimientos de selección, realizar una descripción precisa del procedimiento, los plazos de las etapas y los criterios de evaluación y desempate, así como todos los criterios necesarios para garantizar la selección objetiva y la protección del interés general. Lo anterior, sin perjuicio de que algunas de estas reglas se establezcan, complementen o detallen en los documentos que se expiden en desarrollo de sus procedimientos contractuales.

**ENTIDADES DE RÉGIMEN ESPECIAL – Obligaciones transversales a las entidades**

Así mismo, estas entidades deben cumplir unas obligaciones transversales a la contratación pública, entre ellas la elaboración del Plan Anual de Adquisiciones, la publicación de sus procedimientos de selección a través de la herramienta SECOP —en la sección Régimen Especial—, hacer uso del clasificador de bienes y servicios de las Naciones Unidas, reportar inhabilidades e incompatibilidades de los proveedores de la entidad y analizar el sector económico de los oferentes, entre otras.

**ENTIDADES DE RÉGIMEN ESPECIAL – Cláusulas excepcionales – Procedencia – Autorización legal**

Además, debe tenerse en cuenta que las cláusulas excepcionales no están contempladas en el derecho común. Estas se encuentran limitadas no solo al uso del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública sino a algunos tipos de contratos específicos. En ese sentido, la única forma en que una entidad sujeta a un régimen especial pueda usar estas cláusulas es si su norma de creación lo establece, como sucede, por ejemplo, con las empresas sociales del Estado. De modo que si una Entidad sujeta al régimen especial requiere sancionar al contratista o terminar el contrato, por regla general, debe acudir al juez competente. Lo anterior, se reitera, salvo que una norma especial extienda la aplicación de alguna o algunas de las facultades o disposiciones establecidas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública […] a entidades con un régimen especial de contratación.

**MANUAL DE CONTRATACIÓN – Reglamento interno de contratación – Naturaleza jurídica – Reglamento – Inderogabilidad singular**

[…] las entidades estatales que, por disposición legal, cuentan con un régimen especial , exceptuado del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y normas complementarias – pueden expedir un reglamento interno de contratación –comúnmente denominado manual de contratación–, que regule aspectos asociados a la actividad contractual, como los procedimientos de selección, los requisitos de participación, las condiciones de ejecución del contrato, etc. En otras palabras, el manual de contratación de las entidades exceptuadas es un acto administrativo y, de manera más concreta, un reglamento, pues, además de consistir en una manifestación unilateral de voluntad efectuada por la entidad estatal, en ejercicio de función administrativa, dirigida a producir efectos jurídicos, tiene vocación de permanencia en el tiempo. Esto significa que el manual de contratación despliega sus efectos de manera indefinida en el futuro, no agotándose con una sola aplicación. Además, pese a que existe un alto grado de discrecionalidad en su elaboración, el manual de contratación, al ser un reglamento vincula a la propia entidad.

En todo caso, se reitera que las reglas establecidas en los manuales o reglamentos internos de contratación son muy importantes, toda vez que las entidades se obligan a cumplir su contenido. Además, tratándose de un acto administrativo, concretamente de un reglamento, le aplican los atributos propios de estos tipos de actos, entre otras cosas, la presunción de legalidad y la regla de inderogabilidad singular del reglamento. En tal sentido, su contenido vincula a la propia entidad que lo expidió y no puede desconocerlo a su capricho en casos específicos. Ello sin perjuicio de la posibilidad de expedir un nuevo manual o de modificar el existente.

**MANUALES DE CONTRATACIÓN – Entidades de régimen especial – Vacíos**

[…] los vacíos de los manuales de contratación de las entidades con régimen especial no siempre se llenan de la misma manera, pues ello depende de las materias sobre las cuales exista ausencia de regulación en dicho reglamento y la ley que crea el régimen especial. En tal sentido, sin perjuicio del deber de cumplir ciertas obligaciones transversales a la contratación pública, los vacíos en los aspectos sustantivos y en la regulación del contrato se deben llenar con las normas civiles y comerciales, según el caso; los que tengan que ver con asuntos relacionados con el procedimiento administrativo se deben integrar con las normas de la primera parte del CPACA; los relacionados con las normas sobre inhabilidades e incompatibilidades, con las disposiciones que las regulen, contenidas bien sea en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública o en leyes complementarias.

De otro lado, pero no por ello menos importante, los vacíos en la definición o alcance de los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal –a los que aluden los artículos 209 y 267 de la Constitución– deben llenarse con una interpretación integral de la carta política, así como con la jurisprudencia constitucional que exista sobre la materia, emanada de la Corte Constitucional o del Consejo de Estado –cuando actúe como tribunal constitucional–. Por último, si excepcionalmente a la entidad de régimen especial se la habilita o faculta para hacer uso de disposiciones o prerrogativas establecidas en el EGCAP, los vacíos respecto a su ejercicio se llenan con las disposiciones del Estatuto General de Contratación.

**UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA – Ley 805 de 2003 – Régimen de contratación – Derecho privado – Normas del EGCAP**

[…] procede estudiar el régimen contractual establecido en la Ley 805 de 2003 para la Universidad Militar Nueva Granda, pues contiene un régimen sui géneris, que mezcla el derecho privado con una habilitación general para incorporar normas y facultades propias del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

[…] inicialmente la disposición establece un régimen contractual idéntico a la generalidad de las universidades estatales, convirtiendo a esta universidad en una entidad de *régimen especial*. En efecto, en términos generales el régimen contractual de la Universidad Militar Nueva Granada es el derecho privado. Sin embargo, esta ley especial y posterior a la Ley 30 de 1992 establece al final del inciso primero que esta universidad puede aplicar las normas generales de contratación administrativa. En conclusión, la norma citada prescribe que el régimen contractual de la Universidad Militar Nueva Granada es el derecho privado, sin perjuicio de que pueda aplicar discrecionalmente contenidos o normas del EGCAP.

Ahora bien, esta Agencia considera que cuando la norma hace referencia a la posibilidad de aplicar las «normas generales de la contratación administrativa», esto implica la facultad de adoptar contenidos, normas o facultades del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, que es el régimen contractual general de las entidades públicas, al igual que las normas que lo modifiquen, adicionen o complementen. Además, la referencia a «normas generales» no debe entenderse como una limitación a ciertas disposiciones del EGCAP, pues no sería posible distinguir entre unas normas generales y otras que no lo sean. En efecto, se considera que dicha remisión, al emplear el vocablo «general», denota la aplicación del régimen contractual común –o general– de las entidades estatales.

**CONTRATOS Y CONVENIOS INTERADMINISTRATIVOS – Criterio orgánico – Elementos comunes**

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 . 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.

**CLÁUSULAS EXORBITANTES – Contratos interadministrativos – Convenios interadministrativos – Imposición unilateral – Multas – Cláusula penal**

De acuerdo con el parágrafo del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, el régimen de las cláusulas exorbitantes de los contratos o convenios interadministrativos 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, pues pese a que se puedan considerar materialmente cláusulas exorbitantes no hacen parte del grupo de potestades excepcionales reguladas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993.

[…]

En síntesis, sin perjuicio de la equiparación entre contratos y convenios para efectos de la Ley de Garantías Electorales y para otros elementos que son, en gran medida comunes, en tanto lo serán aquellos celebrados entre entidades públicas, la distinción entre ambas figuras es jurídicamente relevante respecto al ejercicio de la potestad sancionatoria del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, de acuerdo con lo señalado en el pronunciamiento citado. De esta manera, 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, reiterado en el C-639 del 14 de diciembre 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.

**INTERVENTORÍA – Obligaciones de medio – Obligaciones de resultado**

La importancia que la doctrina y la jurisprudencia le da a esta clasificación radica en que la distinción entre las obligaciones de resultado y de medio tiene importantes efectos sobre el ámbito de responsabilidad de los contratantes. En las primeras, existe una obligación de garantizar un resultado concreto, cuya insatisfacción implica un incumplimiento contractual, de manera que al acreedor le bastará con alegar la no ejecución de la prestación debida, y el deudor deberá demostrar la presencia de una causa extraña para exonerarse. Por el contrario, en las segundas, el deudor se obliga a emplear todos los medios de que dispone y toda su diligencia para ejecutar en debida forma el contrato, sin garantizar un resultado concreto, de manera que, en este supuesto, el deudor podrá salvar su responsabilidad demostrando su diligencia en la ejecución del contrato, pese a no lograrse el objetivo buscado.

No es el interés de esta Agencia dirimir en el alcance de estos conceptos o su posible distinción con apoyo en las normas civiles y comerciales. Por ello, únicamente con la finalidad de absolver el cuestionamiento formulado por el peticionario, se considera que un contrato de interventoría puede contener obligaciones que se podrían ubicar doctrinariamente como de medio o de resultado, pues no existe una prohibición de pactar unas u otras, máxime cuando los artículos 13, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993 remiten a las normas civiles y comerciales para complementar el régimen contractual del EGCAP. En todo caso, es importante señalar que el artículo 53 de la Ley 80 de 1993 –modificado por el artículo 82 de la Ley 1474 de 2011 y, posteriormente, por el artículo 2 de la Ley 1882 de 2018– contiene una regulación especial frente a la responsabilidad de los interventores.



Bogotá, 22 Febrero 2022

Señor

**Javier Esteban Panqueva Hoyos**

Bogotá D.C.

 **Concepto C – 759 de 2021**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**   | ENTIDADES DE RÉGIMEN ESPECIAL – Definición / ENTIDADES DE RÉGIMEN ESPECIAL – Manual de Contratación – Contenido / ENTIDADES DE RÉGIMEN ESPECIAL – Obligaciones transversales a las entidades / ENTIDADES DE RÉGIMEN ESPECIAL – Cláusulas excepcionales – Procedencia – Autorización legal / MANUAL DE CONTRATACIÓN – Reglamento interno de contratación – Naturaleza jurídica – Reglamento – Inderogabilidad singular / MANUALES DE CONTRATACIÓN – Entidades de régimen especial – Vacíos / UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA – Ley 805 de 2003 – Régimen de contratación – Derecho privado – Normas del EGCAP / CONTRATOS Y CONVENIOS INTERADMINISTRATIVOS – Criterio orgánico – Elementos comunes / CLÁUSULAS EXORBITANTES – Contratos interadministrativos – Convenios interadministrativos – Imposición unilateral – Multas – Cláusula penal / INTERVENTORÍA – Obligaciones de medio – Obligaciones de resultado |
| **Radicación:**  | Respuesta a consultas P20211230011876, P20211230011878, P20220104000030 y P20220104000031 |

Estimado señor Panqueva:

En ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011, y dentro de los términos establecidos en el artículo 14 de la Ley 1437 de 2011, modificados por el artículo 5 del Decreto Legislativo 491 del 28 de marzo de 2020, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente responde sus consultas P20211230011876 y P20211230011878 del 30 de diciembre de 2021[[1]](#footnote-2), P20220104000030 del 3 de enero de 2022 y P20220104000031 del 3 de enero de 2022.

**1.** **Problema planteado**

El peticionario planteó distintas cuestiones relacionadas con el régimen contractual de los entes universitarios, solicitando precisiones en relación con la Ley 805 de 2003. De esta manera, en la consulta P20211230011876 realizó las siguientes preguntas:

¿que régimen de contratación cobija a la Universidad Militar Nueva Granada?

¿Puede la Universidad Nueva Granada hacer uso de las potestades sancionatorias contractuales que trata el art. 86 de la Ley 1474/2011?

¿Puede la Universidad Nueva Granada liquidar unilateralmente los contratos conforme la Ley 1150/2007 y normas concordantes?

¿Puede la Universidad Nueva Granada hacer uso de las potestades excepcionales (terminación, interpretación, etc.) que trata el art. 86 de la Ley 80/1993?

