**CONTRATOS CON ESAL – Artículo 355 – Constitución – Fundamento**

El artículo 355 de la Constitución Política prohíbe a las ramas y órganos del poder público decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas. Igualmente, establece que las entidades del orden nacional, departamental, distrital y municipal podrán, con sus propios recursos, contratar con ESAL con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el plan nacional y los planes seccionales de desarrollo. Por otra parte, el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 permite a las entidades públicas en general, es decir, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo, asociarse con personas jurídicas particulares, mediante la celebración de convenios de asociación o la creación de personas jurídicas. Ambas figuras tienen como fin desarrollar conjuntamente actividades relacionadas con los cometidos y funciones legales asignadas a la entidad.

**TIPOS DE CONTRATOS – Artículo 355 – Constitución – ESAL**

El Decreto 092 de 2017 dispone reglas para las contrataciones que realicen las entidades estatales con las ESAL. El Decreto regula dos (2) eventos: i) los contratos del artículo 355 de la Constitución Política con el fin impulsar programas y actividades de interés público de acuerdo con el Plan Nacional o los planes seccionales de desarrollo; y ii) los convenios de asociación, para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con las funciones de las entidades estatales, en desarrollo del artículo 96 de la Ley 489 de 1998.

Los *contratos del artículo 355 de la Constitución Política* tienen como objeto promover acciones de fomento social en beneficio de los sectores más desprotegidos de la población, siempre que estén previstas en los planes de desarrollo, motivo por el cual no dan lugar a una contraprestación directa a favor de la entidad y tampoco a una relación conmutativa entre esta y la ESAL, toda vez que el beneficio directo lo recibirán, en últimas, los sectores de este tipo de acciones de fomento. Para celebrar estos contratos, según lo establece el artículo 4 del Decreto 092 de 2017, por regla general, la entidad debe adelantar un proceso competitivo para seleccionar la entidad sin ánimo de lucro contratista.

De otro lado, los *convenios de asociación* «[t]ienen como finalidad que la entidad estatal, cualquiera que sea su naturaleza y orden administrativo, se asocien con personas jurídicas particulares para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con los cometidos y funciones asignadas a aquellas conforme a la Constitución y a la Ley». En estos convenios existen aportes dirigidos, especialmente, a lograr la ejecución del convenio. De todos modos, la entidad deberá adelantar un proceso competitivo, salvo cuando la ESAL comprometa recursos en dinero para la ejecución de estas actividades, en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio. El convenio de asociación no es conmutativo, y por tanto, la entidad no instruye al contratista para desarrollar los programas o actividades previstas, sino que se asocia con él para el cumplimiento de objetivos comunes.

**CONVENIOS – Artículo 355 – Constitución – Decreto 092 de 2017 – Ley 489 – Artículo 96 – ESAL – Régimen – Remisión – Artículo 8**

Teniendo en cuenta las consideraciones anteriores, puede afirmarse que los convenios de interés público o de asociación, celebrados entre entidades estatales y entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad (ESAL) –regulados en el Decreto 092 de 2017 y en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998–, deben sujetarse al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, a sus normas complementarias y a las que lo reglamenten, *en todos aquellos aspectos no regulados en el Decreto 092 de 2017*, según lo establece su artículo 8.

**CONVENIOS DE ASOCIACIÓN – Ley 489 – Artículo 95 – Entidades públicas**

La conclusión frente a los convenios de asociación entre entidades públicas, previstos en el artículo 95 de la Ley 489 de 1998, es parcialmente distinta, pues el régimen jurídico aplicable a aquellos dependerá a su vez del régimen contractual de las entidades que los suscriban, como ya se explicó. Si el convenio se celebra entre dos o más entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública estas deben aplicar las disposiciones de dicho cuerpo normativo. En cambio, si el convenio se suscribe entre entidades estatales que, por voluntad del legislador, se encuentran exceptuadas de tal Estatuto –porque se rigen por el derecho privado–, este será el régimen que deberán aplicar al convenio de asociación. A esta deducción se llega porque el artículo 95 de la Ley 489 de 1998 no establece un régimen especial para la celebración de tales convenios. Además, estos tampoco se rigen por el Decreto 092 de 2017, porque tal Decreto autónomo solo reglamenta los contratos que se derivan del segundo inciso del artículo 355 de la Constitución, que son distintos a los convenios de asociación entre entidades públicas. En consecuencia, a tales convenios se les debe aplicar el régimen jurídico de las entidades contratantes. Por ejemplo, si el convenio de asociación lo celebran dos ministerios no cabe duda de que deben aplicar el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, porque son dos entidades sometidas a este, según el artículo 2, numeral 1, literal b) de la Ley 80 de 1993; mientras que si el convenio de asociación lo suscriben, por ejemplo, empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios o universidades estatales u oficiales, el régimen jurídico aplicable al convenio será el derecho privado, de conformidad con el artículo 31 de la Ley 142 de 1994 y el artículo 93 de la Ley 30 de 1992, respectivamente.

**CONVENIOS CON ESAL – Artículo 355 – Constitución – Decreto 092 de 2017 – Ley 489 – Artículo 96 – ESAL – Régimen – Remisión – Artículo 8 – Metodología**

Como se indicó, los convenios que permite celebrar el artículo 355 de la Constitución Política *en principio* cuentan con un régimen especial en el Decreto 092 de 2017 y en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998. Sin embargo, el artículo 8 de dicho Decreto establece que en lo no reglamentado en él deben observarse «las normas generales aplicables a la contratación pública». En tal sentido, frente a los aspectos por los cuales se formula la consulta habría que preguntarse si cuentan con una regulación especial en el Decreto 092 de 2017. Si la respuesta fuera afirmativa, tendría que aplicarse tal regulación. Pero, de ser negativa, habría que aplicar también el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, así como sus normas complementarias y reglamentarias, pues, precisamente, dichos preceptos son las «normas generales aplicables a la contratación pública» a las que alude el artículo 8 del Decreto 092 de 2017. En otras palabras, el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y sus normas complementarias y reglamentarias llenan los vacíos que se presentan en el Decreto 092 de 2017 frente a la regulación de los asuntos asociados a la celebración, ejecución y liquidación de los convenios que encuentran fundamento en el artículo 355 de la Constitución, incluidos en esta categoría los convenios de asociación previstos en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998.

**CONVENIOS DE ASOCIACIÓN – Ley 489 – Artículo 95 – Entidades públicas – Régimen aplicable**

El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública debe aplicarse a la celebración de los convenios de asociación del artículo 95 de la Ley 489 de 1998 en dos eventos: a) cuando el régimen contractual de las entidades estatales que se asocian es dicho Estatuto y b) en los asuntos a los que se refiere el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, aun cuando las entidades que se asocien tengan un régimen exceptuado o de derecho privado en materia contractual. Por ejemplo, así las entidades cuenten con un régimen especial –de derecho privado– y, por tanto, este sea la normativa principal que regule el convenio de asociación entre ellas, deben respetar las normas sobre inhabilidades e incompatibilidades reguladas tanto en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, como en otras leyes.

Bogotá D.C., 29 de Diciembre de 2022

****

Señor

**Miguel Cruz Ramírez**

Ciudad

**Concepto C ‒ 771 de 2022**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:** | CONTRATOS CON ESAL – Artículo 355 – Constitución – Fundamento / TIPOS DE CONTRATOS – Artículo 355 – Constitución – ESAL / CONVENIOS – Artículo 355 – Constitución – Decreto 092 de 2017 – Ley 489 – Artículo 96 – ESAL – Régimen – Remisión – Artículo 8 / CONVENIOS DE ASOCIACIÓN – Ley 489 – Artículo 95 – Entidades públicas / CONVENIOS CON ESAL – Artículo 355 – Constitución – Decreto 092 de 2017 – Ley 489 – Artículo 96 – ESAL – Régimen – Remisión – Artículo 8 – Metodología / CONVENIOS DE ASOCIACIÓN – Ley 489 – Artículo 95 – Entidades públicas – Régimen aplicable |
| **Radicación:** | Respuesta a consulta P20221003009897 |

Estimado señor Cruz:

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, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 3 de octubre de 2022.

1. **Problemas planteados**

Usted realiza la siguiente consulta relacionada con el régimen jurídico aplicable a los convenios previstos en el artículo 355 de la Constitución y en los artículos 95 y 96 de la Ley 489 de 1998:

«1. ¿En los convenios del artículo 95 de la Ley 489 de 1998 aplica la Ley 80 de 1993?

»2. ¿En los convenios del artículo 95 de la Ley 489 de 1998 aplica el artículo 14 de la Ley 80 de 1993?

»3. ¿En los convenios del artículo 95 de la Ley 489 de 1998 aplica la limitación de adición del artículo 40 de la Ley 80 de 1993?

»4. ¿En los convenios del artículo 95 de la Ley 489 de 1998 aplica el restablecimiento del equilibrio de la ecuación económica del contrato?

»5. ¿En los convenios del artículo 95 de la Ley 489 de 1998 aplica el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011?

»6. ¿En los convenios del artículo 95 de la Ley 489 de 1998 se pueden pactar multas y cláusulas penales? ¿liquidación unilateral?

»7. ¿En los convenios del artículo 96 de la Ley 489 de 1998 aplica la Ley 80 de 1993? »8. ¿En los convenios del artículo 96 de la Ley 489 de 1998 aplica el artículo 14 de la Ley 80 de 1993?

»9. ¿En los convenios del artículo 96 de la Ley 489 de 1998 aplica la limitación de adición del artículo 40 de la Ley 80 de 1993?

»10. ¿En los convenios del artículo 96 de la Ley 489 de 1998 aplica el restablecimiento del equilibrio de la ecuación económica del contrato?

»11. ¿En los convenios del artículo 96 de la Ley 489 de 1998 aplica el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011?

»12. ¿En los convenios del artículo 96 de la Ley 489 de 1998 se pueden pactar multas y cláusulas penales? ¿liquidación unilateral?

»13. ¿En los convenios del artículo 355 de la Constitución Política aplica la Ley 80 de 1993?

»14. ¿En los convenios del artículo 355 de la Constitución Política aplica el artículo 14 de la Ley 80 de 1993?

»15. ¿En los convenios del artículo 355 de la Constitución Política aplica la limitación de adición del artículo 40 de la Ley 80 de 1993?

»16. ¿En los convenios del artículo 355 de la Constitución Política aplica el restablecimiento del equilibrio de la ecuación económica del contrato?

»17. ¿En los convenios del artículo 355 de la Constitución Política aplica el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011?

»18. ¿En los convenios del artículo 355 de la Constitución Política se pueden pactar multas y cláusulas penales? ¿liquidación unilateral?»

**2. Consideraciones**

Para resolver esta consulta se precisará el régimen jurídico aplicable a: i) los convenios regulados en el artículo 355 de la Constitución, en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 y en el Decreto 092 de 2017 y ii) los convenios de asociación entre entidades públicas permitidos por el artículo 95 de la Ley 489 de 1998. Posteriormente, iii) se responderán las preguntas incluidas en la petición, a modo de conclusión.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente analizó el régimen de los convenios de asociación regulados en el artículo 355 de la Constitución y en el Decreto 092 de 2017, entre otros, en los conceptos con radicado 4201912000008310 del 26 de diciembre de 2019, 4201912000007899 del 27 de diciembre de 2019, 4201912000007901 del 27 de diciembre de 2019, C-070 04 de marzo de 2020, C-094 del 04 de marzo de 2020, C-086 del 16 de marzo de 2020, C-101 del 16 de marzo de 2020, C-228 del 17 de marzo de 2020, C-014 del 24 de marzo de 2020, C-215 de 31 de marzo de 2020, C-223 del 29 de abril de 2020, C-416 del 30 junio de 2020, C-447 del 27 de julio de 2020, C-513 del 30 de julio de 2020, C-483 del 06 de agosto de 2020, C-579 del 4 de septiembre de 2020, C-594 del 7 de septiembre de 2020, C-670 del 22 de noviembre de 2020, C-689 del 1 de diciembre de 2020, C-724 de 14 de diciembre de 2020, C-749 del 23 de diciembre de 2020, C-758 del 04 de enero de 2021, C-806 de 8 de febrero de 2021, C-379 del 26 de julio de 2021, C-548 del 05 de octubre de 2021, C-092 del 09 de marzo de 2022, C-106 del 30 de marzo de 2022 y C-274 del 05 de mayo de 2022. De igual manera, estudió el régimen de los convenios de asociación entre entidades públicas previstos en el artículo 95 de la Ley 489 de 1998, entre otros, en los conceptos C−158 del 3 de abril de 2020, C-579 del 4 de septiembre de 2020, C-054 del 10 de marzo de 2021, C-097 del 23 de marzo de 2021, C-374 del 16 de septiembre de 2021, C-594 del 28 de octubre de 2021, C-051 del 7 de marzo de 2022, C-092 del 09 de marzo de 2022, C-076 del 28 de marzo de 2022, C-134 del 1 de abril de 2022, C-170 del 05 de abril de 2022, C-187 del 12 de abril de 2022, C-205 del 19 de abril de 2022, C-231 del 02 de mayo de 2022, C-233 del 06 de junio de 2022 y C-270 del 14 de julio de 2022. Asimismo, explicó los convenios de asociación entre entidades públicas y particulares regulados en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, entre otros, en los conceptos 4201912000007899 del 27 de diciembre de 2019, 4201912000007901 del 27 de diciembre de 2019, C−055 del 28 de enero de 2020, C−086 del 16 de marzo de 2020, C−101 del 16 de marzo de 2020, C−228 del 17 de marzo de 2020, C−014 del 24 de marzo de 2020, C−416 del 30 de junio de 2020, C−483 del 06 de agosto de 2020, C-579 del 4 de septiembre de 2020, C-594 del 7 de septiembre de 2020, C 670 del 30 de noviembre de 2020, C−758 del 4 de enero de 2021, C-057 del 10 de marzo de 2021, C-379 de 26 de julio de 2021, C-524 de 13 de otubre de 2021, C-594 del 28 de otubre de 2021, C-609 del 29 de otubre de 2021, C-638 del 15 de diciembre de 2021, C-670 de 28 de diciembre de 2021, C-051 del 7 de marzo de 2022, C-145 del 28 de marzo de 2022, C-274 del 05 de mayo de 2022 y C-292 del 11 de mayo de 2022. La tesis planteada en tales conceptos se reitera en esta ocasión y se complementa con algunas consideraciones relativas a la consulta bajo análisis.