¿debe regirse la contratación de la Universidad Nueva Granada por sus manuales de contratación internos?

Los contratos y convenios que celebre la U. Militar Nueva Granada con otras entidades del estado, ¿Son contratos o convenios interadministrativos?

De otro lado, el peticionario solicitó alcances adicionales de sus preguntas, por lo que en el radicado P20211230011878 realizó los siguientes cuestionamientos:

¿a qué norma deben acudir las universidades públicas en sus contrataciones cuando sus manuales de contratación no regulen determinada materia?

¿a qué norma debe acudir la universidad Militar Nueva Granada en sus contrataciones cuando sus manuales de contratación no regulen determinada materia?,

¿a qué norma deben acudir las universidades públicas en sus contrataciones cuando sus manuales de contratación no regulen determinada materia?

¿Pueden las entidades sometidas al estatuto de contratación (Ley 80), que contraten con universidades públicas, imponer sanciones (art. 86 ley 1474 de 2011) a estas universidades en el marco de los contratos que suscriban? Se hace la pregunta además para que se me responda en particular con la Universidad Militar Nueva Granada.

En materia de contrato de interventoría:

¿son las obligaciones de interventoría de medio, de resultado o de medio y de resultado? o, ¿depende de cada contrato en particular si es de medio o de resultado?

Además, en el radicado P20220104000030, haciendo especial énfasis en la Ley 805 de 2003, el peticionario formuló las siguientes preguntas:

¿qué procedimiento deben seguir las universidades públicas para hacer efectivas las garantías pactadas en sus contratos?

¿puede la U. Militar aplicar las normar de la Ley 80 y concordantes, por ser normas generales de contratación administrativa?

¿qué debe entenderse por normas generales de contratación administrativa en los términos del artículo precitado?

Finalmente, en el radicado P20220104000031 realizó las siguientes preguntas en relación con artículo 14 de la Ley 80 de 1993:

¿Debe prescindirse de la estipulación de cláusulas excepcionales en los convenios interadministrativos o únicamente en los contratos interadministrativos?

¿Esta norma aplica para los contratos que celebren las entidades públicas entre sí con una modalidad diferente a la contratación directa interadministrativa?

¿en los eventos que las entidades públicas pacten cláusulas excepcionales (en el supuesto del parágrafo precitado) deben entenderse por no pactadas?

¿Pueden las entidades públicas declarar el incumplimiento cuando su parte cocontratante sea otra entidad pública? ¿únicamente pueden hacerlo las entidades contempladas en el art. 2 de la Ley 80?

**2.** **Consideraciones**

En ejercicio de las competencias establecidas en los artículos 3.5 y 11.8 del Decreto 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente resuelve las consultas sobre los asuntos de su competencia, esto es, sobre las temáticas de la contratación estatal y compras públicas relacionadas en los artículos citados.

Es necesario tener en cuenta que esta entidad solo tiene competencia para responder solicitudes sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. En ese sentido, resolver casos particulares desborda las atribuciones asignadas por el legislador extraordinario, que no concibió a Colombia Compra Eficiente como una autoridad para solucionar problemas jurídicos particulares de todos los partícipes de la contratación estatal.

La competencia de esta entidad se fija con límites claros, con el objeto de evitar que la Agencia actúe como una instancia de validación de las actuaciones de las entidades sujetas a la Ley 80 de 1993 o de los demás participantes de la contratación pública[[2]](#footnote-3). Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, ni a brindar asesorías sobre casos puntuales. Esto en la medida en que, para resolver una consulta de carácter particular, además de conocer un sinnúmero de detalles de la actuación administrativa, es necesario acceder al expediente y a los documentos del procedimiento contractual donde surge la inquietud. Por lo anterior, previo concepto de sus órganos asesores, la solución de estos temas corresponde a la entidad que adelanta el procedimiento de selección y, en caso de conflicto, a las autoridades judiciales, fiscales y disciplinarias.

Sin perjuicio de lo anterior, la Subdirección –dentro de los límites de sus atribuciones, esto es, haciendo abstracción del caso particular expuesto por el peticionario– resolverá la consulta conforme a las normas generales en materia de contratación estatal. Con este objetivo se analizarán los siguientes temas: i) los regímenes especiales en la contratación estatal, como ámbitos de regulación que se constituyen como una mixtura entre las disposiciones del derecho privado, de los manuales o reglamentos internos de contratación de las entidades estatales, de los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, del régimen de inhabilidades e incompatibilidades y, excepcionalmente, de otras normas particulares del EGCAP; ii) la forma de llenar los vacíos que existan en el manual de contratación de las entidades exceptuadas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública; iii) el régimen contractual de las universidades públicas y el análisis particular de la Ley 805 de 2003; iv) los contratos y los convenios interadministrativos; v) las cláusulas excepcionales, donde se analizará la inaplicabilidad de los poderes exorbitantes del artículo 14 de la Ley 80 de 1993 a los convenios y contratos interadministrativos y la situación particular de la imposición unilateral de las multas y la cláusula penal pecuniaria; vi) el contrato de interventoría, donde se analizará la obligación de controlar y vigilar la correcta ejecución de los contratos estatales y la posibilidad de pactar obligaciones de medio y obligaciones de resultado.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se pronunció sobre el régimen jurídico aplicable a las entidades exceptuadas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública en los conceptos C−018 del 05 de febrero de 2020, C−027 del 12 de febrero de 2020, C−032 del 19 de febrero de 2020, C−179 del 16 de marzo de 2020, C−101 del 16 de marzo de 2020, C−086 del 16 de marzo de 2020, C−168 del 31 de marzo de 2020, C-158 del 3 de abril de 2020, C−362 del 03 de julio de 2020, C−462 del 23 de julio de 2020, C–560 del 24 de agosto de 2020, C-637 del 28 de octubre de 2020 y C−684 del 24 de noviembre de 2020.

De otro lado, esta entidad 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 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. 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 y se reiteró en el C-639 del 14 de diciembre de 2021, precisándose su procedencia en los contratos y convenios interadministrativos.

Finalmente, la Agencia se pronunció sobre la obligación de controlar y vigilar la ejecución de los contratos estatales, entre otros mecanismos, mediante la interventoría en los conceptos del 30 de agosto y el 20 de diciembre de 2019 ‒radicados Nos. 2201913000006394 y 2201913000009467‒. De igual forma, en los conceptos C‒064 del 28 de febrero de 2020, C‒150 del 18 de marzo de 2020, C‒075 del 26 de marzo de 2020, C‒180 del 13 de abril de 2020, C‒344 del 26 de mayo de 2020, C‒765 del 7 de enero de 2021 y en el C-411 del 17 de agosto de 2021. Las tesis expuestas en los anteriores conceptos se reiteran a continuación y se complementan en lo pertinente:

**2.1. Regímenes especiales en la contratación estatal. Excepciones al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública: derecho privado matizado por reglas y principios del derecho administrativo**

Las entidades de régimen especial son aquellas que, por expresa disposición legal y por su naturaleza o situación de competencia, tienen condiciones diferenciales respecto de la normativa de contratación pública. Esto quiere decir que no están sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, por lo que sus procedimientos contractuales tienen su normativa propia para su desarrollo, esto es, el derecho privado. Este aspecto se determina en las normas de creación de las entidades de régimen especial y en sus manuales de contratación.

 Teniendo en cuenta que las entidades de régimen especial están facultadas legalmente para aplicar reglas distintas a las establecidas en la Ley 80 de 1993 y sus normas complementarias, su régimen contractual estará definido en la noma que crea el régimen especial y será desarrollado en el manual de la respectiva entidad, con el fin de que se puedan identificar las normas que aplican en los procesos de contratación. La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente expidió la Guía para las entidades estatales con régimen especial de contratación, que las define como aquellas que contratan con un régimen distinto a las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007[[3]](#footnote-4).

 No obstante, las entidades de régimen especial cumplen una finalidad pública y contratan con recursos públicos para lograrlo, por lo que no son ajenas a los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, entre otras reglas dispuestas en la normativa de contratación pública que son transversales a todas las entidades, sin importar su régimen contractual. Lo anterior es reafirmado por el Consejo de Estado, que destaca las reglas que sigue la contratación de las entidades de régimen especial:

[...] en la contratación de las entidades excluidas de la Ley 80 se distinguen perfectamente dos ordenamientos jurídicos: uno prevalente, el derecho privado, que aporta todas sus instituciones, reglas y principios y las pone al servicio de los contratos de dichas entidades; y otro, secundario, referido a los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal —pero no a la Ley 80 de 1993, con sus reglas particulares—, que inspiran al régimen anterior con valores propios del derecho público.

La Sala entiende que el régimen preponderante domina y aporta el gran volumen de normas contractuales y que el régimen inspirador influye y ayuda a interpretar pero también transforma parte de esas instituciones, porque se suma a ellas, lo que no siempre se logra conservando intacta la institución privada sino introduciéndole modificaciones.

La función que cumplen los principios públicos también se representa en la necesidad práctica —normalmente no por orden de una norma— de expedir un reglamento interno de contratación que concrete la mayor parte de aportes de esos principios a la transformación de las reglas del derecho privado. Es por esta influencia que surge la necesidad de contar con procesos de selección de contratistas que garanticen la libre concurrencia, la igualdad de oportunidades de acceso a los negocios del Estado, la trasparencia y en general los demás valores propios de la gestión de lo público[[4]](#footnote-5).

Teniendo en cuenta que las entidades de régimen especial administran recursos públicos, sus manuales de contratación deben sujetarse a unas reglas mínimas que garanticen el cumplimiento de los principios de la función pública, el control fiscal y los principios rectores de la contratación estatal. Estas reglas deben indicar el contenido de las propuestas y los procedimientos de selección, realizar una descripción precisa del procedimiento, los plazos de las etapas y los criterios de evaluación y desempate, así como todos los criterios necesarios para garantizar la selección objetiva y la protección del interés general. Lo anterior, sin perjuicio de que algunas de estas reglas se establezcan, complementen o detallen en los documentos que se expiden en desarrollo de sus procedimientos contractuales.

Así mismo, estas entidades deben cumplir unas obligaciones transversales a la contratación pública, entre ellas la elaboración del Plan Anual de Adquisiciones, la publicación de sus procedimientos de selección a través de la herramienta SECOP —en la sección Régimen Especial—, hacer uso del clasificador de bienes y servicios de las Naciones Unidas, reportar inhabilidades e incompatibilidades de los proveedores de la entidad y analizar el sector económico de los oferentes, entre otras.

Además, debe tenerse en cuenta que las cláusulas excepcionales no están contempladas en el derecho común. Estas se encuentran limitadas no solo al uso del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública sino a algunos tipos de contratos específicos. En ese sentido, la única forma en que una entidad sujeta a un régimen especial pueda usar estas cláusulas es si su norma de creación lo establece, como sucede, por ejemplo, con las empresas sociales del Estado. De modo que si una Entidad sujeta al régimen especial requiere sancionar al contratista o terminar el contrato, por regla general, debe acudir al juez competente[[5]](#footnote-6). Lo anterior, se reitera, salvo que una norma especial extienda la aplicación de alguna o algunas de las facultades o disposiciones establecidas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –en adelante Estatuto General de Contratación o EGCAP– a entidades con un régimen especial de contratación.

Por ejemplo, las empresas sociales del Estado –ESE– son entidades que se exceptúan de la aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, pues así lo prevé el artículo 195.6 de la Ley 100 de 1993. Esta norma dispone que una ESE, «En materia contractual se regirá por el derecho privado, pero podrá discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el estatuto general de contratación de la administración pública». En otras palabras, el legislador decidió otorgar a las empresas sociales del Estado –«[…] que constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa», al tenor del artículo 194 de la misma Ley– un régimen contractual de derecho privado, pero al mismo tiempo les dio la potestad de utilizar las cláusulas exorbitantes reguladas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Algo similar sucede con el régimen contractual de las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios, las cuales, de acuerdo con los artículos 31 y 32 de la Ley 142 de 1994 se rigen por el derecho privado; sin embargo, el inciso segundo del artículo 31 establece la posible aplicación de cláusulas exorbitantes en sus contratos bajo ciertos presupuestos[[6]](#footnote-7).