**2.1. Régimen jurídico aplicable a los convenios regulados en el artículo 355 de la Constitución, en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 y en el Decreto 092 de 2017**

El artículo 355 de la Constitución Política prohíbe a las ramas y órganos del poder público decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas. Igualmente, establece que las entidades del orden nacional, departamental, distrital y municipal podrán, con sus propios recursos, contratar con entidades sin ánimo de lucro -ESAL- con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el plan nacional y los planes seccionales de desarrollo[[1]](#footnote-2). Por otra parte, el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 permite a las entidades públicas en general, es decir, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo, asociarse con personas jurídicas particulares, mediante la celebración de convenios de asociación o la creación de personas jurídicas. Ambas figuras tienen como fin desarrollar conjuntamente actividades relacionadas con los cometidos y funciones legales asignadas a la entidad[[2]](#footnote-3).

El Decreto 092 de 2017 dispone reglas para las contrataciones que realicen las entidades estatales con las ESAL. El Decreto regula dos (2) eventos: i) los contratos del artículo 355 de la Constitución Política con el fin impulsar programas y actividades de interés público de acuerdo con el Plan Nacional o los planes seccionales de desarrollo; y ii) los convenios de asociación, para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con las funciones de las entidades estatales, en desarrollo del artículo 96 de la Ley 489 de 1998.

Los *contratos del artículo 355 de la Constitución Política* tienen como objeto promover acciones de fomento social en beneficio de los sectores más desprotegidos de la población, siempre que estén previstas en los planes de desarrollo, motivo por el cual no dan lugar a una contraprestación directa a favor de la entidad y tampoco a una relación conmutativa entre esta y la ESAL, toda vez que el beneficio directo lo recibirán, en últimas, los sectores de este tipo de acciones de fomento. Para celebrar estos contratos, según lo establece el artículo 4 del Decreto 092 de 2017, por regla general, la entidad debe adelantar un proceso competitivo para seleccionar la entidad sin ánimo de lucro contratista.

De otro lado, los *convenios de asociación* «[…] [t]ienen como finalidad que la entidad estatal, cualquiera que sea su naturaleza y orden administrativo, se asocien con personas jurídicas particulares para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con los cometidos y funciones asignadas a aquellas conforme a la Constitución y a la Ley»[[3]](#footnote-4). En estos convenios existen aportes dirigidos, especialmente, a lograr la ejecución del convenio. De todos modos, la entidad deberá adelantar un proceso competitivo, salvo cuando la ESAL comprometa recursos en dinero para la ejecución de estas actividades, en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio. El convenio de asociación no es conmutativo y, por tanto, la entidad no instruye al contratista para desarrollar los programas o actividades previstas, sino que se asocia con él para el cumplimiento de objetivos comunes[[4]](#footnote-5).

La normativa vigente no impide que varias entidades suscriban conjuntamente el convenio de asociación y tampoco que dos o más ESAL pueden hacerlo, a través de las figuras asociativas autorizadas por la ley, por ejemplo, como unión temporal o como consorcio[[5]](#footnote-6). Sin embargo, como el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 determina que el convenio busca el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que la ley les asigna a las entidades estatales, lo cierto es que las funciones legales de las entidades estatales que suscriben conjuntamente el convenio deben coincidir.

Igualmente, atendiendo a que los convenios de asociación «[…] no estarán sujetos a competencia cuando la entidad sin ánimo de lucro comprometa recursos en dinero para la ejecución de esas actividades en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio», las entidades deben asegurarse de que su contratista, es decir, las ESAL, aporte al menos el treinta por ciento del valor del convenio para celebrarlo directamente. Además, en atención al inciso 2 del artículo 5 del Decreto 092 de 2017, deben «[…] asegurarse que no haya otras ESAL que ofrezcan su compromiso de recursos en dinero en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio. Cuando la entidad encuentre que más de una ESAL le ofrece al menos el 30% de recursos en dinero para el convenio de asociación, debe seleccionar objetivamente con cual asociarse».

De conformidad con lo anterior y para resolver la consulta formulada, puede afirmarse que la Constitución Política de 1991 establece tres (3) regímenes de contratación. El primero se fundamenta en la competencia prevista en el inciso final del artículo 150 superior, por el cual se faculta al Congreso de la República para expedir un Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. El segundo se relaciona con la posibilidad de crear regímenes especiales, caso en el cual la Constitución los exceptúa directamente, como sucede con las universidades públicas y el Banco de la República –arts. 69 y 371–, o permite que la ley defina el régimen jurídico de determinados órganos del Estado, como en el caso de las entidades descentralizadas por servicios –art. 210– y las empresas de servicios públicos domiciliarios –art. 365–. Finalmente, el citado artículo 355 establece el régimen de los contratos con las ESAL, el cual –además de extenderse a los *convenios de asociación* en virtud de lo dispuesto en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998– se desarrolló a través del Decreto 092 de 2017.

Los primeros dos regímenes se caracterizan por la exhaustiva regulación de la actividad contractual. Los contratos sometidos al Estatuto General, aunque se rigen por el derecho público, permiten la aplicación del derecho civil y comercial en los casos previstos en los artículos 13, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993. Así mismo, pese a la aplicación de las normas comunes sobre obligaciones y contratos en las entidades del régimen exceptuado, deben respetar los principios de la función administrativa, de la gestión fiscal y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, entre otras materias –Ley 1150 de 2007, art. 13–, en armonía con los respectivos manuales de contratación. Sin embargo, frente a la regulación sumaria de los *contratos del art. 355 de la Constitución* y los *convenios de asociación*, los artículos 6, 7 y 8 del Decreto 092 de 2017 disponen lo siguiente:

«Artículo 6°. Prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades. Las prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades establecidas en la Constitución y en las Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y 1474 de 2011, y en las normas que las modifiquen, aclaren, adicionen o sustituyan, o en cualquier otra norma especial, son aplicables a la contratación a la que hace referencia el presente decreto.

Artículo 7°. Aplicación de los principios de la contratación estatal. La contratación a la que hace referencia el presente decreto está sujeta a los principios de la contratación estatal y a las normas presupuestales aplicables […]

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».

Estas normas integran las lagunas o vacíos normativos del reglamento autónomo, y se aplican a todo lo que no esté expresamente regulado en él. Por ello no es posible aplicar ninguna de las disposiciones anteriormente citadas en temas como la competencia para celebrar los *contratos del artículo 355 de la Constitución* y la indelegabilidad de la autorización –art. 2–, la idoneidad de las ESAL –art. 3–, su registro en el SECOP –art. 9– y la inaplicación del registro único de proponentes –art. 10–.

En contraste, en los vacíos es necesario resolver si las tres (3) normas expresan la misma idea o, por el contrario, son autónomas en su interpretación. La consecuencia es importante en el caso concreto, pues si los estudios del sector son una manifestación del principio de planeación, bastaría aplicar el artículo 7. Por tanto, de asumirse que el artículo 8 es independiente, no sería posible aplicar las normas generales de contratación pública, especialmente el artículo 2.2.1.1.1.6.1 del Decreto 1082 de 2015, ya que el tema estaría regulado en el reglamento autónomo.

Para resolver este interrogante, en principio, podría considerarse que dichas disposiciones son independientes, pues si los supuestos están regulados en normas separadas, cada una produciría consecuencias distintas. Esta posición no se comparte, ya que están relacionadas entre sí. En efecto, el artículo 6 del Decreto 092 de 2017 se refiere a las inhabilidades e incompatibilidades previstas en el ordenamiento jurídico, incluyendo las previstas en el artículo 8 de la Ley 80 de 1993; además, los artículos 23, 24, 25, 26 y otros del Estatuto General regulan los principios de la contratación estatal, relacionándose parcialmente con el artículo 7 *ibidem* al disponer lo siguiente:

«Artículo 23. De los principios en las actuaciones contractuales de las entidades estatales. Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo».

A su vez, tanto el «régimen de inhabilidades e incompatibilidades» como los «principios» hacen parte de las normas generales aplicables a la contratación pública. Naturalmente, podría preguntarse si el artículo 8 del Decreto 092 de 2017 se relaciona con estos dos (2) aspectos por ser comunes a los procesos de selección o, incluso, si se extiende a la totalidad del Estatuto General. De concluirse lo primero, el ámbito de los artículos 6, 7 y 8 del reglamento es similar, refiriéndose –entre otros aspectos– a las «inhabilidades e incompatibilidades» y a los «principios», pues están contenidos en la Ley 80 de 1993 y son aplicables en todos los regímenes de contratación que se analizaron al inicio de este apartado –*remisión parcial*–. Por el contrario, de concluirse lo segundo, la remisión del artículo 8 del Decreto 092 de 2017 es más amplia que la de los artículos 6 y 7 *ibídem*. En otras palabras, no se restringiría a las «inhabilidades e incompatibilidades», a los «principios» y a las demás normas generales de la Ley 80, sino a todo lo previsto en el Estatuto General. Desde esta perspectiva, las «[…] normas generales aplicables a la contratación pública […]» comprenderían los artículos 6 y 7 del decreto autónomo, ampliándose a las demás normas de la Ley 80 de 1993 –*remisión total*–.

La postura sobre el tema es relevante, pues quien opte por la *remisión parcial* o bien debe entender que el artículo 8 del Decreto 092 se refiere únicamente a las «inhabilidades e incompatibilidades» y a los «principios» –*remisión parcial stricto sensu*– o debe explicar qué normas son transversales a la actividad contractual del Estado, justificando la razón por las que se excluyen aquellas privativas de determinados procesos de selección, tipologías contractuales, etc. –*remisión parcial latu sensu*–.

Para quienes adopten la primera postura, el ámbito de los artículos 6, 7 y 8 del Decreto 092 de 2017 sería exactamente el mismo, pues el último –referido a las normas generales– contiene a los otros dos –es decir, tanto las «inhabilidades e incompatibilidades» como a los «principios»–. En contraste, la segunda idea implica que –además de estos– las normas generales se refieren disposiciones comunes de los contratos estatales. Ambas interpretaciones se apoyarían en el artículo 8 del reglamento autónomo que regula la contratación del artículo 355 constitucional y del artículo 96 de la Ley 489 de 1998, ya que cuando prescribe que se regirán por las «[…] normas generales aplicables a la contratación pública […]», significaría que no es posible una remisión integra al Estatuto General, ya que habría que descartar normas especiales de determinados contratos o procesos de selección y verificar la ausencia de regulación en el Decreto 092 de 2017 para aplicar aquellas transversales a la gestión contractual.

Por lo pronto, se descarta razonablemente que los artículos 6, 7 y 8 del Decreto 092 de 2017 tengan el mismo ámbito de aplicación –*remisión parcial stricto sensu*–, ya que esta última disposición no produciría ningún efecto útil, es decir, habría bastado la remisión a las «inhabilidades e incompatibilidades» y a los «principios» sin necesidad de remisiones adicionales a otras normas de contratación. Lo anterior se fundamenta en la directriz hermenéutica según la cual el sentido en el que una disposición produce efectos se prefiere sobre aquel en que no produzca efecto.