Un supuesto similar, con una complejidad mayor, sucede con la Ley 805 de 2003, directamente relacionada con la pregunta del peticionario, que establece que los contratos que celebre la Universidad Militar Nueva Granada se regirán por las «normas de derecho privado y sus efectos estarán sujetos a las normas civiles y comerciales». Sin embargo, directamente faculta a esta entidad para que «pueda aplicar las normas generales de contratación administrativa», lo que implica la posibilidad de que esta entidad incorpore en sus manuales de contratación o procesos contractuales disposiciones y facultades establecidas en el EGCAP, tema que será objeto de análisis más detallado de forma posterior.

En todo caso, como se explicó previamente, el hecho de que determinadas entidades estatales por disposición legal se sometan a un régimen distinto al del EGCAP, no puede entenderse como una negación de lo que, años más tarde, estableció el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007. Este enunciado normativo significó un «retorno del derecho administrativo» para las entidades *excluidas*, al reiterar que deben cumplir los principios constitucionales de la función administrativa y de la gestión fiscal, así como el régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal[[7]](#footnote-8). A continuación se analiza el alcance y los límites de los manuales o reglamentos internos de contratación que pueden expedir estas entidades públicas.

**2.2. Manual o reglamento interno de contratación de las entidades de régimen especial: límites derivados de la reserva de ley y forma de llenar sus vacíos**

Según se indicó anteriormente, las entidades estatales que, por disposición legal, cuentan con un régimen especial[[8]](#footnote-9), exceptuado del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y normas complementarias[[9]](#footnote-10)– pueden expedir un reglamento interno de contratación –comúnmente denominado *manual de contratación*–, que regule aspectos asociados a la actividad contractual, como los procedimientos de selección, los requisitos de participación, las condiciones de ejecución del contrato, etc. En otras palabras, el manual de contratación de las entidades exceptuadas es un acto administrativo y, de manera más concreta, un reglamento, pues, además de consistir en una manifestación unilateral de voluntad efectuada por la entidad estatal, en ejercicio de función administrativa, dirigida a producir efectos jurídicos, tiene vocación de permanencia en el tiempo. Esto significa que el manual de contratación despliega sus efectos de manera indefinida en el futuro, no agotándose con una sola aplicación. Además, pese a que existe un alto grado de discrecionalidad en su elaboración, el manual de contratación, al ser un reglamento vincula a la propia entidad.

Sin embargo, la libertad de configuración reglamentaria de las entidades estatales, expresada en el manual de contratación, no es absoluta. A pesar de que están facultadas para regular ciertos temas relacionados con la actividad contractual, deben hacerlo respetando la reserva legal de la que gozan ciertas materias. En tal sentido, asuntos como: i) los requisitos de existencia y validez del contrato, ii) causales de inhabilidad e incompatibilidad, iii) el principio de anualidad del gasto, y iv) restricciones al acceso a la administración de justicia para discutir las controversias contractuales, son, entre otros, temas cuya regulación está reservada al legislador y que, por tanto, las entidades exceptuadas no pueden reglamentar en su manual de contratación[[10]](#footnote-11).

Sin perjuicio de lo anterior, existen múltiples contenidos que pueden ser objeto de regulación en el manual de contratación, por hacer parte del ámbito de configuración en desarrollo de su autonomía contractual que no riñe con la ley. Este sería el caso de, por ejemplo, la definición de requisitos de ejecución del contrato, la definición de si cierta actuación de la actividad contractual la debe realizar cierta dependencia de la entidad, establecer límites en cuanto a posibilidad de realizar adiciones, detallar los trámites internos que se surten al interior de la entidad y demás aspectos que hagan parte de su ámbito de configuración. Estos aspectos, por ser desarrollo de su autonomía en la configuración de su actividad contractual, no desconocen los requisitos o parámetros establecidos en la Constitución o la ley.

En todo caso, se reitera que las reglas establecidas en los manuales o reglamentos internos de contratación son muy importantes, toda vez que las entidades se obligan a cumplir su contenido. Además, tratándose de un acto administrativo, concretamente de un reglamento, le aplican los atributos propios de estos tipos de actos, entre otras cosas, la presunción de legalidad y la regla de *inderogabilidad singular del reglamento[[11]](#footnote-12)*. En tal sentido, su contenido vincula a la propia entidad que lo expidió y no puede desconocerlo a su capricho en casos específicos. Ello sin perjuicio de la posibilidad de expedir un nuevo manual o de modificar el existente.

Ahora bien, ¿a qué normas deben acudir las entidades estatales y los interesados, cuando se presenten lagunas jurídicas –es decir, vacíos o ausencia de regulación de ciertos temas–[[12]](#footnote-13), en los manuales de contratación de las entidades de régimen especial? Como lo establece la «Guía para las Entidades Estatales con régimen especial de Contratación»[[13]](#footnote-14), expedida por esta Agencia, en principio, la actividad contractual de las entidades excluidas de la aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública «se somete a las reglas del derecho privado». En consecuencia, si bien deben cumplir algunas obligaciones transversales propias del sistema de compra pública, señaladas en dicha guía y que se mencionaron en el numeral anterior, el régimen jurídico de base es el derecho privado, o sea el integrado por las normas civiles y comerciales.

Sin embargo, para determinar el método hermenéutico que ha de seguirse al momento de llenar el vacío de regulación presente en los manuales de contratación de las entidades con régimen especial, el operador jurídico debe indagar sobre en qué materia existiría una laguna. Ello por cuanto existen *tres* –eventualmente *cuatro*– remisiones legales, que deben interpretarse sistemáticamente: i) la que efectúa hacia el derecho privado la norma legal que constituye el régimen especial de la entidad correspondiente –por ejemplo, el artículo 31 de la Ley 142 de 1994, el artículo 195, numeral 6, de la Ley 100 de 1993, el artículo 93 de la Ley 30 de 1992 o el artículo 19 de la Ley 805 de 2003, por mencionar algunos casos–; ii) la que prevén los artículos 2, 34 y 47 de la Ley 1437 de 2011, los cuales disponen que las normas de la primera parte del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –CPACA– deben aplicarse en ausencia de lo establecido en leyes especiales; y iii) la que establece el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 respecto de la aplicación de los principios de la función administrativa –artículo 209 C.P.– y de la gestión fiscal –artículo 267 C.P.–, así como del régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto para la contratación estatal. iv) Ahora bien, excepcionalmente a algunas entidades de régimen especial de contratación se les faculta para hacer uso de ciertos contenidos propios de los contratos regidos por el EGCAP, caso en el cual, salvo que la norma que atribuya la facultad permita variar dichos contenidos, estos aspectos se regulan por las disposiciones del Estatuto General, sin que la entidad de régimen especial pueda modificar el alcance de dichas facultades.

En consecuencia, si el manual de contratación de la entidad de régimen especial no prevé normas –es decir, si tiene vacíos–[[14]](#footnote-15) sobre: i) los elementos de existencia y validez del contrato, ii) los vicios que pueden generar su anulación, iii) la tipología de los negocios jurídicos, iv) los criterios de interpretación de las estipulaciones contractuales, v) el concepto y los requisitos de la oferta, vi) las formas de extinción de las obligaciones, vii) la responsabilidad contractual, y otras materias similares relacionadas con el régimen sustantivo del contrato, la ausencia de tales disposiciones en el reglamento interno de contratación de la entidad exceptuada debe suplirse con las normas del Código Civil y del Código de Comercio[[15]](#footnote-16), con la costumbre mercantil[[16]](#footnote-17) y con los principios generales que rigen las relaciones contractuales de los particulares, que ingresan dentro de la categoría de la *lex mercatoria*[[17]](#footnote-18).

Por el contrario, si el vacío del manual de contratación tiene que ver con asuntos asociados a los procedimientos administrativos, como: i) la forma de iniciar la actuación administrativa, ii) los derechos y deberes de las entidades y de los particulares en los procedimientos administrativos, iii) el trámite de las peticiones, iv) la notificación, comunicación o publicación de los actos administrativos, v) la presunción de legalidad, firmeza y ejecutoriedad de los actos administrativos, vi) los recursos contra los actos administrativos, etc. –asuntos que, como se dijo, gozan de reserva de ley–, la entidad de régimen especial debe aplicar el principio de subsidiariedad previsto en los artículos 2, 34 y 47 de la Ley 1437 de 2011, es decir, debe llenar tales lagunas con las normas de la primera parte del CPACA.

De otro lado, si lo que falta en el manual –precisamente porque está reservado a la ley– son normas que regulen las inhabilidades e incompatibilidades, en este caso sí se debe acudir a las disposiciones que las consagran y que establecen sus consecuencias, tanto en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, como en leyes complementarias. Por último, si excepcionalmente a la entidad de régimen especial se la habilita o faculta para hacer uso de disposiciones o prerrogativas establecidas en el EGCAP, los vacíos respecto a su ejercicio se llenan con las disposiciones del Estatuto General de Contratación.

En síntesis, los vacíos de los manuales de contratación de las entidades con régimen especial no siempre se llenan de la misma manera, pues ello depende de las materias sobre las cuales exista ausencia de regulación en dicho reglamento y la ley que crea el régimen especial. En tal sentido, sin perjuicio del deber de cumplir ciertas obligaciones transversales a la contratación pública, los vacíos en los aspectos sustantivos y en la regulación del contrato se deben llenar con las normas civiles y comerciales, según el caso; los que tengan que ver con asuntos relacionados con el procedimiento administrativo se deben integrar con las normas de la primera parte del CPACA; los relacionados con las normas sobre inhabilidades e incompatibilidades, con las disposiciones que las regulen, contenidas bien sea en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública o en leyes complementarias.

De otro lado, pero no por ello menos importante, los vacíos en la definición o alcance de los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal –a los que aluden los artículos 209 y 267 de la Constitución– deben llenarse con una interpretación integral de la carta política, así como con la jurisprudencia constitucional que exista sobre la materia, emanada de la Corte Constitucional o del Consejo de Estado –cuando actúe como tribunal constitucional–. Por último, si excepcionalmente a la entidad de régimen especial se la habilita o faculta para hacer uso de disposiciones o prerrogativas establecidas en el EGCAP, los vacíos respecto a su ejercicio se llenan con las disposiciones del Estatuto General de Contratación.

**2.3. Universidades públicas, naturaleza y régimen de contratación: análisis adicional de la Ley 805 de 2003**

En concordancia con lo expresado en el concepto C-481 del 9 de septiembre de 2021, proferido por esta Agencia, es importante reiterar que la Constitución Política de Colombia consagra en el artículo 69, por una parte, una garantía de autonomía para que las universidades establezcan sus directivas y sus estatutos de acuerdo con la ley; y por otra, la posibilidad de que cuenten con un régimen especial que corresponde dictar al Congreso[[18]](#footnote-19).

En desarrollo de lo anterior, se expidió la Ley 30 de 1992, mediante la cual se regularon aspectos como la naturaleza jurídica de las universidades estatales y oficiales, la forma de organizarse y el régimen de contratación aplicable. Así mismo, en el artículo 57 se consignó que el carácter especial del régimen de las universidades estatales u oficiales comprende, entre otros aspectos, el régimen de contratación[[19]](#footnote-20). En el mismo sentido, estableció en el artículo 93 que los contratos que celebren las universidades estatales u oficiales se regirán por las normas del derecho privado[[20]](#footnote-21).

De otro lado, la Ley 489 de 1998, al desarrollar la estructura y organización de la Administración Pública, establece que los entes universitarios hacen parte integral de esta[[21]](#footnote-22), catalogándolos como entidades públicas de carácter autónomo a las que aplica un régimen especial[[22]](#footnote-23). Al respecto, en la sentencia C-1019 de 2012, la Corte Constitucional señaló:

El régimen especial de las universidades públicas y oficiales se justifica en el hecho de que estas instituciones manejan recursos públicos y a que a través suyo se promueve directamente el servicio público de la educación, por lo cual es fundamental establecer canales de articulación con el Estado y la sociedad en aras de que esta misión se cumpla adecuadamente. Además, como entes públicos, a las universidades se les exige el cumplimiento de la obligación de colaboración armónica consagrado en el artículo 113 de la C.P. para el cumplimiento de las funciones del Estado.

Aunque se establezca la participación de representantes del Estado en sus órganos de gobierno, la normatividad y la jurisprudencia han reconocido que lo anterior no significa que dichas instituciones hagan parte de la administración central o descentralizada, o se conviertan por ello en órganos dependientes y bajo el control de tutela del Estado, “pues las universidades estatales por su carácter de entes autónomos no conforman ninguna de las ramas del poder ni pueden formar parte de la administración nacional”[[23]](#footnote-24). De esta manera se pretende preservar a las universidades públicas y oficiales, de las injerencias e interferencias arbitrarias e indebidas del poder político[[24]](#footnote-25).

En armonía con lo anterior, se ha considerado que los entes universitarios no son entidades que hagan parte de la rama ejecutiva, ni pueden, por tanto, considerarse entidades descentralizadas, sino que gozan de un régimen especial. Lo anterior fue señalado por el Consejo de Estado de la siguiente manera[[25]](#footnote-26):

Ahora bien, en la disposición legal [art. 57 de la Ley 30/92] se menciona que las universidades estatales u oficiales están vinculadas al Ministerio de Educación Nacional en lo que se refiere a las políticas y planeación del sector educativo, en donde la jurisprudencia constitucional ha dejado en claro que es únicamente para efectos de coordinar y planear el desarrollo de directrices educativas, y no como organismos supeditados al poder ejecutivo, de manera que deben actuar con independencia del mismo, sin estar sujetas a un control de tutela como el concebido para los establecimientos públicos, concepto que por sí mismo niega la autonomía.

[…]

La situación se modificó con el actual marco constitucional en donde se estableció [art. 69] la garantía a la autonomía universitaria, para que pudieran darse sus directivas y regirse por sus propios estatutos, de acuerdo con el régimen especial que previera la Ley para las universidades del Estado, por lo cual se despojaban del control de tutela que ejercía el ejecutivo sobre ellas, con el fin de garantizar la independencia académica en la educación superior, sin ningún tipo de injerencia del poder público.

Lo anterior hizo que dejaran de pertenecer a la rama ejecutiva y por supuesto no hicieran parte de las demás [legislativa y judicial], al convertirse en organismos autónomos que cumplen funciones estatales de trascendental importancia para la nación, sin perder la calidad de entidades públicas […][[26]](#footnote-27).

De este modo, la diferenciación entre universidades públicas y entidades descentralizadas radica, entre otras cosas, en la autonomía de la que aquellas gozan. Esto en la medida en que a las universidades públicas no les aplica un elemento característico de la descentralización denominado control de tutela, sobre el cual, en sentencia C–727 del 21 de junio de 2000, la Corte Constitucional señaló:

La descentralización es una forma de organización administrativa propia de los Estados de forma unitaria, que atenúa la centralización permitiendo la transferencia de competencias a organismos distintos del poder central, que adquieren autonomía en la gestión de las respectivas funciones. No obstante, esta transferencia no implica la ruptura total del vínculo entre el poder central y la entidad descentralizada, sino que, en aras de garantizar el principio de coordinación que gobierna la función administrativa, dicho vínculo permanece vigente a través del llamado control de tutela, existente en nuestra organización administrativa respecto de los entes funcionalmente descentralizados, con definidos perfiles jurídicos, desde la reforma constitucional y administrativa operada en 1968.

En suma, tal como se concluyó en el concepto C-481 de 2021, la descentralización involucra el ejercicio de un control de tutela que no puede aplicarse a los entes universitarios autónomos, motivo por el cual, si bien son entes del Estado, no son ni pueden ser asimiladas a entidades descentralizadas y tampoco encuadran en el concepto de entidad territorial.

 Ahora bien, retomando algunas consideraciones anteriores, respecto al régimen contractual de las universidades estatales, el artículo 93 de la Ley 30 de 1992 establece que será el derecho privado, rigiéndose, por ende, por las normas civiles y comerciales. En tal sentido, estas universidades son entidades de *régimen especial* en materia contractual, por estar exceptuadas de la aplicación del EGCAP. En efecto, el artículo 93 prescribe:

Artículo 93. Salvo las excepciones consagradas en la presente ley, los contratos que para el cumplimiento de sus funciones celebren las universidades estatales u oficiales, se regirán por las normas del derecho privado y sus efectos estarán sujetos a las normas civiles y comerciales, según la naturaleza de los contratos.

PARÁGRAFO. Se exceptúan de lo anterior los contratos de empréstito, los cuales se someterán a las reglas previstas para ellos por el Decreto 222 de 1983 y demás disposiciones que lo modifiquen, complementen o sustituyan.

Teniendo en cuenta lo anterior, como se señaló en el numeral 2.1. de este concepto, se debe tener en cuenta que las cláusulas excepcionales no están contempladas en el derecho común. Por el contrario, estas se encuentran limitadas no solo al uso del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública sino a algunos tipos de contratos específicos. En ese sentido, la única forma en que una entidad sujeta a un régimen especial pueda usar estas cláusulas es si su norma de creación lo establece. Además, esto implica que las entidades de régimen especial no puedan, en principio –salvo que exista habilitación legal–, hacer uso de facultades establecidas en el EGCAP, que exceden las posibilidades derivadas del derecho ordinario –normas civiles y comerciales–. Lo anterior, se reitera, salvo que una norma especial extienda la aplicación de alguna o algunas de las facultades o disposiciones establecidas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –en adelante Estatuto General de Contratación o EGCAP– a entidades con un régimen especial de contratación.

En este lugar del análisis procede estudiar el régimen contractual establecido en la Ley 805 de 2003 para la Universidad Militar Nueva Granda, pues contiene un régimen sui géneris, que mezcla el derecho privado con una habilitación general para incorporar normas y facultades propias del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. En particular, el artículo 19 de dicha Ley prescribe:

Artículo 19. Régimen contractual. La Universidad Militar Nueva Granada está facultada para celebrar toda clase de contratos de acuerdo a su naturaleza y objetivos. *Los contratos que para el cumplimiento de sus funciones celebre la Universidad Militar Nueva Granada se regirán por las normas de derecho privado y sus efectos estarán sujetos a las normas civiles y comerciales, según la naturaleza de los contratos*, salvo los contratos de empréstito los cuales se someterán a las reglas previstos para ellos en el estatuto de contratación para la administración pública y las disposiciones que lo modifiquen, complementen o sustituyan. *Lo anterior sin perjuicio de que la Universidad pueda aplicar las normas generales de contratación administrativa*.

PARÁGRAFO. La Universidad podrá participar en la constitución de personas o entidades de tipo asociativo o fundacional, con otras personas públicas o privadas, naturales o jurídicas, con el objeto de contribuir al mejor cumplimiento de sus fines en los campos de la docencia, la investigación y la extensión de conformidad con las normas legales. (Cursiva fuera del original).

Como se advierte, inicialmente la disposición establece un régimen contractual idéntico a la generalidad de las universidades estatales, convirtiendo a esta universidad en una entidad de *régimen especial*. En efecto, en términos generales el régimen contractual de la Universidad Militar Nueva Granada es el derecho privado. Sin embargo, esta ley especial y posterior a la Ley 30 de 1992 establece al final del inciso primero que esta universidad puede aplicar las normas generales de contratación administrativa. En conclusión, la norma citada prescribe que el régimen contractual de la Universidad Militar Nueva Granada es el derecho privado, sin perjuicio de que pueda aplicar discrecionalmente contenidos o normas del EGCAP.

Ahora bien, esta Agencia considera que cuando la norma hace referencia a la posibilidad de aplicar las «normas generales de la contratación administrativa», esto implica la facultad de adoptar contenidos, normas o facultades del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, que es el régimen contractual general de las entidades públicas, al igual que las normas que lo modifiquen, adicionen o complementen. Además, la referencia a «normas generales» no debe entenderse como una limitación a ciertas disposiciones del EGCAP, pues no sería posible distinguir entre unas normas generales y otras que no lo sean. En efecto, se considera que dicha remisión, al emplear el vocablo «general», denota la aplicación del régimen contractual común –o general– de las entidades estatales. En este sentido, frente a una norma con contenido similar a la anterior, concretamente frente al artículo 8 del Decreto 092 de 2017[[27]](#footnote-28), esta Agencia consideró que:

[…] cuando el artículo 8 del decreto menciona a las «[…] normas generales aplicables a la contratación pública […]», bien podrían referirse a las disposiciones comunes del Estatuto General –*remisión parcial latu sensu*– o a la totalidad de la Ley 80 de 1993 –*remisión integral*–. En esta medida, determinar el alcance de la remisión del artículo 8 del Decreto 092 requiere considerar que no hay lugar a distinguir entre normas de carácter general o especial dentro del Estatuto de Contratación de la Administración Pública, ya que de la competencia dispuesta en el inciso final del artículo 150 de la Constitución Política se desprende que todas estas disposiciones regulan con el mismo grado de generalidad la actividad contractual del Estado.

Por ello, considerando que la Ley 80 de 1993 tiene el mismo grado de generalidad, esta Subdirección concluye que el artículo 8 del Decreto 092 de 2017 *remite integralmente* al Estatuto de Contratación. Esta remisión alcanza tanto el régimen de inhabilidades e incompatibilidades como los principios aplicables a la contratación estatal. Por tanto, los artículos 6, 7 y 8 del reglamento autónomo deben interpretarse en bloque, es decir, aplicando la Ley 80 de 1993 a todo supuesto que no esté expresamente regulado en el Decreto 092 de 2017.

Teniendo en cuenta lo anterior, el artículo 19 de la Ley 805 de 2003 faculta a la Universidad Militar Nueva Granada para que *pueda* –esto es, discrecionalmente– incorporar en sus contratos normas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, lo que podrá hacer mediante su incorporación en su manual de contratación o en sus contratos. Ahora bien, en caso de que se opte por incorporar estas normas, su aplicación deberá realizarse conforme a su contenido establecido en el EGCAP. Es decir, que si la entidad opta por adoptar facultades prescritas en el Estatuto General de Contratación, su ejercicio deberá observar el alcance establecido en este estatuto.

Por ello, a juicio de la Agencia, la habilitación general anterior permite que esta universidad incorpore en sus contratos, ya sea en su manual de contratación o de forma particular en cada contrato –aunque el manual de contratación la *autovincule*– normas del EGCAP. En este caso, su aplicación se realizará conforme a la regulación establecida en el Estatuto General de Contratación. Ahora bien, aunque se deriva de lo indicado, pero por ser relevante para la consulta, la habilitación anterior incluso se extendería a la posibilidad de incorporar las cláusulas excepcionales reguladas en el artículo 14 y ss. de la Ley 80 de 1993; la imposición unilateral de las multas y la cláusula penal, en los términos establecidos en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007; la liquidación unilateral del contrato en los términos del artículo 11 de la Ley 1150 de 2007; además, en caso de que se incorporen facultades sancionatorias que se derivan de algunas de las disposiciones indicadas, también resultará procedente el procedimiento para su aplicación, concretamente el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011. Ahora bien, se reitera que su incorporación y ejercicio por parte de la entidad deberá realizarse conforme a la regulación establecida en el EGCAP. Además, su aplicación, al igual que las demás normas del Estatuto General de Contratación dependerá de la regulación que establezca la universidad en su manual de contratación o en sus contratos, pues se requeriría una incorporación expresa, toda vez que su aplicación depende de la facultad discrecional de incluir dichas normas, pues por regla general el régimen aplicable a sus contratos es el derecho privado, sin perjuicio de que la universidad pueda aplicar las normas generales de contratación administrativa.