Ahora bien, 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 General 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 General de Contratación de la Administración Pública. 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.

En esta medida, los *contratos del artículo 355 de la Constitución* y los *convenios de asociación* se rigen por el Decreto 092 de 2017 y las normas del Estatuto General que sean compatibles con él, como, por ejemplo, los fines de la contratación –art. 3–, los derechos y deberes del contratante y del contratista –arts. 4 y 5–, los consorcios o uniones temporales –art. 7–, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades –art. 8–, los principios de la contratación estatal –art. 23 y ss.–, las tipologías contractuales –art. 32–, el contenido del contrato y la prohibición de adicionarlo en más del cincuenta por ciento –art. 40–, el régimen de perfeccionamiento –art. 41–, las causales de nulidad –art. 44 y ss.–, el régimen de responsabilidad contractual –art. 50 y ss.– y de liquidación de los contratos –art. 60–.

**2.2. Régimen jurídico aplicable a los convenios de asociación entre entidades públicas permitidos por el artículo 95 de la Ley 489 de 1998.**

Previo a referirnos al régimen jurídico aplicable a los convenios de asociación entre entidades públicas regulados por el artículo 95 de la Ley 489 de 1998, esta Agencia estima necesario precisar la diferencia conceptual existente entre los convenios interadministrativos y los contratos interadministrativos, con el fin de aclarar su posición al respecto, ante la advertencia de aparentes divergencias entre los criterios interpretativos expresados en conceptos anteriores emitidos por esta Subdirección.

En efecto, esta Agencia, en múltiples ocasiones, ha sostenido, al referirse a las diferencias entre los contratos y convenios interadministrativos, que ambas figuras resultan ser «equivalentes», dado que en el régimen normativo de la contratación estatal no existen mayores diferencias entre ellas. Así, por ejemplo, en el Concepto C-608 del 23 de septiembre de 2022, se expresó lo siguiente:

«Es bueno 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».

Sin embargo, cabe aclarar que la equivalencia a la cual se hizo referencia en el concepto mencionado, debe entenderse en el sentido de que las normas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública se aplican tanto para los contratos como para los convenios en el marco de la Ley de Garantías Electorales, pero ello no implica asumir que los contratos y los convenios interadministrativos sean figuras idénticas, sino simplemente que sus diferencias, en determinados casos, no resultan relevantes o determinantes para efectos de definir la aplicación de cierta normativa, como bien sucede con el alcance de la Ley de Garantías Electorales.

En otras palabras, lo que se ha querido significar con la supuesta equivalencia entre convenio y contrato interadministrativo es que, si bien son institutos distintos desde el punto de vista conceptual, sus diferencias, bajo ciertas circunstancias, no resultan relevantes para aplicar determinada norma o derivar de ellos ciertos efectos. Lo anterior se corrobora con el hecho de que, inclusive, en los conceptos emitidos por esta Agencia relativos a la aplicación de la Ley de Garantías y en los que se adujo la denominada «equivalencia» se advirtió que, tanto jurisprudencial como doctrinariamente, se han hecho diferenciaciones conceptuales entre las dos figuras comentadas.

Así, es necesario dejar claro que existen algunos supuestos bajo las cuales las diferencias entre las características propias de los contratos y convenios interadministrativos sí pueden resultar definitorias de la aplicación o inaplicación de ciertas normas, ante lo cual, entonces, no podrán ser vistos como «equivalentes» sino como instituciones negociales disímiles aunque, indudablemente, con algunos atributos comunes. En otras palabras, diferenciar entre los conceptos de convenio y contrato interadministrativos, así como establecer con precisión las características y elementos esenciales de cada uno, resulta necesario de cara a definir la aplicación de ciertas figuras contractuales y normativas a cada uno de ellos.

Este ejercicio hermenéutico ha sido realizado por esta Subdirección en múltiples conceptos en los que ha analizado la aplicación de algunas figuras en relación con los contratos y convenios interadministrativos. Así, por ejemplo, en el C-168 del 14 de abril de 2021 se indicaron las diferencias entre los convenios y contratos a efectos de concluir la improcedencia de la liquidación unilateral en los primeros; de igual forma, la escisión conceptual se planteó en el concepto C-664 de 2022, a través del cual se concluyó que el límite de la adición del valor inicial no es aplicable a los convenios que carecen de contenido patrimonial y que no están sujetos al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

La argumentación planteada en este último concepto se reitera y complementa a continuación con el fin de aclarar la posición de esta Agencia frente a la materia en cuestión. Actualmente, la normativa en la materia no establece mayor diferenciación entre estas dos figuras jurídicas. El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública hace referencia de manera expresa al contrato interadministrativo o, en términos generales, a los interadministrativos y no al convenio. No obstante, 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, puede entenderse que 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.

Además, 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 dichos acuerdos no están exceptuados del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y que para efectos de la modalidad de contratación representan lo mismo en la medida en que concurran entidades estatales en el acuerdo de voluntades. Así sucede también al dar aplicación al derecho privado y a la definición contenida en el Código Civil respecto de cada una de estas figuras.

No obstante, la doctrina y la jurisprudencia recientes han resaltado las diferencias entre los contratos interadministrativos y los convenios interadministrativos de que trata el artículo 95 de la Ley 489 de 1998. Al respecto, 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)». [[6]](#footnote-7)

En línea con lo anterior, la Sala Contenciosa Administrativa del Consejo de Estado en sentencia del 14 de junio de 2019 también señaló:

«La Sala de Consulta y Servicio Civil[[7]](#footnote-8) 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[[8]](#footnote-9) 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»[[9]](#footnote-10).[[10]](#footnote-11)

En esta ocasión la referida corporación judicial resaltó la finalidad del acuerdo de voluntades como un factor de diferenciación entre las dos figuras. Si bien estas tienen un tronco común, se diferencian en su naturaleza y finalidad en la medida en que los contratos estatales –en general– comportan obligaciones de contenido patrimonial que se traducen en intereses contrapuestos entre las partes pues implican un gravamen a cambio de un beneficio en una relación de carácter conmutativo, mientras que los convenios interadministrativos involucran la ejecución de actividades en función de un interés común para las partes; si bien se puede pactar remuneración[[11]](#footnote-12), en esencia se pretende el cumplimiento de fines coincidentes entre quienes lo ejecutan.

Mientras que en el contrato interadministrativo las finalidades de las partes divergen, en el convenio convergen y cooperan en función del cumplimiento eficiente de un propósito estatal común superior. En esa línea, una interpretación sistemática de las leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y 1474 de 2011 invitaría a considerar el contrato interadministrativo como una relación jurídica patrimonial, onerosa y conmutativa, en la que existen unas exigencias y restricciones normativas adicionales, de manera que, en efecto, dista de la naturaleza y esencia del convenio interadministrativo.

En suma, el convenio interadministrativo es un negocio jurídico en el cual están presentes dos entidades públicas y cuyo objeto es coordinar, cooperar, colaborar o distribuir competencias en la realización de funciones administrativas de interés común y, por tanto, tienen intereses convergentes o coincidentes, sin que se reciba por alguna de ellas el pago de un precio o contraprestación; en tanto que el contrato interadministrativo, aunque es celebrado también entre dos entidades públicas, es un negocio jurídico generador de obligaciones al cual acuden estas con diversidad de intereses y en ellos existe una contraprestación directa a favor de la entidad contratista que ha entregado el bien o prestado el servicio o realizado la obra a favor de la entidad contratante.

De aquí que la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado[[12]](#footnote-13) haya señalado la necesidad de diferenciar el régimen jurídico aplicable a ciertas situaciones específicas del convenio interadministrativo que se separan del régimen jurídico común:

«[E]s preciso señalar que los convenios interadministrativos se someten a los principios constitucionales y legales de la actividad contractual del Estado (transparencia, planeación, buena fe, entre otros) y, obviamente, a los principios de la función administrativa previstos en el artículo 209 CP (moralidad, economía, celeridad, entre otros), en virtud del carácter vinculante de los mismos, dentro del contexto de un ánimo de cooperación que se refleja en el plano de igualdad o equivalencia en que se celebran y ejecutan, lo que significa ausencia de prerrogativas en favor de una parte a costa de la otra.

Ahora, dada la naturaleza jurídica explicada de los convenios interadministrativos*, las reglas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública contenidas en la actualidad en las Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y 1474 de 2011, no resultan de aplicación automática a tales convenios, toda vez que ese Estatuto lo que esencialmente regula son relaciones contractuales de contenido patrimonial y oneroso. En tal sentido, en cada caso concreto deberá analizarse, de conformidad con la naturaleza jurídica, objeto y finalidad que se pretende cumplir o desarrollar con el respectivo convenio, si la disposición correspondiente del Estatuto Contractual es aplicable o no»*. (Cursiva fuera del texto original)

A juicio de la citada sala si bien existe un régimen jurídico común compuesto por las normas del EGCAP que ordenan las declaraciones de voluntad negocial de las entidades estatales -el consentimiento y los efectos de las obligaciones-, y las normas de derecho público relacionadas con la capacidad o competencia de las entidades estatales para celebrar acuerdos de voluntades -que incluyen el régimen de inhabilidades, incompatibilidades y conflictos de interés-, para el resto de asuntos regulados en el EGCAP será necesario tener en cuenta el plano de igualdad o equivalencia en el que se encuentran las partes del convenio y, por ende, la aplicabilidad de cada disposición al caso concreto.

En ese orden, por ejemplo, no serán aplicables, en principio, para los convenios interadministrativos, las cláusulas excepcionales al derecho común[[13]](#footnote-14) y tampoco sería procedente la inclusión de figuras contractuales como liquidación unilateral[[14]](#footnote-15). En todo caso, siguiendo la senda interpretativa expuesta por la Sala de Consulta y Servicio Civil en el concepto que acaba de citarse, la aplicación o inaplicación de estas y otras instituciones contractuales deberá definirse al analizar el contenido preciso de cada convenio interadministrativo celebrado y tal cuestión no puede concluirse *a priori* o de manera automática.

Esto por cuanto, por una parte, el carácter de convenio interadministrativo no se deriva de su simple denominación como tal, sino de que el acuerdo de voluntades respectivo cumpla a cabalidad con las características que la normativa, la jurisprudencia y la doctrina le han atribuido y que han sido explicados en este concepto. Así, aun si el negocio jurídico de que se trate se suscriba bajo la denominación de «convenio interadministrativo» o algo similar, pero de la lectura de sus cláusulas se concluya una relación conmutativa y claramente onerosa entre las partes y se nota ausente la finalidad asociativa o colaborativa entre las entidades suscribientes, entonces, tal acuerdo no podría corresponder a la figura de convenio interadministrativo por carecer de sus elementos esenciales. En ese sentido, en tal caso, será distinto el análisis sobre la aplicación de institutos como la liquidación unilateral y de las demás figuras contractuales que se analicen en determinado caso.

Además, para efectos de definir si la respectiva figura es o no aplicable al convenio interadministrativo, habrá que determinar si la misma es o no compatible con la naturaleza y contenido de dicho convenio, es decir, si es acorde con su finalidad asociativa, su carácter no oneroso o la ausencia de un objeto o finalidad patrimonial.

En suma, esta Agencia aclara su postura interpretativa en el sentido de que, si bien tanto los contratos como convenios interadministrativos comparten características comunes, entre ellas que ambos se celebran entre entidades públicas, difieren en cuanto a ciertas características esenciales, según lo ha venido señalando el Consejo de Estado. Así, mientras que el contrato interadministrativo se caracteriza por su naturaleza onerosa, patrimonial y se conforma por intereses básicamente contrapuestos, los convenios interadministrativos, por su parte, tienen una finalidad asociativa perseguida por las partes suscriptoras cuyos intereses se encaminan en la misma dirección y persiguen los mismos objetivos, de conformidad con el ejercicio de las funciones y competencias que les son propias y propendiendo por la cooperación interinstitucional.

Por lo tanto, se da el alcance debido a las manifestaciones anteriores de esta Subdirección en las que se expresó que contratos y convenios interadministrativos son figuras «equivalentes», en la medida en que dicha equivalencia hace referencia a la existencia de eventos en los que las diferencias conceptuales entre dichos negocios jurídicos resultan indiferentes para definir la aplicación de cierta norma o figura contractual, pero ello no implica desconocer que ambos cuentan con elementos que los diferencian y distinguen, y que, en determinados casos, sí pueden resultar relevantes y determinantes para definir el régimen normativo aplicable a uno y otro negocio jurídico.

Para volver al tema central de la consulta que ahora atiende la Agencia, debe reiterarse que el artículo 95 de la Ley 489 de 1998 permite a las entidades públicas asociarse entre ellas, para ejecutar actividades que son de su competencia a través de convenios interadministrativos[[15]](#footnote-16). La celebración de este tipo de acuerdos puede dar lugar o no a la conformación de una persona jurídica por parte de los asociados. Tal es el sentido de la norma, cuando establece 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 o la conformación de personas jurídicas sin ánimo de lucro». Esto significa que no necesariamente la asociación entre entidades públicas se materializa en la creación de una persona jurídica autónoma. Al respecto, es importante distinguir dos escenarios:

i) La asociación de entidades públicas de la que no resulta una persona jurídica; evento en el cual si del convenio se desprende la obligación para alguna de las entidades asociadas de celebrar contratos para cumplir el objeto de aquel, el régimen jurídico que debe aplicar la entidad contratante es el que por regla general la rige. Así, por ejemplo, si se celebra un convenio de asociación entre universidades públicas, sin dar lugar a la creación de una persona jurídica, y posteriormente alguna de estas debe celebrar un contrato en ejecución de sus obligaciones adquiridas en el convenio, la celebración de aquel se rige por el derecho privado, ya que así lo dispone el artículo 93 de la Ley 30 de 1992. A conclusión distinta se llega si el régimen de la entidad estatal asociada es el del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, pues en este caso los contratos que celebre, en ejecución del convenio de asociación, se rigen por la Ley 80 de 1993 y disposiciones normativas complementarias.

ii) La asociación de entidades públicas que se refleja en la creación de una persona jurídica nueva, es decir, distinta de las entidades que se asocian. Este es un caso de descentralización por servicios indirecta. Al respecto, el segundo inciso del artículo 95 de la Ley 489 de 1998 establece: «Las personas jurídicas sin ánimo de lucro que se conformen por la asociación exclusiva de entidades públicas, se sujetan a las disposiciones previstas en el Código Civil y en las normas para las entidades de este género. Sus Juntas o Consejos Directivos estarán integrados en la forma que prevean los correspondientes estatutos internos, los cuales proveerán igualmente sobre la designación de su representante legal». Sin embargo, esta norma fue declarada condicionalmente exequible[[16]](#footnote-17).

Por tanto, acorde con el condicionamiento de constitucionalidad emitido por la Corte Constitucional en la Sentencia C-671 de 1999, se puede concluir que si el convenio de asociación es celebrado entre dos o más entidades estatales exceptuadas de la aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y de dicho acuerdo surge una persona jurídica nueva, debe contratar con el régimen de Derecho privado, porque esta entidad descentralizada por servicios indirecta –o derivada– debe respetar el mismo régimen previsto por el legislador para las entidades que la conformaron. Es en este sentido que se interpreta la siguiente frase de la Corte Constitucional en el fallo citado: «Además, en todo caso, el ejercicio de las prerrogativas y potestades públicas, los regímenes de los actos unilaterales, de la contratación, los controles y la responsabilidad serán las propios de las entidades estatales según lo dispuesto en las leyes especiales sobre dichas materias»[[17]](#footnote-18). En el mismo orden de ideas, si el régimen contractual de las entidades estatales que se asocian es el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, el de la persona jurídica derivada lo será también aquel.

**2.3. Aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y de sus demás normas complementarias y reglamentarias en los temas señalados en la consulta**

Teniendo en cuenta las consideraciones anteriores, puede afirmarse que los convenios de interés público o de asociación, celebrados entre entidades estatales y entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad (ESAL) –regulados en el Decreto 092 de 2017 y en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998–, deben sujetarse al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, a sus normas complementarias y a las que lo reglamenten, *en todos aquellos aspectos no regulados en el Decreto 092 de 2017*, según lo establece su artículo 8.

La conclusión frente a los convenios de asociación *entre entidades públicas*, previstos en el artículo 95 de la Ley 489 de 1998, es *parcialmente* distinta, pues el régimen jurídico aplicable a aquellos dependerá a su vez del régimen contractual de las entidades que los suscriban, como ya se explicó. Si el convenio se celebra entre dos o más entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública estas deben aplicar las disposiciones de dicho cuerpo normativo. En cambio, si el convenio se suscribe entre entidades estatales que, por voluntad del legislador, se encuentran exceptuadas de tal Estatuto –porque se rigen por el derecho privado–, este será el régimen que deberán aplicar al convenio de asociación. A esta deducción se llega porque el artículo 95 de la Ley 489 de 1998 no establece un régimen especial para la celebración de tales convenios. Además, estos tampoco se rigen por el Decreto 092 de 2017, porque tal Decreto autónomo solo reglamenta los contratos que se derivan del segundo inciso del artículo 355 de la Constitución, que son distintos a los convenios de asociación entre *entidades públicas*. En consecuencia, a tales convenios se les debe aplicar el régimen jurídico de las entidades contratantes. Por ejemplo, si el convenio de asociación lo celebran dos ministerios no cabe duda de que deben aplicar el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, porque son dos entidades sometidas a este, según el artículo 2, numeral 1, literal b) de la Ley 80 de 1993; mientras que si el convenio de asociación lo suscriben, por ejemplo, empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios o universidades estatales u oficiales, el régimen jurídico aplicable al convenio será el derecho privado, de conformidad con el artículo 31 de la Ley 142 de 1994[[18]](#footnote-19) y el artículo 93 de la Ley 30 de 1992[[19]](#footnote-20), respectivamente.

Para mayor precisión y con la finalidad de abordar las preguntas que formula el peticionario, a continuación se desarrollan estas conclusiones en dos acápites: i) uno frente a los convenios con entidades sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad (ESAL) –regulados en el artículo 355 de la Constitución, el Decreto 092 de 2017 y el artículo 96 de la Ley 489 de 1998– y ii) otro para los convenios de asociación entre entidades públicas, previstos en el artículo 95 de la Ley *ibidem*.

**2.3.1. Conclusiones frente a los convenios regulados en el artículo 355 de la Constitución, el Decreto 092 de 2017 y el artículo 96 de la Ley 489 de 1998**

Como se indicó, los convenios que permite celebrar el artículo 355 de la Constitución Política *en principio* cuentan con un régimen especial en el Decreto 092 de 2017 y en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998. Sin embargo, el artículo 8 de dicho Decreto establece que en lo no reglamentado en él deben observarse «las normas generales aplicables a la contratación pública». En tal sentido, frente a los aspectos por los cuales se formula la consulta habría que preguntarse si cuentan con una regulación especial en el Decreto 092 de 2017. Si la respuesta fuera afirmativa, tendría que aplicarse tal regulación. Pero, de ser negativa, habría que aplicar también el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, así como sus normas complementarias y reglamentarias, pues, precisamente, dichos preceptos son las «normas generales aplicables a la contratación pública» a las que alude el artículo 8 del Decreto 092 de 2017. En otras palabras, el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y sus normas complementarias y reglamentarias llenan los vacíos que se presentan en el Decreto 092 de 2017 frente a la regulación de los asuntos asociados a la celebración, ejecución y liquidación de los convenios que encuentran fundamento en el artículo 355 de la Constitución, incluidos en esta categoría los convenios de asociación previstos en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998.

Pue bien, el peticionario indaga si en los convenios consagrados en el artículo 355 de la Constitución y en el artículo 96 *ibidem* rige la Ley 80 de 1993, y en tal sentido, si se pueden aplicar las siguientes disposiciones de esta: el artículo 14 –referido a las cláusulas excepcionales–, el artículo 40 –que consagra el límite porcentual para las adiciones– y los artículos 4, num. 3, 5, num. 1, 27 y 28 –relativos al deber de conservar el equilibrio económico del contrato–. Igualmente, pregunta si en estos convenios se debe aplicar el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 –que consagra el procedimiento administrativo sancionatorio contractual–, y si es posible pactar en aquellos la multa y la cláusula penal pecuniaria. Asimismo, pide que se aclare si en dichos convenios cabe la liquidación unilateral.

Siguiendo la metodología explicada, hay que señalar que las materias mencionadas con anterioridad *no están reguladas expresamente en el Decreto 092 de 2017*. Este reglamento, además, como se indicó, es el que desarrolla el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, la cual tampoco establece normas sobre dichos temas. En consecuencia, los vacíos que se presentan frente a estos asuntos deben llenarse con la remisión que efectúa el artículo 8 del Decreto 092 de 2017. Por ende, aplicando esta última norma y respondiendo las preguntas hechas por el peticionario, es válido concluir lo siguiente:

i) A los convenios previstos en el artículo 96 de la Ley 489 de 1996 les aplica el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –integrado por la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007 y sus demás normas complementarias–, pues el Decreto 092 de 2017 –que es el reglamento autónomo que regula dichos convenios–, se remite, en el artículo 8, a «las normas generales aplicables a la contratación pública». Esto significa que en lo que no tenga una reglamentación especial en el Decreto 092 de 2017 deben aplicarse las normas generales a las que se ha hecho referencia.

ii) En armonía con lo anterior, frente a cada una de las materias por las que consulta el peticionario se deben analizar las normas que las regulan tanto en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, como en sus normas complementarias y reglamentarias. En otras palabras, la remisión efectuada por el artículo 8 del Decreto 092 de 2017 implica que hay que respetar los términos como dichos temas estén regulados en las «normas generales aplicables a la contratación pública». Esto significa que para saber si en los convenios previstos en el artículo 355 de la Constitución, en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 y en el Decreto 092 de 2017 deben aplicarse los temas por los que el peticionario pregunta es necesario revisar las disposiciones normativas que tratan estas materias en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y demás normas complementarias. El objeto de este análisis es determinar las condiciones fácticas y jurídicas que integran cada supuesto normativo. Veamos:

iii) El artículo 14 de la Ley 80 de 1993[[20]](#footnote-21) establece que las cláusulas excepcionales –también conocidas como derogatorias del derecho común– solo son procedentes en dos supuestos: a) cuando el legislador las hace obligatorias en ciertos contratos, entendiéndolas pactadas, aun cuando las partes no las acuerden expresamente, es decir, «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»[[21]](#footnote-22); y b) cuando las partes las incluyan, como *elementos accidentales*, o sea, como producto de la autonomía de la voluntad. Sin embargo, este último evento solo se permite para ciertos contratos; específicamente, para los contratos de *suministro* y *prestación de servicios*.

Aplicando el principio de legalidad, debe concluirse que en los contratos en los que el parágrafo del artículo 14 de la Ley 80 de 1993 prohíbe el pacto de dichas cláusulas no se pueden incorporar. Tampoco en aquellos contratos a los que no hace referencia el citado artículo, es decir, frente a los cuales guarda silencio[[22]](#footnote-23). Lo anterior por cuanto el artículo 6 de la Constitución establece que las autoridades son responsables por violación del ordenamiento jurídico, pero también por extralimitación en el ejercicio de sus funciones. En consecuencia, cuando no existe habilitación normativa para el ejercicio de una potestad, los servidores públicos deben abstenerse de ejecutarla.

Con fundamento en este razonamiento, se puede concluir que las cláusulas excepcionales reguladas en los artículos 14 al 19 de la Ley 80 de 1993 no pueden pactarse en los convenios regulados en el artículo 355 de la Constitución, en el Decreto 092 de 2017 y en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998. Esto por cuanto dichos convenios no se encuentran dentro del listado de los contratos, en los que, según el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, se pueden estipular por autonomía de la voluntad o se entienden pactadas dichas cláusulas. Como se observa, para llegar a esta conclusión se acudió al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, por la vía de la remisión del artículo 8 del Decreto 092 de 2017. Ahora bien, las entidades estatales deberán analizar en cada caso el objeto o contenido esencial del contrato, más allá de su denominación o *nomen iuris*, para establecer la procedencia o no de las cláusulas excepcionales, siempre que dicho objeto ingrese en aquellas tipologías en las cuales se permite el ejercicio de tales prerrogativas.

iv) El parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993 establece un límite para las adiciones a los contratos estatales. En efecto, señala que «Los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales». El Decreto 092 de 2017 no prevé algo al respecto. Pero, como se ha explicado, su artículo 8 señala que deben aplicarse las normas generales de la contratación pública en aquello que no esté reglamentado en dicho Decreto. Dentro de estas normas está, precisamente, el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993. Esta disposición no efectúa distinción alguna frente a los tipos de *contratos* en los que aplica el límite de las adiciones. Simplemente, dice que «Los contratos no podrán adicionarse» superando el tope allí previsto. Los convenios regulados en el Decreto 092 de 2017 y en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 son *contratos*. De hecho, el segundo inciso del artículo 355 de la Constitución los llama de esa manera. En otras palabras, el hecho de que usualmente se les conozca como *convenios* no les quita su carácter contractual. Por tanto, se concluye que también deben cumplir el límite porcentual para las adiciones previsto en el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993.

v) Los artículos 4, num. 3, 5, num. 1, 27 y 28 de la Ley 80 de 1993 señalan que en los contratos estatales se deberá conservar el equilibrio económico. En otras palabras, debe existir una justa equivalencia entre las prestaciones de las partes. Sin embargo, la jurisprudencia ha acotado esta institución contractual, señalando que se fundamenta en el *carácter conmutativo* del contrato[[23]](#footnote-24). De hecho, el artículo 28 de la Ley 80 de 1993 establece que en los contratos estatales se debe garantizar el «equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos». 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; y si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, se llama aleatorio».