**2.4. 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[[28]](#footnote-29). 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.

Dicho tipo contractual 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[[29]](#footnote-30). 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[[30]](#footnote-31).

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 esta manera 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, mediante 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, por 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 […]»[[31]](#footnote-32).

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[[32]](#footnote-33) 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[[33]](#footnote-34) 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[[34]](#footnote-35)[[35]](#footnote-36).

 Debe reiterarse que el ordenamiento jurídico en distintas ocasiones utiliza de forma indistinta los conceptos de contrato o convenio para referirse a la misma institución jurídica[[36]](#footnote-37). 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[[37]](#footnote-38).

 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 que:

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, tal como se explicará a continuación.

**2.5. Cláusulas excepcionales. 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 […]»[[38]](#footnote-39). De acuerdo con el Concepto C-585 del 15 de octubre de 2021, reiterado en el C-639 del 14 de diciembre de 2021, la Agencia considera que en los convenios consagrados en el artículo 95 de la Ley 489 de 1998 no es posible ejercer ningún poder exorbitante, 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[[39]](#footnote-40). 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 […]»[[40]](#footnote-41).

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 Electorales, la figura del *contrato interadministrativo* merece un tratamiento especial, concretamente, 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)[[41]](#footnote-42).

 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[[42]](#footnote-43). 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 –modificado por el artículo 52 de la Ley 2195 de 2022– dispone que:

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

[…]

20. Pactaran 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, los contratos relacionados con el programa de alimentación escolar 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 aun 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[[43]](#footnote-44). 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[[44]](#footnote-45).

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[[45]](#footnote-46). 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, los contratos de obra y los relacionados con el programa de alimentación escolar –estos últimos se incluyeron con la modificación realizada por el artículo 52 de la Ley 2195 de 2022–. En estos contratos, 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[[46]](#footnote-47). 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 que están prohibidos en este último grupo, 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[[47]](#footnote-48).

De acuerdo con el parágrafo del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, el régimen de las cláusulas exorbitantes de los contratos o convenios interadministrativos 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, pues pese a que se puedan considerar materialmente cláusulas exorbitantes no hacen parte del grupo de potestades excepcionales reguladas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993. 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, esto es, la imposición unilateral de las multas y la cláusula penal, no corresponde a un poder exorbitante, pues interpretado de esta manera el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 no se encontraría en oposición con el 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 […]»[[48]](#footnote-49).

Es cierto que la posibilidad de pactar las multas y cláusula penal están permitidas en el derecho privado[[49]](#footnote-50). 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 mismo. 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[[50]](#footnote-51). De esta manera, si bien las sanciones pecuniarias no son exorbitantes en cuanto a la posibilidad del pactarlas, tienen la connotación de poder excepcional cuando la ley faculta a las entidades estatales para imponerlas directamente 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[[51]](#footnote-52).

***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 […]»[[52]](#footnote-53).

Pese a que en esta postura se estima adecuada frente a la 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 de la Administración 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 con 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»[[53]](#footnote-54). 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[[54]](#footnote-55). 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[[55]](#footnote-56).

En síntesis, sin perjuicio de la equiparación entre contratos y convenios para efectos de la Ley de Garantías Electorales y para otros elementos que son, en gran medida comunes, en tanto lo serán aquellos celebrados entre entidades públicas, la distinción entre ambas figuras es jurídicamente relevante respecto al ejercicio de la potestad sancionatoria del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, de acuerdo con lo señalado en el pronunciamiento citado. De esta manera, 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, reiterado en el C-639 del 14 de diciembre 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[[56]](#footnote-57). 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».

**2.6 El contrato de interventoría. La obligación de controlar y vigilar la correcta ejecución de los contratos estatales y la posibilidad de pactar obligaciones de medio y de resultado**

El Estado acude a la contratación de bienes, obras y servicios para cumplir los fines que le impone el ordenamiento jurídico, la continuidad y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados y de quienes colaboran en la consecución de dichos fines, entre otros[[57]](#footnote-58). Para la garantía de los fines de interés general involucrados en la contratación de las entidades estatales, el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública ‒en adelante EGCAP‒ establece que, en la etapa de ejecución del contrato, las entidades estatales y los servidores públicos que participan en ella tienen la obligación de controlar y vigilar la correcta ejecución del objeto contratado, para efectos de que las finalidades perseguidas con la celebración de los negocios jurídicos se logren de manera satisfactoria.

Por esto, el EGCAP alude a la obligación mencionada, que guarda relación con el principio de responsabilidad que rige la celebración y ejecución de los contratos estatales. Así, por ejemplo, los artículos 4, 5, 12, 14 y 26 de la Ley 80 de 1993 consagran normas relacionadas con el control y vigilancia de la ejecución de los contratos estatales. Estas disposiciones establecen, entre otros aspectos, la obligación de las entidades estatales de velar por el correcto y oportuno cumplimiento de las prestaciones del contrato, incluyendo las especificaciones de los bienes, obras y servicios, las condiciones de calidad ofrecidas, etc. Esta obligación se predica, en principio, del jefe o representante legal de la entidad, por tener la responsabilidad de la dirección y manejo de la actividad contractual, pero también de los servidores públicos que intervienen en ella. En ese sentido, las entidades estatales deben ejercer el control de la ejecución del contrato y, de ser el caso, tomar medidas para exigir el adecuado cumplimiento.

Las Leyes 1150 de 2007 y 1474 de 2011 complementan el régimen jurídico de la obligación de vigilar la correcta ejecución de los contratos estatales. En dichas leyes se impone el debido proceso como principio rector en materia sancionatoria contractual para la imposición de multas y la decisión de hacer efectiva la cláusula penal; principio que se debe respetar en el ejercicio del control y vigilancia de la ejecución contractual[[58]](#footnote-59). De igual forma, se establecen los límites de la responsabilidad del representante legal ante la delegación de sus funciones en materia contractual[[59]](#footnote-60) y se regula la supervisión y la interventoría de los contratos estatales[[60]](#footnote-61).

La jurisprudencia de lo contencioso-administrativo, por su parte, ha considerado que la obligación de vigilar la correcta ejecución del objeto contractual es una función de la entidad contratante, en los siguientes términos:

La función de vigilancia y control del contrato estatal supone el cuidado y la supervisión, de forma tal que en ejercicio de esa función, quien administra la adecuada y oportuna ejecución del contrato no sólo debe velar por que las partes den cumplimiento a las obligaciones contractuales, sino que el contrato se ejecute en el tiempo y la forma convenidos, para de esta forma garantizar la satisfacción de las necesidades que la administración buscaba alcanzar con la celebración del respectivo contrato[[61]](#footnote-62).

En desarrollo del deber descrito, se analizará uno de los instrumentos dispuestos por el ordenamiento jurídico para su cumplimiento, relacionado con la interventoría de los contratos estatales. De esta manera, la Ley 1474 de 2011 enmarcó el seguimiento, control y vigilancia de la ejecución del contrato estatal dentro del principio de moralidad administrativa. El artículo 83 *ibidem* establece que «con el fin de proteger la moralidad administrativa, de prevenir la ocurrencia de actos de corrupción y de tutelar la transparencia de la actividad contractual, las entidades públicas están obligadas a vigilar permanentemente la correcta ejecución del objeto contratado a través de un supervisor o un interventor, según corresponda». Además, el legislador, en el mismo artículo, definió las nociones de *supervisión* e *interventoría*, como mecanismos que pueden usar las entidades estatales para vigilar el contrato, en estos términos:

La supervisión consistirá en el seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable, y jurídico que sobre el cumplimiento del objeto del contrato, es ejercida por la misma entidad estatal cuando no requieren conocimientos especializados. Para la supervisión, la Entidad estatal podrá contratar personal de apoyo, a través de los contratos de prestación de servicios que sean requeridos.

La interventoría consistirá en el seguimiento técnico que sobre el cumplimiento del contrato realice una persona natural o jurídica contratada para tal fin por la Entidad Estatal, cuando el seguimiento del contrato suponga conocimiento especializado en la materia, o cuando la complejidad o la extensión del mismo lo justifiquen. No obstante, lo anterior cuando la entidad lo encuentre justificado y acorde a la naturaleza del contrato principal, podrá contratar el seguimiento administrativo, técnico, financiero, contable, jurídico del objeto o contrato dentro de la interventoría.

De este modo, la interventoría: i) será un mecanismo de vigilancia contingente en la medida que solo es obligatorio para el seguimiento de los contratos de obra adjudicados por licitación pública ‒art. 32, numeral 1‒; en los demás casos se requerirá cuando «el seguimiento del contrato suponga conocimiento especializado en la materia, o cuando la complejidad o la extensión del mismo lo justifiquen» ‒art. 83, Ley 1474 de 2011‒. ii) Este mecanismo de vigilancia exige, en su ejecución, la utilización de conocimientos especializados. iii) Por lo anterior, la entidad contrata un experto a través de un concurso de méritos, al tratarse la interventoría de una especie del contrato de consultoría ‒art. 32, numeral 2, inciso 2, Ley 80 de 1993[[62]](#footnote-63)‒, de manera que la interventoría es realizada por una «persona natural o jurídica contratada para tal fin por la Entidad Estatal» ‒art. 83, Ley 1474‒ iv) Le es inherente el seguimiento técnico, frente a la vigilancia de la correcta ejecución del contrato vigilado; sin embargo, el artículo 83 de la Ley 1474 de 2011 permite que en el contrato de interventoría también se pacten obligaciones para que el contratista realice el seguimiento administrativo, financiero, contable o jurídico. v) En caso de que no se encomiende al interventor el seguimiento total del contrato, en el contrato de interventoría «se deberán indicar las actividades técnicas a cargo del interventor y las demás quedarán a cargo de la Entidad a través del supervisor» ‒art. 83, inciso 3‒. Finalmente, vi) el contrato de interventoría será supervisado directamente por la entidad ‒art. 83, inciso 4‒.

De acuerdo con lo anterior, el interventor es un contratista externo a la entidad estatal y al contratista vigilado, de manera que es seleccionado por la entidad estatal mediante los procedimientos contractuales establecidos en el EGCAP; en principio, a través de un concurso de méritos. Lo anterior, sin perjuicio de que eventualmente aplique alguna causal especial que permita la celebración de este tipo de contratos mediante una modalidad diferente, como podría suceder frente a la posibilidad de realizar, por ejemplo, una contratación de mínima cuantía o una contratación directa, en caso de presentarse alguna de las causales establecidas en el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, que dé lugar a acudir a otra modalidad de selección.

Ahora bien, en cuanto a las obligaciones que se pueden pactar en el contrato de interventoría y las que hacen parte de su naturaleza, algunas de las cuales se encuentran en los artículos 82 y siguientes la Ley 1474 de 2011 y 32 de la Ley 80 de 1993, el peticionario pregunta si las obligaciones del interventor de un contrato estatal son de medio o de resultado.

Como precisión previa, debe señalarse que esta distinción se predica de las obligaciones, no de los contratos en general, de manera que un contrato puede contener obligaciones de medio y de resultado. En efecto, es importante recordar que el Código Civil, en cuanto a las normas que sirven de sustento a estas distinciones, profundizadas por la doctrina, regula el régimen de las obligaciones, de manera que en cada contrato pueden identificarse algunas obligaciones de medio y otras de resultado, tal como sucede, entre otros, en un contrato de interventoría.