Pues bien, el artículo 2, literal b) del Decreto 092 de 2017 dice que la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad (ESAL), en los términos del artículo 355 de la Constitución, está permitida siempre «Que el contrato no comporte una relación conmutativa en el cual haya una contraprestación directa a favor de la Entidad Estatal, ni instrucciones precisas dadas por esta al contratista para cumplir con el objeto del contrato». En criterio de esta Agencia, esto restringe el alcance de la institución jurídica del equilibrio económico en los contratos regulados por el artículo 2 del Decreto 092 de 2017, pues ante la ausencia de conmutatividad, en principio no existe un mandato que obligue a las partes a mantener una equivalencia en sus prestaciones. Sin embargo, este es un aspecto que se deberá analizar en cada caso por los sujetos contratantes, según el alcance de sus obligaciones, pues, en principio, las normas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública que regulan esta figura también se aplican a los contratos derivados del artículo 355 de la Constitución, por la remisión del artículo 8 del Decreto 092 de 2017.

vi) El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública también prevé potestades sancionatorias, adicionales a la cláusula excepcional de caducidad. En efecto, el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 permite que las partes pacten la multa y la cláusula penal pecuniaria[[24]](#footnote-25). A diferencia de la caducidad, que, como se explicó, solo cabe en los contratos estatales mencionados en el artículo 14, numeral 2, de la Ley 80 de 1993 –entre los cuales no están los convenios de asociación o de interés público–, las multas y las cláusulas penales, en principio, pueden pactarse en *cualquier* contrato estatal. En consecuencia, tanto la multa, como la cláusula penal, en principio, podría estipularse en los convenios regulados en el artículo 355 de la Constitución, en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 y en el Decreto 092 de 2017. Lo anterior por cuanto el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 también aplican por la remisión que efectúa el artículo 8 del Decreto 092 de 2017. En efecto, el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 desarrolla el procedimiento administrativo que la entidad estatal debe adelantar para verificar si se ha presentado o no un incumplimiento y, en caso afirmativo, hacer efectivas las medidas sancionatorias que apliquen en el contrato, entre estas la multa y la cláusula penal pecuniaria[[25]](#footnote-26).

vii) Finalmente, el artículo 60 de la Ley 80 de 1993 establece que los contratos de tracto sucesivo, es decir, aquellos cuya ejecución se prolongue en el tiempo, y los demás que lo requieran, deben liquidarse[[26]](#footnote-27). Esta regla general tiene una única excepción: la prevista en el artículo 217 del Decreto 019 de 2012, que modificó el mencionado artículo 60, al señalar que la liquidación no es obligatoria para los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión.

El artículo 11 de la Ley 1150 de 2007 regula las tres modalidades como se puede realizar la liquidación: a) bilateral, b) unilateral y c) judicial[[27]](#footnote-28). Además, establece el término para cada una de ellas.

Pues bien, los convenios regulados en el artículo 355 de la Constitución, en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 y en el Decreto 092 de 2017 no son contratos de prestación de servicios profesionales ni de apoyo a la gestión. Por tanto, no están exceptuados de liquidarse, si son de tracto sucesivo o lo requieren, según lo indica el artículo 60 de la Ley 80 de 1993. Las normas que regulan la liquidación en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública también resultan aplicables por virtud de la remisión hecha por el artículo 8 del Decreto 092 de 2017. Al aplicarse el régimen de la liquidación de los contratos, significa que las entidades estatales también deben liquidar unilateralmente los convenios celebrados con ESAL, cuando se presenten las circunstancias previstas en el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007. A esta conclusión llegó la Agencia en el Concepto C-548 del 5 de octubre de 2021[[28]](#footnote-29).

**2.3.2. Conclusiones frente a los convenios de asociación entre entidades públicas previstos en el artículo 95 de la Ley 489 de 1998**

El peticionario realiza las mismas preguntas analizadas en el apartado anterior, pero esta vez en relación con los convenios de asociación entre *entidades públicas* a los que se refiere el artículo 95 de la Ley 489 de 1998. Recordémoslas, para efectos pedagógicos: pregunta si en dichos convenios se pueden aplicar las siguientes disposiciones de la Ley 80 de 1993: el artículo 14 –referido a las cláusulas excepcionales–, el artículo 40 –que consagra el límite porcentual para las adiciones– y los artículos 4, num. 3, 5, num. 1, 27 y 28 –relativos al deber de conservar el equilibrio económico del contrato–. Igualmente, pregunta si en estos convenios se debe aplicar el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 –que consagra el procedimiento administrativo sancionatorio contractual–, y si es posible pactar en aquellos la multa y la cláusula penal pecuniaria. Asimismo, pide que se aclare si en dichos convenios cabe la liquidación unilateral.

Algunos de los planteamientos hechos en el numeral 2.3.1. de este concepto aplican también para los convenios de asociación *entre entidades públicas*, *siempre que el régimen aplicable a estos sea el del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*, lo que no siempre sucede, según se explicó en la parte inicial del numeral 2.3. En tal sentido, se abreviará la respuesta remitiendo al apartado correspondiente y explicando si existe alguna particularidad para los convenios celebrados con fundamento en el artículo 95 de la Ley 489 de 1998:

i) El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública debe aplicarse a la celebración de los convenios de asociación del artículo 95 de la Ley 489 de 1998 en dos eventos: a) cuando el régimen contractual de las entidades estatales que se asocian es dicho Estatuto y b) en los asuntos a los que se refiere el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, aun cuando las entidades que se asocien tengan un régimen exceptuado o de derecho privado en materia contractual[[29]](#footnote-30). Por ejemplo, así las entidades cuenten con un régimen especial –de derecho privado– y, por tanto, este sea la normativa principal que regule el convenio de asociación entre ellas, deben respetar las normas sobre inhabilidades e incompatibilidades reguladas tanto en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, como en otras leyes.

ii) Frente a la procedencia de las cláusulas excepcionales reguladas en los artículos 14 al 19 de la Ley 80 de 1993, se reitera lo expuesto en el ordinal iii) del numeral 2.3.1. Allí se indicó, en síntesis, que dichas cláusulas solo pueden pactarse y aplicarse en relación con los contratos a los que se refiere el artículo 14, numeral 2, de la Ley *ibidem*, en los cuales están permitidas. Como los convenios de asociación entre entidades públicas no se mencionan en ese listado, significa que en estos no procede la estipulación y ejercicio de tales prerrogativas. Más aún, el parágrafo del mismo artículo señala que debe prescindirse de las cláusulas excepcionales en los contratos interadministrativos.

Esto, incluso, resulta aplicable si la normativa del convenio de asociación entre entidades públicas es el derecho privado, aunque la norma que establece el régimen permita el pacto de este tipo de cláusulas, pues aun así la regulación de las mismas debe sujetarse a lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993. Por ejemplo, el artículo 195, numeral 6, de la Ley 100 de 1993, establece que las empresas sociales del Estado se rigen por el derecho privado en materia contractual, pero que pueden «discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el estatuto general de contratación de la administración pública». Aun en este caso deben respetar los requisitos para la estipulación y uso de tales cláusulas, previstos en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, que no las permiten para cualquier contrato.

iii) El parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993 también aplica a los convenios de asociación cuyo régimen sea el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, pues, como se indicó en el ordinal iv) del numeral 2.3.1 de este concepto, dicho parágrafo no distingue tipos de contratos. Esto significa que rige para cualquier contrato y un convenio de asociación entre entidades públicas lo es, sin duda. En cambio, si el régimen del convenio de asociación es exceptuado, como también se explicó, no lo cubre la limitación del parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, porque esta no es una de las materias a las que remite el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007. Sin embargo, eso no significa que las entidades exceptuadas que se asocian puedan pasar por alto los principios de la gestión fiscal previstos en el artículo 267 de la Constitución. La limitación a la adición de recursos en tal caso está, pues, vinculada a la garantía de dichos postulados y, en últimas, al principio de proporcionalidad. En definitiva, como lo señaló la Agencia en el Concepto C-664 del 20 de octubre de 2022, el referido límite del parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993 aplica en aquellos casos en los cuales el convenio tenga contenido patrimonial y se rija por las normas del EGCAP.

iv) En relación con el mandato de conservar la ecuación contractual caben los comentarios hechos sobre este deber en el ordinal v) del numeral 2.3.1. de este concepto. Allí se indicó que si el régimen contractual aplicable es el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en principio, deben aplicarse los artículos 4, num. 3, 5, num. 1, 27 y 28 de la Ley 80 de 1993, que regulan el equilibrio económico del contrato. A su vez, se llamó la atención sobre la necesidad de analizar en cada caso cómo se encuentran estructuradas las obligaciones contractuales, para establecer el carácter conmutativo o no del contrato. Este análisis también debe efectuarse en relación con los convenios de asociación entre entidades públicas. Si el régimen del convenio es el derecho privado también en este evento, en principio, rige el deber de la justa equivalencia de las prestaciones, si se presentan las condiciones previstas en el artículo 868 del Código de Comercio[[30]](#footnote-31).

v) Ahora bien, en relación con las potestades unilaterales a las que se refiere el peticionario, a saber, la posibilidad de pactar la multa, la cláusula penal pecuniaria y la liquidación unilateral en los convenios de asociación entre entidades públicas, es importante señalar que, aunque para la Agencia aquello, en principio, sería viable, el Consejo de Estado ha indicado que en este caso debe hacerse una distinción. Así lo explicó Colombia Compra Eficiente en el concepto C-168 del 19 de abril de 2021.

En efecto, tratándose de convenios de asociación entre entidades públicas, la Sección Tercera del Consejo de Estado, en la sentencia del 5 de febrero de 2021, indicó que la liquidación *unilateral* no resulta procedente en aquellos convenios en los que las entidades estatales tienen una «finalidad asociativa», actuando en pie de igualdad –como sucede en los regulados en el artículo 95 de la Ley 489 de 1998–, pues, «[…] de obrar en el pacto una finalidad asociativa entre las partes, ninguna de estas podría imponerle a la otra su propio balance de cuentas, porque la situación de paridad entre ambas entidades públicas asociadas en virtud del convenio, es incompatible con el ejercicio de prerrogativas como la liquidación unilateral, […]»[[31]](#footnote-32). En la misma sentencia se aclaró –y es esta la posición jurisprudencial vigente del Consejo de Estado– que si en el contrato interadministrativo no hay una finalidad asociativa, sino una verdadera relación conmutativa –en virtud de la cual una entidad estatal le presta un servicio a la otra o le suministra un bien, por ejemplo–, la liquidación unilateral sí resulta viable.

Aplicando esta misma lógica, habría que concluir que, si se evidencia esa finalidad asociativa entre las entidades públicas, en principio, tampoco cabría la multa y la cláusula penal. Sí serían procedentes, en cambio, cuando exista conmutatividad en el contrato. Este es, pues, un asunto que deberán analizar las entidades estatales en cada caso. Sin perjuicio de la postura del Consejo de Estado, que constituye precedente judicial, esta Subdirección no observa que el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública prohíba, como sí lo hace frente a las cláusulas excepcionales en el parágrafo del artículo 14, ejercer otro tipo de potestades unilaterales en los convenios de asociación entre entidades públicas. Por el contrario, los artículos 11 y 17 de la Ley 1150 de 2007 permiten la liquidación unilateral, así como pactar multas y cláusulas penales, respectivamente, cuando se presenten los supuestos fácticos y jurídicos regulados en tales disposiciones.

**3. Respuesta**

«1. ¿En los convenios del artículo 95 de la Ley 489 de 1998 aplica la Ley 80 de 1993?

»2. ¿En los convenios del artículo 95 de la Ley 489 de 1998 aplica el artículo 14 de la Ley 80 de 1993?

»3. ¿En los convenios del artículo 95 de la Ley 489 de 1998 aplica la limitación de adición del artículo 40 de la Ley 80 de 1993?

»4. ¿En los convenios del artículo 95 de la Ley 489 de 1998 aplica el restablecimiento del equilibrio de la ecuación económica del contrato?

»5. ¿En los convenios del artículo 95 de la Ley 489 de 1998 aplica el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011?

»6. ¿En los convenios del artículo 95 de la Ley 489 de 1998 se pueden pactar multas y cláusulas penales? ¿liquidación unilateral?

»7. ¿En los convenios del artículo 96 de la Ley 489 de 1998 aplica la Ley 80 de 1993? »8. ¿En los convenios del artículo 96 de la Ley 489 de 1998 aplica el artículo 14 de la Ley 80 de 1993?

»9. ¿En los convenios del artículo 96 de la Ley 489 de 1998 aplica la limitación de adición del artículo 40 de la Ley 80 de 1993?

»10. ¿En los convenios del artículo 96 de la Ley 489 de 1998 aplica el restablecimiento del equilibrio de la ecuación económica del contrato?

»11. ¿En los convenios del artículo 96 de la Ley 489 de 1998 aplica el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011?

»12. ¿En los convenios del artículo 96 de la Ley 489 de 1998 se pueden pactar multas y cláusulas penales? ¿liquidación unilateral?

»13. ¿En los convenios del artículo 355 de la Constitución Política aplica la Ley 80 de 1993?

»14. ¿En los convenios del artículo 355 de la Constitución Política aplica el artículo 14 de la Ley 80 de 1993?

»15. ¿En los convenios del artículo 355 de la Constitución Política aplica la limitación de adición del artículo 40 de la Ley 80 de 1993?

»16. ¿En los convenios del artículo 355 de la Constitución Política aplica el restablecimiento del equilibrio de la ecuación económica del contrato?

»17. ¿En los convenios del artículo 355 de la Constitución Política aplica el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011?

»18. ¿En los convenios del artículo 355 de la Constitución Política se pueden pactar multas y cláusulas penales? ¿liquidación unilateral?»

Como se indicó, los convenios que permite celebrar el artículo 355 de la Constitución Política *en principio* cuentan con un régimen especial en el Decreto 092 de 2017 y en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998. Sin embargo, el artículo 8 de dicho Decreto establece que en lo no reglamentado en él deben observarse «las normas generales aplicables a la contratación pública». En tal sentido, frente a los aspectos por los cuales se formula la consulta habría que preguntarse si cuentan con una regulación especial en el Decreto 092 de 2017. Si la respuesta fuera afirmativa, tendría que aplicarse tal regulación. Pero, de ser negativa, habría que aplicar también el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, así como sus normas complementarias y reglamentarias, pues, precisamente, dichos preceptos son las «normas generales aplicables a la contratación pública» a las que alude el artículo 8 del Decreto 092 de 2017. En otras palabras, el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y sus normas complementarias y reglamentarias llenan los vacíos que se presentan en el Decreto 092 de 2017 frente a la regulación de los asuntos asociados a la celebración, ejecución y liquidación de los convenios que encuentran fundamento en el artículo 355 de la Constitución, incluidos en esta categoría los convenios de asociación previstos en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998.

Pue bien, usted indaga si en los convenios consagrados en el artículo 355 de la Constitución y en el artículo 96 *ibidem* rige la Ley 80 de 1993, y en tal sentido, si se pueden aplicar las siguientes disposiciones de esta: el artículo 14 –referido a las cláusulas excepcionales–, el artículo 40 –que consagra el límite porcentual para las adiciones– y los artículos 4, num. 3, 5, num. 1, 27 y 28 –relativos al deber de conservar el equilibrio económico del contrato–. Igualmente, pregunta si en estos convenios se debe aplicar el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 –que consagra el procedimiento administrativo sancionatorio contractual–, y si es posible pactar en aquellos la multa y la cláusula penal pecuniaria. Asimismo, pide que se aclare si en dichos convenios cabe la liquidación unilateral.

Siguiendo la metodología explicada, hay que señalar que las materias mencionadas con anterioridad *no están reguladas expresamente en el Decreto 092 de 2017*. Este reglamento, además, como se indicó, es el que desarrolla el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, la cual tampoco establece normas sobre dichos temas. En consecuencia, los vacíos que se presentan frente a estos asuntos deben llenarse con la remisión que efectúa el artículo 8 del Decreto 092 de 2017. Por ende, aplicando esta última norma y respondiendo las preguntas hechas por usted, es válido concluir lo siguiente:

i) A los convenios previstos en el artículo 96 de la Ley 489 de 1996 les aplica el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –integrado por la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007 y sus demás normas complementarias–, pues el Decreto 092 de 2017 –que es el reglamento autónomo que regula dichos convenios–, se remite, en el artículo 8, a «las normas generales aplicables a la contratación pública». Esto significa que en lo que no tenga una reglamentación especial en el Decreto 092 de 2017 deben aplicarse las normas generales a las que se ha hecho referencia.

ii) En armonía con lo anterior, frente a cada una de las materias por las que usted consulta se deben analizar las normas que las regulan tanto en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, como en sus normas complementarias y reglamentarias. En otras palabras, la remisión efectuada por el artículo 8 del Decreto 092 de 2017 implica que hay que respetar los términos como dichos temas estén regulados en las «normas generales aplicables a la contratación pública». Esto significa que para saber si en los convenios previstos en el artículo 355 de la Constitución, en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 y en el Decreto 092 de 2017 deben aplicarse los temas por los que usted pregunta es necesario revisar las disposiciones normativas que tratan estas materias en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y demás normas complementarias. El objeto de este análisis es determinar las condiciones fácticas y jurídicas que integran cada supuesto normativo. Veamos:

iii) El artículo 14 de la Ley 80 de 1993 establece que las cláusulas excepcionales –también conocidas como derogatorias del derecho común– solo son procedentes en dos supuestos: a) cuando el legislador las hace obligatorias en ciertos contratos, entendiéndolas pactadas, aun cuando las partes no las acuerden expresamente, es decir, «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»; y b) cuando las partes las incluyan, como *elementos accidentales*, o sea, como producto de la autonomía de la voluntad. Sin embargo, este último evento solo se permite para ciertos contratos; específicamente, para los contratos de *suministro* y *prestación de servicios*. Aplicando el principio de legalidad, debe concluirse que en los contratos en los que el parágrafo del artículo 14 de la Ley 80 de 1993 prohíbe el pacto de dichas cláusulas no se pueden incorporar. Tampoco en aquellos contratos a los que no hace referencia el citado artículo, es decir, frente a los cuales guarda silencio. Lo anterior por cuanto el artículo 6 de la Constitución establece que las autoridades son responsables por violación del ordenamiento jurídico, pero también por extralimitación en el ejercicio de sus funciones. En consecuencia, cuando no existe habilitación normativa para el ejercicio de una potestad, los servidores públicos deben abstenerse de ejecutarla. Con fundamento en este razonamiento, se puede concluir que las cláusulas excepcionales reguladas en los artículos 14 al 19 de la Ley 80 de 1993 no pueden pactarse en los convenios regulados en el artículo 355 de la Constitución, en el Decreto 092 de 2017 y en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998. Esto por cuanto dichos convenios no se encuentran dentro del listado de los contratos, en los que, según el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, se pueden estipular por autonomía de la voluntad o se entienden pactadas dichas cláusulas. Como se observa, para llegar a esta conclusión se acudió al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, por la vía de la remisión del artículo 8 del Decreto 092 de 2017. Ahora bien, las entidades estatales deberán analizar en cada caso el objeto o contenido esencial del contrato, más allá de su denominación o *nomen iuris*, para establecer la procedencia o no de las cláusulas excepcionales, siempre que dicho objeto ingrese en aquellas tipologías en las cuales se permite el ejercicio de tales prerrogativas.

iv) El parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993 establece un límite para las adiciones a los contratos estatales. En efecto, señala que «Los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales». El Decreto 092 de 2017 no prevé algo al respecto. Pero, como se ha explicado, su artículo 8 señala que deben aplicarse las normas generales de la contratación pública en aquello que no esté reglamentado en dicho Decreto. Dentro de estas normas está, precisamente, el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993. Esta disposición no efectúa distinción alguna frente a los tipos de *contratos* en los que aplica el límite de las adiciones. Simplemente, dice que «Los contratos no podrán adicionarse» superando el tope allí previsto. Los convenios regulados en el Decreto 092 de 2017 y en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 son *contratos*. De hecho, el segundo inciso del artículo 355 de la Constitución los llama de esa manera. En otras palabras, el hecho de que usualmente se les conozca como *convenios* no les quita su carácter contractual. Por tanto, se concluye que también deben cumplir el límite porcentual para las adiciones previsto en el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993.

v) Los artículos 4, num. 3, 5, num. 1, 27 y 28 de la Ley 80 de 1993 señalan que en los contratos estatales se deberá conservar el equilibrio económico. En otras palabras, debe existir una justa equivalencia entre las prestaciones de las partes. Sin embargo, la jurisprudencia ha acotado esta institución contractual, señalando que se fundamenta en el *carácter conmutativo* del contrato. De hecho, el artículo 28 de la Ley 80 de 1993 establece que en los contratos estatales se debe garantizar el «equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos». 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; y si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, se llama aleatorio». Pues bien, el artículo 2, literal b) del Decreto 092 de 2017 dice que la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad (ESAL), en los términos del artículo 355 de la Constitución, está permitida siempre «Que el contrato no comporte una relación conmutativa en el cual haya una contraprestación directa a favor de la Entidad Estatal, ni instrucciones precisas dadas por esta al contratista para cumplir con el objeto del contrato». En criterio de esta Agencia, esto restringe el alcance de la institución jurídica del equilibrio económico en los contratos regulados por el artículo 2 del Decreto 092 de 2017, pues ante la ausencia de conmutatividad, en principio no existe un mandato que obligue a las partes a mantener una equivalencia en sus prestaciones. Sin embargo, este es un aspecto que se deberá analizar en cada caso por los sujetos contratantes, según el alcance de sus obligaciones, pues, en principio, las normas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública que regulan esta figura también se aplican a los contratos derivados del artículo 355 de la Constitución, por la remisión del artículo 8 del Decreto 092 de 2017.

vi) El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública también prevé potestades sancionatorias, adicionales a la cláusula excepcional de caducidad. En efecto, el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 permite que las partes pacten la multa y la cláusula penal pecuniaria. A diferencia de la caducidad, que, como se explicó, solo cabe en los contratos estatales mencionados en el artículo 14, numeral 2, de la Ley 80 de 1993 –entre los cuales no están los convenios de asociación o de interés público–, las multas y las cláusulas penales, en principio, pueden pactarse en *cualquier* contrato estatal. En consecuencia, tanto la multa, como la cláusula penal, en principio, podría estipularse en los convenios regulados en el artículo 355 de la Constitución, en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 y en el Decreto 092 de 2017. Lo anterior por cuanto el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 también aplican por la remisión que efectúa el artículo 8 del Decreto 092 de 2017. En efecto, el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 desarrolla el procedimiento administrativo que la entidad estatal debe adelantar para verificar si se ha presentado o no un incumplimiento y, en caso afirmativo, hacer efectivas las medidas sancionatorias que apliquen en el contrato, entre estas la multa y la cláusula penal pecuniaria.

vii) El artículo 60 de la Ley 80 de 1993 establece que los contratos de tracto sucesivo, es decir, aquellos cuya ejecución se prolongue en el tiempo, y los demás que lo requieran, deben liquidarse. Esta regla general tiene una única excepción: la prevista en el artículo 217 del Decreto 019 de 2012, que modificó el mencionado artículo 60, al señalar que la liquidación no es obligatoria para los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión. El artículo 11 de la Ley 1150 de 2007 regula las tres modalidades como se puede realizar la liquidación: a) bilateral, b) unilateral y c) judicial. Además, establece el término para cada una de ellas. Pues bien, los convenios regulados en el artículo 355 de la Constitución, en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 y en el Decreto 092 de 2017 no son contratos de prestación de servicios profesionales ni de apoyo a la gestión. Por tanto, no están exceptuados de liquidarse, si son de tracto sucesivo o lo requieren, según lo indica el artículo 60 de la Ley 80 de 1993. Las normas que regulan la liquidación en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública también resultan aplicables por virtud de la remisión hecha por el artículo 8 del Decreto 092 de 2017. Al aplicarse el régimen de la liquidación de los contratos, significa que las entidades estatales también deben liquidar unilateralmente los convenios celebrados con ESAL, cuando se presenten las circunstancias previstas en el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007. A esta conclusión llegó la Agencia en el Concepto C-548 del 5 de octubre de 2021.