En armonía con lo anterior, es importante señalar que la distinción entre obligaciones de medio y de resultado corresponde a una clasificación doctrinaria, frente a la cual se trata de ubicar un fundamento jurídico que las apoye. Sin embargo, ni en el EGCAP, ni en el código civil o en el código de comercio se definen o clasifican las obligaciones como «de medio» o «de resultado».

La importancia que la doctrina y la jurisprudencia le da a esta clasificación radica en que la distinción entre las obligaciones de resultado y de medio tiene importantes efectos sobre el ámbito de responsabilidad de los contratantes. En las primeras, existe una obligación de garantizar un resultado concreto, cuya insatisfacción implica un incumplimiento contractual, de manera que al acreedor le bastará con alegar la no ejecución de la prestación debida, y el deudor deberá demostrar la presencia de una causa extraña para exonerarse. Por el contrario, en las segundas, el deudor se obliga a emplear todos los medios de que dispone y toda su diligencia para ejecutar en debida forma el contrato, sin garantizar un resultado concreto, de manera que, en este supuesto, el deudor podrá salvar su responsabilidad demostrando su diligencia en la ejecución del contrato, pese a no lograrse el objetivo buscado. En relación con este aspecto, el costarricense Juan Marcos Rivero Sánchez expresa:

[…] Correspondió a Demogue el mérito de armonizar las diversas posiciones doctrinales y contribuir, de esta manera, a la formación de la opinión dominante en esta materia. De conformidad con su teoría, existen dos formas de obligaciones contractuales: las “*obligations de résultat”* y las *“obligations de moyens”.* El artículo 1137 debe referirse a las obligaciones de medios, también llamadas obligaciones generales “*de prudence et diligence”.* Por el contrario, el artículo 1147 se refiere a las obligaciones de resultado. Estas son aquellas en las que el deudor, como su nombre lo indica, se compromete a producir un resultado concreto y determinado. Si éste no se llega a dar, se concreta la falta del deudor, a menos que éste demuestre que la ausencia del resultado prometido se debe a una *cause étrangère.* En las obligaciones de medios se compromete al deudor tan sólo a la observancia del debido cuidado y diligencia de un *bon père de famille* al actuar, pero no se obliga a un resultado específico. En este caso debe el acreedor demostrar que el deudor ha faltado al cuidado o diligencia debidos para fundamentar el incumplimiento del contrato[[63]](#footnote-64).

 No es el interés de esta Agencia dirimir en el alcance de estos conceptos o su posible distinción con apoyo en las normas civiles y comerciales. Por ello, únicamente con la finalidad de absolver el cuestionamiento formulado por el peticionario, se considera que un contrato de interventoría puede contener obligaciones que se podrían ubicar doctrinariamente como de medio o de resultado, pues no existe una prohibición de pactar unas u otras, máxime cuando los artículos 13, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993 remiten a las normas civiles y comerciales para complementar el régimen contractual del EGCAP. En todo caso, es importante señalar que el artículo 53 de la Ley 80 de 1993 –modificado por el artículo 82 de la Ley 1474 de 2011 y, posteriormente, por el artículo 2 de la Ley 1882 de 2018– contiene una regulación especial frente a la responsabilidad de los interventores. De esta manera, el inciso segundo de la norma indicada establece:

«[…] Por su parte, los interventores, responderán civil, fiscal, penal y disciplinariamente, tanto por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de interventoría, como por los hechos u omisiones que le sean imputables y causen daño o perjuicio a las entidades, derivados de la celebración y ejecución de los contratos respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan las funciones de interventoría, incluyendo la etapa de liquidación de los mismos siempre y cuando tales perjuicios provengan del incumplimiento o responsabilidad directa, por parte del interventor, de las obligaciones que a este le correspondan conforme con el contrato de interventoría.

 En conclusión, atendiendo a la pregunta formulada por el peticionario, un contrato de interventoría puede contener obligaciones de medio y de resultado, atendiendo a las obligaciones pactadas en el mismo y en las que resulten aplicables por su naturaleza, sin que exista alguna restricción o prohibición de pactar uno u otro tipo de obligaciones.

**3. Respuesta**

Teniendo en cuenta que el solicitante formuló 4 peticiones distintas y que varios de los asuntos consultados guardan unidad temática, varias de las preguntas se responderán en bloque, de manera que todas sean absueltas de forma coherente, por lo que se agruparán las preguntas de las distintas solicitudes presentadas a la Agencia.

**I.** ¿puede la U. Militar aplicar las normar de la Ley 80 y concordantes, por ser normas generales de contratación administrativa?

¿qué debe entenderse por normas generales de contratación administrativa en los términos del artículo precitado?

¿que régimen de contratación cobija a la Universidad Militar Nueva Granada?

¿Puede la Universidad Nueva Granada hacer uso de las potestades sancionatorias contractuales que trata el art. 86 de la Ley 1474/2011?

¿Puede la Universidad Nueva Granada liquidar unilateralmente los contratos conforme la Ley 1150/2007 y normas concordantes?

¿Puede la Universidad Nueva Granada hacer uso de las potestades excepcionales (terminación, interpretación, etc.) que trata el art. 86 de la Ley 80/1993?

Como se expresó en las consideraciones, la Ley 805 de 2003 establece un régimen contractual *sui géneris* para la Universidad Militar Nueva Granda, que mezcla el derecho privado con una habilitación general para incorporar normas y facultades propias del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. En particular, el artículo 19 de dicha Ley prescribe:

Artículo 19. Régimen contractual. La Universidad Militar Nueva Granada está facultada para celebrar toda clase de contratos de acuerdo a su naturaleza y objetivos. *Los contratos que para el cumplimiento de sus funciones celebre la Universidad Militar Nueva Granada se regirán por las normas de derecho privado y sus efectos estarán sujetos a las normas civiles y comerciales, según la naturaleza de los contratos*, salvo los contratos de empréstito los cuales se someterán a las reglas previstos para ellos en el estatuto de contratación para la administración pública y las disposiciones que lo modifiquen, complementen o sustituyan. *Lo anterior sin perjuicio de que la Universidad pueda aplicar las normas generales de contratación administrativa*. (Cursiva fuera del original).

Como se advierte, inicialmente la disposición establece un régimen contractual idéntico a la generalidad de las universidades estatales, convirtiendo a esta universidad en una entidad de *régimen especial*. En efecto, en términos generales el régimen contractual de la Universidad Militar Nueva Granada es el derecho privado. Sin embargo, esta ley especial y posterior a la Ley 30 de 1992 establece al final del inciso primero que esta universidad puede aplicar las normas generales de contratación administrativa. En conclusión, la norma citada prescribe que el régimen contractual de la Universidad Militar Nueva Granada es el derecho privado, sin perjuicio de que pueda aplicar discrecionalmente contenidos o normas del EGCAP.

Ahora bien, esta Agencia considera que cuando la norma hace referencia a la posibilidad de aplicar las «normas generales de la contratación administrativa», esto implica la facultad de adoptar contenidos, normas o facultades del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, que es el régimen contractual general de las entidades públicas, al igual que las normas que lo modifiquen, adicionen o complementen. Además, la referencia a «normas generales» no debe entenderse como una limitación a ciertas disposiciones del EGCAP, pues no sería posible distinguir entre unas normas generales y otras que no lo sean. En efecto, se considera que dicha remisión, al emplear el vocablo «general», está denotando la aplicación del régimen contractual común –o general– de las entidades estatales.

Teniendo en cuenta lo anterior, el artículo 19 de la Ley 805 de 2003 faculta a la Universidad Militar Nueva Granada para que *pueda* –esto es, discrecionalmente– incorporar en sus contratos normas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, lo que podrá hacer mediante su incorporación en su manual de contratación o en sus contratos. Ahora bien, en caso de que se opte por incorporar estas normas, su aplicación deberá realizarse conforme a su contenido establecido en el EGCAP. Es decir, que si la entidad opta por adoptar facultades prescritas en el Estatuto General de Contratación, su ejercicio deberá observar el alcance establecido en este estatuto.

Por ello, a juicio de la Agencia, la habilitación general anterior permite que esta universidad incorpore en sus contratos, ya sea en su manual de contratación o de forma particular en cada contrato –aunque el manual de contratación la *autovincule*– normas del EGCAP. En este caso, su aplicación se realizará conforme a la regulación establecida en el Estatuto General de Contratación. Ahora bien, aunque se deriva de lo indicado, vale precisar que la habilitación anterior incluso se extendería a la posibilidad de incorporar las cláusulas excepcionales reguladas en el artículo 14 y ss. de la Ley 80 de 1993; la imposición unilateral de las multas y la cláusula penal, en los términos establecidos en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007; la liquidación unilateral del contrato en los términos del artículo 11 de la Ley 1150 de 2007; además, en caso de que se incorporen facultades sancionatorias que se derivan de algunas de las disposiciones indicadas, también resultará procedente el procedimiento para su aplicación, concretamente el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

Ahora bien, se reitera que su incorporación y ejercicio por parte de la entidad deberá realizarse conforme a la regulación establecida en el EGCAP. Además, su aplicación, al igual que las demás normas del Estatuto General de Contratación dependerá de la regulación que establezca la universidad en su manual de contratación o en sus contratos, pues se requeriría una incorporación expresa, toda vez que su aplicación depende de la facultad discrecional de incluir dichas normas, pues por regla general el régimen aplicable a sus contratos es el derecho privado, sin perjuicio de que la universidad pueda aplicar ciertas normas generales de contratación administrativa.

**II.** ¿debe regirse la contratación de la Universidad Nueva Granada por sus manuales de contratación internos?

Como se explicó en las consideraciones, las entidades estatales que, por disposición legal, cuentan con un régimen especial, exceptuado del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y normas complementarias– pueden expedir un reglamento interno de contratación –comúnmente denominado *manual de contratación*–, que regule aspectos asociados a la actividad contractual, como los procedimientos de selección, los requisitos de participación, las condiciones de ejecución del contrato, etc. En otras palabras, el manual de contratación de las entidades exceptuadas es un acto administrativo y, de manera más concreta, un reglamento, pues, además de consistir en una manifestación unilateral de voluntad efectuada por la entidad estatal, en ejercicio de función administrativa, dirigida a producir efectos jurídicos, tiene vocación de permanencia en el tiempo. Esto significa que el manual de contratación despliega sus efectos de manera indefinida en el futuro, no agotándose con una sola aplicación. Además, pese a que existe un alto grado de discrecionalidad en su elaboración, el manual de contratación al ser un reglamento vincula a la propia entidad.

En todo caso, se reitera que las reglas establecidas en los manuales o reglamentos internos de contratación son muy importantes, toda vez que las entidades se obligan a cumplir su contenido. Además, tratándose de un acto administrativo, concretamente de un reglamento, le aplican los atributos propios de estos tipos de actos, entre otras cosas, la presunción de legalidad y la regla de *inderogabilidad singular del reglamento*. En tal sentido, su contenido vincula a la propia entidad que lo expidió y no puede desconocerlo a su capricho en casos específicos. Esto sin perjuicio de la posibilidad de expedir un nuevo manual o de modificar el existente.

**III.** ¿a qué norma deben acudir las universidades públicas en sus contrataciones cuando sus manuales de contratación no regulen determinada materia?

¿a qué norma debe acudir la universidad Militar Nueva Granada en sus contrataciones cuando sus manuales de contratación no regulen determinada materia?