Algunos de los planteamientos hechos en el numeral 2.3.1. de este concepto aplican también para los convenios de asociación *entre entidades públicas*, *siempre que el régimen aplicable a estos sea el del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*, lo que no siempre sucede, según se explicó en la parte inicial del numeral 2.3. En tal sentido, se abreviará la respuesta remitiendo al apartado correspondiente y explicando si existe alguna particularidad para los convenios celebrados con fundamento en el artículo 95 de la Ley 489 de 1998:

viii) El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública debe aplicarse a la celebración de los convenios de asociación del artículo 95 de la Ley 489 de 1998 en dos eventos: a) cuando el régimen contractual de las entidades estatales que se asocian es dicho Estatuto y b) en los asuntos a los que se refiere el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, aun cuando las entidades que se asocien tengan un régimen exceptuado o de derecho privado en materia contractual. Por ejemplo, así las entidades cuenten con un régimen especial –de derecho privado– y, por tanto, este sea la normativa principal que regule el convenio de asociación entre ellas, deben respetar las normas sobre inhabilidades e incompatibilidades reguladas tanto en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, como en otras leyes.

ix) Frente a la procedencia de las cláusulas excepcionales reguladas en los artículos 14 al 19 de la Ley 80 de 1993, se reitera lo expuesto en el ordinal iii) del numeral 2.3.1. Allí se indicó, en síntesis, que dichas cláusulas solo pueden pactarse y aplicarse en relación con los contratos a los que se refiere el artículo 14, numeral 2, de la Ley *ibidem*, en los cuales están permitidas. Como los convenios de asociación entre entidades públicas no se mencionan en ese listado, significa que en estos no procede la estipulación y ejercicio de tales prerrogativas. Más aún, el parágrafo del mismo artículo señala que debe prescindirse de las cláusulas excepcionales en los contratos interadministrativos. Esto incluso resulta aplicable si la normativa del convenio de asociación entre entidades públicas es el derecho privado, aunque la norma que establece el régimen permita el pacto de este tipo de cláusulas, pues aun así la regulación de las mismas debe sujetarse a lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993. Por ejemplo, el artículo 195, numeral 6, de la Ley 100 de 1993, establece que las empresas sociales del Estado se rigen por el derecho privado en materia contractual, pero que pueden «discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el estatuto general de contratación de la administración pública». Aun en este caso deben respetar los requisitos para la estipulación y uso de tales cláusulas, previstos en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, que no las permiten para cualquier contrato.

x) El parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993 también aplica a los convenios de asociación cuyo régimen sea el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, pues, como se indicó en el ordinal iv) del numeral 2.3.1 de este concepto, dicho parágrafo no distingue tipos de contratos. Esto significa que rige para cualquier contrato y un convenio de asociación entre entidades públicas lo es, sin duda. En cambio, si el régimen del convenio de asociación es exceptuado, como también se explicó, no lo cubre la limitación del parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, porque esta no es una de las materias a las que remite el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007. Sin embargo, eso no significa que las entidades que se asocian puedan pasar por alto los principios de la gestión fiscal previstos en el artículo 267 de la Constitución. La limitación a la adición de recursos en tal caso está, pues, vinculada a la garantía de dichos postulados y, en últimas, al principio de proporcionalidad. En definitiva, como lo señaló la Agencia en el Concepto C-664 del 20 de octubre de 2022, el referido límite del parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993 aplica en aquellos casos en los cuales el convenio tenga contenido patrimonial y se rija por las normas del EGCAP.

xi) En relación con el mandato de conservar la ecuación contractual caben los comentarios hechos sobre este deber en el ordinal v) del numeral 2.3.1. de este concepto. Allí se indicó que, si el régimen contractual aplicable es el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en principio, deben aplicarse los artículos 4, núm. 3, 5, núm. 1, 27 y 28 de la Ley 80 de 1993, que regulan el equilibrio económico del contrato. A su vez, se llamó la atención sobre la necesidad de analizar en cada caso cómo se encuentran estructuradas las obligaciones contractuales, para establecer el carácter conmutativo o no del contrato. Este análisis también debe efectuarse en relación con los convenios de asociación entre entidades públicas. Si el régimen del convenio es el derecho privado también en este evento, en principio, rige el deber de la justa equivalencia de las prestaciones, si se presentan las condiciones previstas en el artículo 868 del Código de Comercio.

xii) Ahora bien, en relación con las potestades unilaterales a las que usted se refiere, a saber, la posibilidad de pactar la multa, la cláusula penal pecuniaria y la liquidación unilateral en los convenios de asociación entre entidades públicas, es importante señalar que, aunque para la Agencia aquello en principio sería viable, el Consejo de Estado ha indicado que en este caso debe hacerse una distinción. Así lo explicó Colombia Compra Eficiente en el concepto C-168 del 19 de abril de 2021. En efecto, tratándose de convenios de asociación entre entidades públicas, la Sección Tercera del Consejo de Estado, en la sentencia del 5 de febrero de 2021, indicó que la liquidación *unilateral* no resulta procedente en aquellos convenios en los que las entidades estatales tienen una «finalidad asociativa», actuando en pie de igualdad –como sucede en los regulados en el artículo 95 de la Ley 489 de 1998–, pues, «[…] de obrar en el pacto una finalidad asociativa entre las partes, ninguna de estas podría imponerle a la otra su propio balance de cuentas, porque la situación de paridad entre ambas entidades públicas asociadas en virtud del convenio, es incompatible con el ejercicio de prerrogativas como la liquidación unilateral, […]». En la misma sentencia se aclaró –y es esta la posición jurisprudencial vigente del Consejo de Estado– que si en el contrato interadministrativo no hay una finalidad asociativa, sino una verdadera relación conmutativa –en virtud de la cual una entidad estatal le presta un servicio a la otra o le suministra un bien, por ejemplo–, la liquidación unilateral sí resulta viable. Aplicando esta misma lógica, habría que concluir que si se evidencia esa finalidad asociativa entre las entidades públicas, en principio, tampoco cabría la multa y la cláusula penal. Sí serían procedentes, en cambio, cuando exista conmutatividad en el contrato. Este es, pues, un asunto que deberán analizar las entidades estatales en cada caso. Sin perjuicio de la postura del Consejo de Estado, que constituye precedente judicial, esta Subdirección no observa que el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública prohíba, como sí lo hace frente a las cláusulas excepcionales en el parágrafo del artículo 14, ejercer otro tipo de potestades unilaterales en los convenios de asociación entre entidades públicas. Por el contrario, los artículos 11 y 17 de la Ley 1150 de 2007 permiten la liquidación unilateral, así como pactar multas y cláusulas penales, respectivamente, cuando se presenten los supuestos fácticos y jurídicos regulados en tales disposiciones.

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y las expresiones aquí utilizadas con mayúscula inicial deben ser entendidas con el significado que les otorga el artículo 2.2.1.1.1.3.1. del Decreto 1082 de 2015.

Atentamente,

Texto

Descripción generada automáticamente

|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Cristian Andrés Díaz Díez  Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Alejandro Sarmiento Cantillo  Gestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual  Gabriel Eduardo Mendoza Martelo  Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Nohelia del Carmen Zawady Palacio  Subdirectora de Gestión Contractual |

1. Sobre esta norma, consultar los conceptos del 8 de octubre de 2019, con radicado No. 2201913000007532, y del 20 de diciembre de 2019, con radicado No. 4201913000008240. [↑](#footnote-ref-2)
2. Al respecto, la Ley 489 de 1998 dispone que «Art. 96. Las entidades estatales, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo podrán, con la observancia de los principios señalados en el artículo 209 de la Constitución, asociarse con personas jurídicas particulares, mediante la celebración de convenios de asociación o la creación de personas jurídicas, para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que les asigna a aquéllas la ley.

   »Los convenios de asociación a que se refiere el presente artículo se celebrarán de conformidad con lo dispuesto en el artículo 355 de la Constitución Política, en ellos se determinará con precisión su objeto, término, obligaciones de las partes, aportes, coordinación y todos aquellos aspectos que se consideren pertinentes».

   [↑](#footnote-ref-3)
3. Concepto del 3 de septiembre de 2019, con radicado No. 2201913000006512. [↑](#footnote-ref-4)
4. Sobre la naturaleza de los convenios de asociación, se reitera lo expuesto en el concepto del 19 de noviembre de 2019, con radicado No. 2201913000008611. [↑](#footnote-ref-5)
5. El numeral 16.9 de la Circular Externa Única de Colombia Compra Eficiente explica que: «El Decreto 092 de 2017 no restringe ninguna forma de asociación entre las entidades privadas sin ánimo de lucro, y prevé que los contratos y convenios que regula se sujetarán a las normas generales aplicables al Sistema de Compra Pública, es decir Ley 80 de 1993, salvo lo que de manera expresa esté regulado en dicho Decreto. La Ley 80 de 1993 establece las diferentes formas asociativas que pueden utilizar los proponentes para participar en los Procesos de Contratación. De esta forma, entidades privadas sin ánimo de lucro pueden constituirse como unión temporal o consorcio para efectos de la celebración de contratos de colaboración o convenios de asociación». [↑](#footnote-ref-6)
6. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 26 de julio de 2016. Exp. 2.257. C.P. Álvaro Namén Vargas. [↑](#footnote-ref-7)
7. [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-8)
8. [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-9)
9. [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-10)
10. En sentido similar ver, entre otras, al Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 22 de octubre de 2021, Rad. 65978, M.P. Martha Nubia Velásquez; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 23 de abril de 2021, Rad. 49148, M.P. María Adriana Marín; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 21 de mayo de 2021, Rad. 66756, M.P. José Roberto Sáchica Méndez; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Auto del 30 de septiembre de 2020, Rad. 65358, M.P. Guillermo Sánchez Luque. [↑](#footnote-ref-11)
11. Sobre el particular, en ocasiones el Consejo de Estado ha establecido que en aquellos casos en que se pacte remuneración en el marco de un convenio interadministrativo, independientemente de la denominación que se adopte, el negocio jurídico podría no corresponder a su naturaleza y en consecuencia a sus efectos jurídicos. A juicio de esta corporación «en realidad, los convenios en los cuales las partes se obligan patrimonialmente constituyen contratos en toda la extensión del concepto y con todos los efectos de esa particular institución jurídica», de manera que indudablemente les será aplicable el EGCAP. (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 23 de junio de 2010, Exp. 1998-00261. C.P. Mauricio Fajardo Gómez). Cfr. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 30 de abril de 2008. Rad. 1881. [↑](#footnote-ref-12)
12. CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 26 de julio de 2016. Exp. 2.257. C.P. Álvaro Namén Vargas. [↑](#footnote-ref-13)
13. Si bien el parágrafo de artículo 14 de la Ley 80 de 1993 establece que se deberá prescindir de las cláusulas excepcionales en los ‘contratos interadministrativos’, el Consejo de Estado ha señalado que tal disposición aplica indiscutiblemente para los convenios, pero, para el caso de los contratos administrativos «dado el ámbito de subordinación, no puede descartarse *prima facie*». De hecho, se ha referido en concreto a la procedencia de la imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento en contratos interadministrativos. (Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil, *ibídem*). Cfr. SANTOS Rodríguez Jorge Enrique. “Consideraciones sobre los contratos y convenios interadministrativos”. Revista Digital de Derecho Administrativo, Núm. 1, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009. Pág. 19. [↑](#footnote-ref-14)
14. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia del 05 de febrero de 2021, rad. 25000-23-26-000-2011-00144-01(49792), M.P. María Adriana Marín.Esta posición fue acogida por esta Subdirección a través del Concepto C-168 del 29 de abril de 2021. [↑](#footnote-ref-15)
15. Así lo prevé dicho artículo: «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 o la conformación de personas jurídicas sin ánimo de lucro.

    »Las personas jurídicas sin ánimo de lucro que se conformen por la asociación exclusiva de entidades públicas, se sujetan a las disposiciones previstas en el Código Civil y en las normas para las entidades de este género. Sus Juntas o Consejos Directivos estarán integrados en la forma que prevean los correspondientes estatutos internos, los cuales proveerán igualmente sobre la designación de su representante legal». [↑](#footnote-ref-16)
16. Esta decisión se encuentra en la Sentencia C-671 de 1999. Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán: «En cuanto el artículo 95 de la Ley 489 de 1998, en su primer inciso, autoriza a las entidades públicas su asociación entre sí con el propósito de cooperar en el cumplimiento de funciones administrativas o de prestar conjuntamente servicios que se encuentren a su cargo, encuentra la Corte que la disposición acusada tiene como soporte constitucional el precepto contenido en el artículo 209, inciso segundo de la Carta, que impone como un deber la coordinación de las actuaciones de las autoridades administrativas para el cumplimiento de los fines del Estado.