En armonía con la respuesta a las primeras preguntas, y conforme se explicó en las consideraciones, para determinar el método hermenéutico que ha de seguirse al momento de llenar el vacío de regulación presente en los manuales de contratación de las entidades con régimen especial, el operador jurídico debe indagar sobre en qué materia existiría una laguna. Ello por cuanto existen *tres* –eventualmente *cuatro*– remisiones legales, que deben interpretarse sistemáticamente: i) la que efectúa hacia el derecho privado la norma legal que constituye el régimen especial de la entidad correspondiente –por ejemplo, el artículo 93 de la Ley 30 de 1992 o el artículo 19 de la Ley 805 de 2003–; ii) la que prevén los artículos 2, 34 y 47 de la Ley 1437 de 2011, los cuales disponen que las normas de la primera parte del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –CPACA– deben aplicarse en ausencia de lo establecido en leyes especiales; y iii) la que establece el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 respecto de la aplicación de los principios de la función administrativa –artículo 209 C.P.– y de la gestión fiscal –artículo 267 C.P.–, así como del régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto para la contratación estatal. iv) Ahora bien, excepcionalmente a algunas entidades de régimen especial de contratación se les faculta para hacer uso de ciertos contenidos propios de los contratos regidos por el EGCAP, caso en el cual, salvo que la norma que atribuya la facultad permita variar dichos contenidos, estos aspectos se regulan por las disposiciones del Estatuto General, sin que la entidad de régimen especial pueda modificar el alcance de dichas facultades.

En consecuencia, si el manual de contratación de la entidad de régimen especial no prevé normas –es decir, si tiene vacíos[[64]](#footnote-65)– sobre: i) los elementos de existencia y validez del contrato, ii) los vicios que pueden generar su anulación, iii) la tipología de los negocios jurídicos, iv) los criterios de interpretación de las estipulaciones contractuales, v) el concepto y los requisitos de la oferta, vi) las formas de extinción de las obligaciones, vii) la responsabilidad contractual, y otras materias similares relacionadas con el régimen sustantivo del contrato, la ausencia de tales disposiciones en el reglamento interno de contratación de la entidad exceptuada debe suplirse con las normas del Código Civil y del Código de Comercio, con la costumbre mercantil y con los principios generales que rigen las relaciones contractuales de los particulares, que ingresan dentro de la categoría de la *lex mercatoria*.

Por el contrario, si el vacío del manual de contratación tiene que ver con asuntos asociados a los procedimientos administrativos, como: i) la forma de iniciar la actuación administrativa, ii) los derechos y deberes de las entidades y de los particulares en los procedimientos administrativos, iii) el trámite de las peticiones, iv) la notificación, comunicación o publicación de los actos administrativos, v) la presunción de legalidad, firmeza y ejecutoriedad de los actos administrativos, vi) los recursos contra los actos administrativos, etc. –asuntos que, como se dijo, gozan de reserva de ley–, la entidad de régimen especial debe aplicar el principio de subsidiariedad previsto en los artículos 2, 34 y 47 de la Ley 1437 de 2011, es decir, debe llenar tales lagunas con las normas de la primera parte del CPACA.

De otro lado, si lo que falta en el manual –precisamente porque está reservado a la ley– son normas que regulen las inhabilidades e incompatibilidades, en este caso sí se debe acudir a las disposiciones que las consagran y que establecen sus consecuencias, tanto en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, como en leyes complementarias. Por último, si excepcionalmente a la entidad de régimen especial se la habilita o faculta para hacer uso de disposiciones o prerrogativas establecidas en el EGCAP, los vacíos respecto a su ejercicio se llenan con las disposiciones del Estatuto General de Contratación.

En síntesis, los vacíos de los manuales de contratación de las entidades con régimen especial no siempre se llenan de la misma manera, pues ello depende de las materias sobre las cuales exista ausencia de regulación en dicho reglamento y la ley que crea el régimen especial. En tal sentido, sin perjuicio del deber de cumplir ciertas obligaciones transversales a la contratación pública, los vacíos en los aspectos sustantivos y en la regulación del contrato se deben llenar con las normas civiles y comerciales, según el caso; los que tengan que ver con asuntos relacionados con el procedimiento administrativo se deben integrar con las normas de la primera parte del CPACA; los relacionados con las normas sobre inhabilidades e incompatibilidades, con las disposiciones que las regulen, contenidas bien sea en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública o en leyes complementarias.

De otro lado, pero no por ello menos importante, los vacíos en la definición o alcance de los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal –a los que aluden los artículos 209 y 267 de la Constitución– deben llenarse con una interpretación integral de la carta política, así como con la jurisprudencia constitucional que exista sobre la materia, emanada de la Corte Constitucional o del Consejo de Estado –cuando actúe como tribunal constitucional–. Por último, si excepcionalmente a la entidad de régimen especial se la habilita o faculta para hacer uso de disposiciones o prerrogativas establecidas en el EGCAP, los vacíos respecto a su ejercicio se llenanan con las disposiciones del Estatuto General de Contratación.

**IV.** Los contratos y convenios que celebre la U. Militar Nueva Granada con otras entidades del estado, ¿Son contratos o convenios interadministrativos?

De acuerdo con las consideraciones de este concepto, 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[[65]](#footnote-66). 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. Por lo anterior, si un contrato estatal es celebrado por dos entidades públicas, el contrato o convenio será interadministrativo.

**V.** ¿Pueden las entidades sometidas al estatuto de contratación (Ley 80), que contraten con universidades públicas, imponer sanciones (art. 86 ley 1474 de 2011) a estas universidades en el marco de los contratos que suscriban? Se hace la pregunta además para que se me responda en particular con la Universidad Militar Nueva Granada.

¿Debe prescindirse de la estipulación de cláusulas excepcionales en los convenios interadministrativos o únicamente en los contratos interadministrativos?

¿Esta norma aplica para los contratos que celebren las entidades públicas entre sí con una modalidad diferente a la contratación directa interadministrativa?

¿en los eventos que las entidades públicas pacten cláusulas excepcionales (en el supuesto del parágrafo precitado) deben entenderse por no pactadas?

¿Pueden las entidades públicas declarar el incumplimiento cuando su parte cocontratante sea otra entidad pública? ¿únicamente pueden hacerlo las entidades contempladas en el art. 2 de la Ley 80?

¿qué procedimiento deben seguir las universidades públicas para hacer efectivas las garantías pactadas en sus contratos?

Es posible que la respuesta a algunos de estos interrogantes se complemente con la respuesta a las preguntas anteriores. Ahora, sin perjuicio de la equiparación entre contratos y convenios para efectos de la Ley de Garantías y para otros elementos que le son comunes, la distinción entre ambas figuras es jurídicamente relevante respecto al ejercicio de la potestad sancionatoria del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, esto es, para la imposición unilateral de multas y la cláusula penal. En efecto, conforme se explicó en los *convenios interadministrativos del artículo 95 de la Ley 489 de 1998* –de acuerdo con la explicación del Concepto C-585 del 15 de octubre de 2021 y C-639 del 14 de diciembre de 2021[[66]](#footnote-67)– 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 –imposición unilateral de multas y cláusula penal– 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, salvo lo expresado respecto a los convenios interadministrativos. De esta manera, cuando en el contrato aplican estas disposiciones del 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.

Ahora bien, tratándose de las cláusulas excepcionales del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, como se explicó en el numeral 2.5 de este concepto, de acuerdo con el parágrafo del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, el régimen de las cláusulas exorbitantes de los contratos o convenios interadministrativos corresponde al *tercer grupo* de los analizados en dicho numeral, pues dicha disposición establece 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, se reitera que la norma citada no se refiere expresamente a la imposición unilateral de las multas y la cláusula penal pecuniaria en los contratos interadministrativos, pues pese a que se puedan considerar materialmente cláusulas exorbitantes no hacen parte del grupo de potestades excepcionales reguladas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, frente a las cuales se explicó su aplicación.

En conclusión, en los contratos y en los convenios interadministrativos no es posible hacer uso de las cláusulas excepcionales del artículo 14 de la ley 80 de 1993, esto es, caducidad, terminación, interpretación y modificación unilateral. Sin embargo, la imposición unilateral de las multas y la cláusula penal, de acuerdo con el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, procedería en los contratos interadministrativos. Sin embargo, no procederían en los convenios interadministrativos, dada la naturaleza de igualdad en la relación contractual, conforme se explicó en el numeral 2.5. de este concepto. Finalmente, se aclara que las conclusiones indicadas no varían atendiendo al procedimiento de selección utilizado para la celebración del respectivo negocio jurídico.

**VI.** En materia de contrato de interventoría: ¿son las obligaciones de interventoría de medio, de resultado o de medio y de resultado? o, ¿depende de cada contrato en particular si es de medio o de resultado?

De conformidad con las consideraciones, un contrato de interventoría puede contener obligaciones de medio y de resultado, atendiendo a las obligaciones pactadas en el mismo y en las que resulten aplicables por su naturaleza, sin que exista alguna restricción o prohibición de pactar uno u otro tipo de obligaciones.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Sebastián Ramírez GrisalesContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Juan David Montoya PenagosGestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado NavarroSubdirector de Gestión Contractual ANCP – CCE |

1. Es importante precisar que el término de respuesta a estas dos peticiones fue ampliado mediante comunicación del 18 de febrero de 2022, remitida al correo electrónico del peticionario. [↑](#footnote-ref-2)
2. La Agencia Nacional de Contratación Pública ‒ Colombia Compra Eficiente fue creada por el Decreto Ley 4170 de 2011. Su objetivo es servir como ente rector de la política de compras y contratación del Estado. Para tales fines, como órgano técnico especializado, le corresponde formular políticas públicas y normas y unificar los procesos de contratación estatal, con el fin de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado. El artículo 3 *ibidem* señala, de manera precisa, las funciones de Colombia Compra Eficiente. Concretamente, el numeral 5º de este artículo establece que le corresponde a esta entidad: «[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general y expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública». Seguidamente, el numeral 8º del artículo 11 ibidem señala que es función de la Subdirección de Gestión Contractual: «[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general». [↑](#footnote-ref-3)
3. Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente. Guía para las Entidades Estatales con régimen especial de contratación: «Entidad Estatal de régimen especial: Entidad Estatal que realiza sus Procesos de Contratación con un régimen distinto al previsto en las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007». [↑](#footnote-ref-4)
4. Consejo de Estado. Sección Tercera. Radicado No. 45.607 del 24 de octubre de 2016. Consejera Ponente: María Nubia Velásquez Rico. [↑](#footnote-ref-5)
5. Sobre las entidades de régimen especial, se puede consultar su definición y un listado aproximado de este tipo de entidades en: BARRETO MORENO, Antonio A. El derecho de la compra pública. Primera edición. Bogotá: Legis - Universidad de la Sabana, 2019. [↑](#footnote-ref-6)
6. Artículo 31. Régimen de la contratación. [Artículo modificado por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001] Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa.

*Las Comisiones de Regulación podrán hacer obligatoria la inclusión, en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos, de cláusulas exorbitantes y podrán facultar, previa consulta expresa por parte de las empresas de servicios públicos domiciliarios, que se incluyan en los demás. Cuando la inclusión sea forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, y los actos y contratos en los que se utilicen esas cláusulas y/o se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa*. Las Comisiones de Regulación contarán con quince (15) días para responder las solicitudes elevadas por las empresas de servicios públicos domiciliarios sobre la inclusión de las cláusulas excepcionales en los respectivos contratos, transcurrido este término operará el silencio administrativo positivo. (Cursiva fuera del original). [↑](#footnote-ref-7)
7. Este fenómeno también se ha presentado, en los últimos años, en España. Al respecto, ver: SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. El retorno del derecho administrativo. En: Revista de Administración Pública. Nº 216 (2018). Disponible en: https://recyt.fecyt.es/index.php/RAP/article/view/67033. [↑](#footnote-ref-8)
8. Es el caso de: i) las empresas sociales del Estado (art. 195, num. 6, Ley 100/1993), ii) las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios (arts. 31 y 32, Ley 142/94); iii) las empresas industriales y comerciales del Estado, sociedades públicas y sociedades de economía mixta con capital público mayoritario, siempre que las tres entidades mencionadas anteriormente se encuentren en competencia con el sector público o privado, a nivel nacional o internacional, o ejerzan su actividad en un mercado regulado (art. 14, Ley 1150/07); iv) las universidades públicas (art. 93, Ley 30/92); entre otras. [↑](#footnote-ref-9)
9. Leyes que, a su vez, han sido modificadas por otras posteriores, como las Leyes 1474 de 2011 y 1882 de 2018, entre otras. Así mismo, se recuerda que el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública se encuentra reglamentado actualmente por el Decreto 1082 de 2015. [↑](#footnote-ref-10)
10. Así lo sostuvo el Consejo de Estado: «Esta Sala, en sentido contrario al del tribunal, recuerda que las normas que establecen la manera como se perfecciona un contrato son de orden público, por tanto indisponibles por las partes, así que para las entidades excluidas de la Ley 80, un contrato existe si cumple las exigencias del ordenamiento privado; ni siquiera las del manual de contratación que expide cada hospital, ni las que prevean las partes en un contrato específico, porque los últimos no pueden reducirlas o adicionarlas, puesto que semejante acuerdo adolecerá de nulidad, al transgredir el derecho público de la nación.

»Lo anterior explica por qué en el derecho privado las partes no pueden condicionar la existencia de un contrato, que por ley sea consensual, al hecho de que conste por escrito; ni uno que requiere escritura pública al hecho de que el acuerdo verbal sea suficiente. Esto significa que si la ley impuso formalidades especiales para que exista un contrato, las partes no sólo no pueden obviarlas, sino que tampoco las pueden incrementar o adicionar; y a la inversa, si la ley no estableció formalidades especiales para que exista determinado negocio, las partes no las pueden crear con ese propósito –aunque sí podrían hacerlo para otros efectos, pero no para que exista el acuerdo de voluntades-. Lo expresado hasta ahora debe entenderse en los siguientes sentidos:

»a. Si la norma aplicable al contrato es la Ley 80, los requisitos de perfeccionamiento son los que ella establezca; de manera que las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad –que autorizan los arts. 13, 32 y 40- no pueden atenuar ni hacer más exigentes los que contempla.

»b. Si la norma aplicable al contrato estatal es el derecho privado más los principios de la función administrativa, los requisitos de perfeccionamiento también son los que aquél establezca; por tanto, las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, tampoco pueden atenuar ni hacer más exigentes los que contempla.

»c. Si la entidad excluida de Ley 80 profirió un reglamento o manual de contratación, para señalar con certidumbre la manera como contratará los bienes, obras y servicios de su interés, los requisitos de perfeccionamiento de sus contratos tampoco son disponibles por ese estatuto, porque esta materia está reservada a la ley. Por tanto, cuándo existe un contrato es un aspecto que define el derecho privado, y la entidad no lo puede alterar, ni para atenuar ni para hacer más exigentes los requisitos» (Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 8 de abril de 2014. Exp. 25.801 C.P. Enrique Gil Botero). [↑](#footnote-ref-11)
11. «La fuerza vinculante de los reglamentos –tanto para los administrados como para la propia administración– surge del hecho de ser una norma jurídica, y de compartir la naturaleza del acto administrativo, luego, de allí también se desprende que se presuman legales y sean ejecutorios.

»Por esta misma razón, la doctrina española –con especial fuerza– ha señalado que su observancia no queda al capricho del órgano que la expidió, pues si quisiera él lo puede desconocer. De algún modo, como acontece con todo acto administrativo, el acto cobra vida propia, y autonomía en relación con su propio creador. A este último evento se le denomina la inderogabilidad singular del reglamento, que no es otra cosa que la prohibición de insertarlo en un caso particular.

»Esta tesis –de absoluta razonabilidad–, protege tanto al ciudadano como al ordenamiento jurídico en general, de la arbitrariedad de la administración, pues si se admitiera que pese a estar en vigencia un reglamento la propia administración que lo dictó lo pudiera inaplicar, aduciendo que si ella lo produjo entonces cuenta con la autoridad para desconocerlo, los abusos y la violación a sus propias reglas propiciaría el atropello y la corrupción». (MARÍN CORTÉS, Fabián G. El reglamento como fuente del derecho administrativo. En: Las fuentes del derecho administrativo. Texto inédito. 2010. pp. 200-201). [↑](#footnote-ref-12)
12. Sobre el concepto de *lagunas* en el sistema normativo, es decir, de *vacíos* de regulación, puede verse: GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. Filosofía del Derecho. 17ª ed. México: Porrúa, 2011. pp. 222-245. [↑](#footnote-ref-13)
13. Identificada con la referencia G-EEREC-01 y publicada en el siguiente enlace: https://colombiacompra.gov.co/sites/cce\_public/files/cce\_documents/cce\_guia\_regimen\_especial.pdf [↑](#footnote-ref-14)
14. Bien por la reserva legal de las materias o porque no las reguló. [↑](#footnote-ref-15)
15. El artículo 1º del Código de Comercio establece que: «Los comerciantes y los asuntos mercantiles se regirán por las disposiciones de la ley comercial, y los casos no regulados expresamente en ella serán decididos por analogía de sus normas»; mientras que el artículo 2º señala que: «En las cuestiones comerciales que no pudieren regularse conforme a la regla anterior, se aplicarán las disposiciones de la legislación civil». Esto significa que en el derecho privado las normas comerciales prevalecen sobre las civiles en asuntos mercantiles. [↑](#footnote-ref-16)
16. «La costumbre mercantil tendrá la misma autoridad que la ley comercial, siempre que no la contraríe manifiesta o tácitamente y que los hechos constitutivos de la misma sean públicos, uniformes y reiterados en el lugar donde hayan de cumplirse las prestaciones o surgido las relaciones que deban regularse por ella.

»En defecto de costumbre local se tendrá en cuenta la general del país, siempre que reúna los requisitos exigidos en el inciso anterior» (art. 3 del Código de Comercio). [↑](#footnote-ref-17)
17. Dentro de tales principio se encuentran, por ejemplo, los principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales. Ver: https://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2010/blackletter2010-spanish.pdf [↑](#footnote-ref-18)
18. «Artículo 69. Se garantiza la autonomía universitaria. Las universidades podrán darse sus directivas y regirse por sus propios estatutos, de acuerdo con la ley. La ley establecerá un régimen especial para las universidades del Estado». [↑](#footnote-ref-19)
19. «Artículo 57. Las universidades estatales u oficiales deben organizarse como entes universitarios autónomos, con régimen especial y vinculados al Ministerio de Educación Nacional en lo que se refiere a las políticas y la planeación del sector educativo.

»Los entes universitarios autónomos tendrán las siguientes características: Personería jurídica, autonomía académica, administrativa y financiera, patrimonio independiente y podrán elaborar y manejar su presupuesto de acuerdo con las funciones que le corresponden.

 »El carácter especial del régimen de las universidades estatales u oficiales, comprenderá la organización y elección de directivas, del personal docente y administrativo, el sistema de las universidades estatales u oficiales, el régimen financiero, el régimen de contratación y control fiscal y su propia seguridad social en salud, de acuerdo con la presente ley». [↑](#footnote-ref-20)
20. «Artículo 93. Salvo las excepciones consagradas en la presente ley, los contratos que para el cumplimiento de sus funciones celebren las universidades estatales u oficiales, se regirán por las normas del derecho privado y sus efectos estarán sujetos a las normas civiles y comerciales, según la naturaleza de los contratos». [↑](#footnote-ref-21)
21. «Artículo 39. Integración de la Administración Pública. La Administración Pública se integra por los organismos que conforman la Rama Ejecutiva del Poder Público y por todos los demás organismos y entidades de naturaleza pública que de manera permanente tienen a su cargo el ejercicio de las actividades y funciones administrativas o la prestación de servicios públicos del Estado Colombiano». [↑](#footnote-ref-22)
22. «Artículo 40. Entidades y organismos estatales sujetos a régimen especial. El Banco de la República, los entes universitarios autónomos, las corporaciones autónomas regionales, la Comisión Nacional de Televisión y los demás organismos y entidades con régimen especial otorgado por la Constitución Política se sujetan a las disposiciones que para ellos establezcan las respectivas leyes». [↑](#footnote-ref-23)
23. Corte Constitucional. Sentencia C-121 de 2003. M.P. Clara Inés Vargas Hernández. [↑](#footnote-ref-24)
24. Corte Constitucional. Sentencia C-1019 del 28 de noviembre de 2012. M.P. Mauricio González. [↑](#footnote-ref-25)
25. CONSEJO DE ESTADO. Sección Cuarta. Sentencia del 16 de diciembre de 2008. Exp. 16.297. C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia [↑](#footnote-ref-26)
26. [↑](#footnote-ref-27)
27. Decreto 092 de 2017 « Por el cual se reglamenta la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro a la que hace referencia el inciso 2o del artículo 355 de la Constitución Política». Artículo 8. APLICACIÓN DE NORMAS GENERALES DEL SISTEMA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA. La contratación a la que hace referencia el presente decreto está sujeta a las normas generales aplicables a la contratación pública excepto en lo reglamentado en el presente decreto». [↑](#footnote-ref-28)
28. 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-29)
29. 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-30)
30. 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-31)
31. 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-32)
32. [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-33)
33. [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-34)
34. [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-35)
35. 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-36)
36. 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-37)
37. 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-38)
38. 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-39)
39. 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-40)
40. CASSAGNE, Juan Carlos. El acto administrativo. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1981. p. 118. [↑](#footnote-ref-41)
41. 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-42)
42. 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-43)
43. Cfr. <http://etimologias.dechile.net/?exorbitante>. Consultado el 11 de diciembre de 2020. [↑](#footnote-ref-44)
44. 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-45)
45. 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-46)
46. 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-47)
47. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 30 de noviembre de 2006. Exp. 30.832. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. [↑](#footnote-ref-48)
48. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 12 de agosto de 2019. Exp. 33.555. C.P. María Adriana Marín. [↑](#footnote-ref-49)
49. 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-50)
50. 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-51)
51. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 30 de julio de 2008. Exp. 21.574. C.P. Enrique Gil Botero. [↑](#footnote-ref-52)
52. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 23 de septiembre de 2009. Exp. 24.639. C.P. Myriam Guerrero de Escobar. [↑](#footnote-ref-53)
53. 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-54)
54. 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-55)
55. 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-56)
56. 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 (sic), 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-57)
57. Artículo 3 de la Ley 80 de 1993. [↑](#footnote-ref-58)
58. Artículo 17 de la Ley 1150 de 2007. [↑](#footnote-ref-59)
59. Artículo 21 de la Ley 1150 de 2007. [↑](#footnote-ref-60)
60. Artículos 83 a 86 de la Ley 1474 de 2011. [↑](#footnote-ref-61)
61. Consejo de Estado. Sección 3ª. Sentencia del 27 de noviembre de 2017. M.P. Jaime Orlando Santofimio. Exp. 51.802. [↑](#footnote-ref-62)
62. «Son también contratos de consultoría los que tienen por objeto la interventoría […]» [↑](#footnote-ref-63)
63. RIVERO SÁNCHEZ, Juan Marcos. Responsabilidad civil. Tomo II. Bogotá: Diké 2001, pp. 237 y 238. [↑](#footnote-ref-64)
64. Bien por la reserva legal de las materias o porque no las reguló. [↑](#footnote-ref-65)
65. 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-66)
66. Disponibles, respectivamente, en: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/ficha/C-585%20de%202021>. Y en: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/ficha/C-639%20de%202021> [↑](#footnote-ref-67)