    »En cuanto al inciso segundo del artículo 95 de la citada Ley 489 de 1998, observa la Corte que en él se dispone que las personas jurídicas sin ánimo de lucro que se conformen por la asociación exclusiva de entidades públicas, "se sujetan a las disposiciones previstas en el Código Civil y en las normas para las entidades de este género".

    »De conformidad con el artículo 210 de la Carta se autoriza la creación de entidades descentralizadas por servicios del orden nacional, en virtud de una ley o por expresa autorización de ésta y, en todo caso, con acatamiento a "los principios que orientan la actividad administrativa". Ello significa que las entidades descentralizadas indirectas, con personalidad jurídica, que puedan surgir por virtud de convenios de asociación celebrados con exclusividad, entre dos o más entidades públicas deben sujetarse a la voluntad original del legislador que, en ejercicio de la potestad conformadora de la organización -artículo 150, numeral 7 de la Constitución Política-, haya definido los objetivos generales y la estructura orgánica de cada una de las entidades públicas participantes, y los respectivos regímenes de actos, contratación, controles y responsabilidad.

    »En consecuencia, la disposición en estudio sólo podrá considerarse ajustada a las normas superiores cuando la asociación surgida se sujete al mismo régimen que, en consonancia con la naturaleza de las entidades participantes y el régimen propio de función administrativa o de servicio público a su cargo hubiere señalado la ley de creación o autorización de éstas.

    »Además, en todo caso, el ejercicio de las prerrogativas y potestades públicas, los regímenes de los actos unilaterales, de la contratación, los controles y la responsabilidad serán las propios de las entidades estatales según lo dispuesto en las leyes especiales sobre dichas materias.

    »Así las cosas la disposición acusada será declarada exequible bajo la consideración de que las características de persona jurídica sin ánimo de lucro y la sujeción al derecho civil se entienden sin perjuicio de los principios y reglas especiales propios de la función administrativa establecidos en el artículo 209 de la Constitución, que para el derecho civil y normas complementarias no resultan de aplicación estricta e imperativa». [↑](#footnote-ref-17)
17. Así también lo ha reconocido la doctrina, al indicar: «Es oportuno señalar respecto de los temas anteriores, que la necesidad de coherencia de las nuevas personas jurídicas y las entidades asociadas, fue considerada por la Corte Constitucional, al desatar la demanda presentada contra el artículo 95 de la Ley 489, en el sentido de que las primeras deben sujetarse a la voluntad original del Legislador que actuando en ejercicio de la potestad conformadora de la organización (CP, artículo 150, numeral 7), haya definido los objetivos generales y la estructura orgánica de cada una de las entidades públicas participantes en el convenio, así como los respectivos regímenes de actos, contratación, controles y responsabilidad» (CHÁVEZ MARÍN, Augusto Ramón. Los convenios de la Administración: entre la gestión pública y la actividad contractual. 2ª ed. Bogotá: Universidad del Rosario, 2012, p. 243). [↑](#footnote-ref-18)
18. Esta norma, modificada por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001, establece: «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.

    »Parágrafo. Los contratos que celebren los entes territoriales con las empresas de servicios públicos con el objeto de que estas últimas asuman la prestación de uno o de varios servicios públicos domiciliarios, o para que sustituyan en la prestación a otra que entre en causal de disolución o liquidación, se regirán para todos sus efectos por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en todo caso la selección siempre deberá realizarse previa licitación pública, de conformidad con la Ley 80 de 1993». [↑](#footnote-ref-19)
19. Según este artículo: «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». [↑](#footnote-ref-20)
20. El artículo 14 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 52 de la Ley 2195 de 2022, dispone lo siguiente: «Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:

    »1o. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán, en los casos previstos en el numeral 2o. de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado.

    »En los actos en que se ejerciten algunas de estas potestades excepcionales deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial.

    »Contra los actos administrativos que ordenen la interpretación, modificación y terminación unilaterales, procederá el recurso de reposición, sin perjuicio de la acción contractual que puede intentar el contratista, según lo previsto en el artículo 77 de esta ley.

    »2o. Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos, 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.

    »Parágrafo. 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 2o. 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». [↑](#footnote-ref-21)
21. Ibid. [↑](#footnote-ref-22)
22. Así lo señaló el Consejo de Estado, indicando que si un contrato no está mencionado en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 –dentro del listado de contratos en los que son obligatorias o facultativas las cláusulas excepcionales– eso significa que no admiten la estipulación de tales prerrogativas. El Consejo de Estado dice que esto no es posible «De un lado, porque, como se ha visto, 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, porque el legislador es el único que puede disponer competencias para la expedición de actos administrativos en desarrollo de los contratos estatales, actos que, como es sabido, constituyen el mecanismo de ejercicio de las exorbitancias contractuales.

    »De este modo, en ejercicio de la autonomía de la voluntad privada no es posible constituir este tipo de poderes, en contratos en los que la ley no ha impartido autorización expresa, o excluirlos en los que el legislador los ha previsto como obligatorios» (Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 30 de noviembre de 2006. Expediente: 30832. Magistrado Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez). También puede consultarse el siguiente pronunciamiento en el que se reiteró esta tesis: Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 13 de febrero de 2013. Expediente: 24996. [↑](#footnote-ref-23)
23. Cfr. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 14 de marzo de 2013. Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera. Expediente: 20.524. Puede verse también la Sentencia de la Sección Tercera. Subsección C. del 6 de mayo de 2015, Consejera Ponente: Olga Mélida Valle De La Hoz (E). [↑](#footnote-ref-24)
24. Este artículo señala: «El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.

    »En desarrollo de lo anterior y 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. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato.

    »Parágrafo. 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.

    »Parágrafo transitorio. Las facultades previstas en este artículo se entienden atribuidas respecto de las cláusulas de multas o cláusula penal pecuniaria pactadas en los contratos celebrados con anterioridad a la expedición de esta ley y en los que por autonomía de la voluntad de las partes se hubiese previsto la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas». [↑](#footnote-ref-25)
25. El artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 establece: «Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento:

    »a) Evidenciado un posible incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, la entidad pública lo citará a audiencia para debatir lo ocurrido. En la citación, hará mención expresa y detallada de los hechos que la soportan, acompañando el informe de interventoría o de supervisión en el que se sustente la actuación y enunciará las normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. En la misma se establecerá el lugar, fecha y hora para la realización de la audiencia, la que podrá tener lugar a la mayor brevedad posible, atendida la naturaleza del contrato y la periodicidad establecida para el cumplimiento de las obligaciones contractuales. En el evento en que la garantía de cumplimiento consista en póliza de seguros, el garante será citado de la misma manera;

    »b) En desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, presentará las circunstancias de hecho que motivan la actuación, enunciará las posibles normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. Acto seguido se concederá el uso de la palabra al representante legal del contratista o a quien lo represente, y al garante, para que presenten sus descargos, en desarrollo de lo cual podrá rendir las explicaciones del caso, aportar pruebas y controvertir las presentadas por la entidad;

    »c) Hecho lo precedente, mediante resolución motivada en la que se consigne lo ocurrido en desarrollo de la audiencia y la cual se entenderá notificada en dicho acto público, la entidad procederá a decidir sobre la imposición o no de la multa, sanción o declaratoria de incumplimiento. Contra la decisión así proferida sólo procede el recurso de reposición que se interpondrá, sustentará y decidirá en la misma audiencia. La decisión sobre el recurso se entenderá notificada en la misma audiencia;

    »d) En cualquier momento del desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, podrá suspender la audiencia cuando de oficio o a petición de parte, ello resulte en su criterio necesario para allegar o practicar pruebas que estime conducentes y pertinentes, o cuando por cualquier otra razón debidamente sustentada, ello resulte necesario para el correcto desarrollo de la actuación administrativa. En todo caso, al adoptar la decisión, se señalará fecha y hora para reanudar la audiencia. La entidad podrá dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento». [↑](#footnote-ref-26)
26. El artículo 60 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 217 del Decreto 019 de 2012, dispone: «Los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, serán objeto de liquidación.

    »También en esta etapa las partes acordarán los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar.

    »En el acta de liquidación constarán los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo.

    »Para la liquidación se exigirá al contratista la extensión o ampliación, si es del caso, de la garantía del contrato a la estabilidad de la obra, a la calidad del bien o servicio suministrado, a la provisión de repuestos y accesorios, al pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones, a la responsabilidad civil y, en general, para avalar las obligaciones que deba cumplir con posterioridad a la extinción del contrato.

    »La liquidación a que se refiere el presente artículo no será obligatoria en los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión». [↑](#footnote-ref-27)
27. Según esta norma: «La liquidación de los contratos se hará de mutuo acuerdo dentro del término fijado en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, o dentro del que acuerden las partes para el efecto. De no existir tal término, la liquidación se realizará dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la expiración del término previsto para la ejecución del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga.

    »En aquellos casos en que el contratista no se presente a la liquidación previa notificación o convocatoria que le haga la entidad, o las partes no lleguen a un acuerdo sobre su contenido, la entidad tendrá la facultad de liquidar en forma unilateral dentro de los dos (2) meses siguientes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 136 del C. C. A.

    »Si vencido el plazo anteriormente establecido no se ha realizado la liquidación, la misma podrá ser realizada en cualquier tiempo dentro de los dos años siguientes al vencimiento del término a que se refieren los incisos anteriores, de mutuo acuerdo o unilateralmente, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 136 del C. C. A.

    »Los contratistas tendrán derecho a efectuar salvedades a la liquidación por mutuo acuerdo, y en este evento la liquidación unilateral solo procederá en relación con los aspectos que no hayan sido objeto de acuerdo». [↑](#footnote-ref-28)
28. En esa oportunidad, esta Agencia expresó: «Aunque en el concepto C-168 del 19 de abril de 2021 esta Agencia expresó que, tratándose de convenios de asociación entre entidades públicas, la Sección Tercera del Consejo de Estado, en la sentencia del 5 de febrero de 2021, indicó que la liquidación unilateral no resulta procedente –pues en aquellos convenios las entidades estatales tienen una «finalidad asociativa» y actúan en pie de igualdad–, este conclusión no es predicable de los convenios de asociación entre entidades públicas y ESAL, a los que se refiere el artículo 5 del Decreto 092 de 2017 –que reglamenta el artículo 96 de la Ley 489 de 1998–. Esto por cuanto, como se explicó anteriormente y como lo viene sosteniendo la Agencia a partir del concepto C-223 del 29 de abril de 2020, el Decreto 092 de 2017 efectúa una remisión a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública para aquellas materias que no estén expresamente reguladas en dicho Decreto. La liquidación es una de tales materias.

    »Por lo tanto, ante el silencio del Decreto 092 de 2017 en lo que respecta a la liquidación, son aplicables a los convenios regulados por dicho reglamento autónomo los artículos 60 de la Ley 80 de 1993 y 11 de la Ley 1150 de 2007. Este último les reconoce a las entidades estatales competencia para liquidar unilateralmente los contratos, cuando haya resultado fallido el intento de liquidación bilateral. Dicha potestad también se tiene para liquidar los convenios de asociación reglamentados en el artículo 5 del Decreto 092 de 2017, por la remisión especial prevista en el artículo 8 del mismo cuerpo normativo». [↑](#footnote-ref-29)
29. En efecto, el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 53 de la Ley 1150 de 2007, establece: «Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal.

    »En desarrollo de los anteriores principios, deberán publicar los documentos relacionados con su actividad contractual en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública (SECOP II) o la plataforma transaccional que haga sus veces. Para los efectos de este artículo, se entiende por actividad contractual los documentos, contratos, actos e información generada por oferentes, contratista, contratante, supervisor o interventor, tanto en la etapa precontractual, como en la contractual y la poscontractual.

    A partir de la entrada en vigencia de la presente ley, se establecerá un periodo de transición de seis (6) meses, para que las entidades den cumplimiento efectivo a lo aquí establecido. [↑](#footnote-ref-30)
30. «Cuando circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa, podrá ésta pedir su revisión.

    »El juez procederá a examinar las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato y ordenará, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique; en caso contrario, el juez decretará la terminación del contrato.

    »Esta regla no se aplicará a los contratos aleatorios ni a los de ejecución instantánea». [↑](#footnote-ref-31)
31. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 5 de febrero de 2021. Magistrada Ponente: María Adriana Marín. Expediente: 49.792. [↑](#footnote-ref-32)