**CONVENIOS INTERADMINISTRATIVOS– Diferencia con contratos interadministrativos**

Las relaciones negociales de la administración, y entre la administración misma, pueden ser de naturaleza colaborativa o cooperativa, siendo la primera aquellas que tienen como finalidad regular el intercambio patrimonial entre las partes, y la segunda la unión de esfuerzos para el logro de un objeto común que interesa a todos los involucrados para la consecución de utilidades individuales; entonces, se tiene que los primeros son *contratos* y los segundos son *convenios*, y cuando ellos se celebran entre entidades estatales, revisten la característica adicional de ser *interadministrativos*.

**CLÁUSULAS EXCEPCIONALES AL DERECHO COMÚN – Se predican únicamente de contratos estatales y no de convenios**

Las cláusulas excepcionales al derecho común son únicamente las que se plasman en el numeral 2 del artículo 14 de la Ley 80 de 1993 como medios que pueden utilizar las entidades estatales sometidas a dicho régimen para el cumplimiento del objeto contractual, y únicamente para aquellos objetos contractuales en los que se presumen incorporadas o se permite su estipulación por voluntad de las partes.

Las cláusulas excepcionales al derecho común son únicamente las de interpretación, modificación y terminación unilateral, caducidad, sometimiento a leyes nacionales y reversión, y por otra, que ellas solamente aplican a contratos estatales no interadministrativos que se encuentren regidos por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública -totalmente o solo en este aspecto-, por lo que son ajenas a cualquier convenio, sea este interadministrativo o celebrado entre una entidad estatal y un particular.

**CONDICIÓN RESOLUTORIA – Se entiende incorporada en toda relación jurídica bilateral**

La condición resolutoria referida parte de la premisa de su presunción como cláusula natural de todo negocio jurídico bilateral, dentro del que se cuentan, por supuesto, los convenios interadministrativos, sin perjuicio de que las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad y haciendo uso de la figura de las cláusulas accidentales, puedan acordar aspectos especiales para la procedencia de su configuración, a partir de la identificación precisa de hechos inciertos y futuros que pueden desencadenar la terminación inmediata de la relación jurídica, en aplicación de la definición general de obligaciones condicionales que se encuentra en el artículo 1530 del mismo Código Civil, junto con los tipos de condiciones potestativas, causales o mixtas de que trata el artículo 1534 siguiente.

**SANCIONES POR INCUMPLIMIENTO - Pueden pactarse como potestad unilateral y en ejercicio de acto contractual.**

En los negocios jurídicos bilaterales es posible el pacto de potestades unilaterales para alguna de las partes del contrato, como aquellas que permiten una declaración de incumplimiento y el consecuente desencadenamiento de sanciones específicas, siempre que haya claridad sobre las condiciones de procedencia y el procedimiento que será aplicado para llegar a su utilización, teniendo su materialización la naturaleza de acto contractual; y si quien ejerce dicha potestad unilateral es una entidad estatal, y la relación negocial no se encuentra cobijada por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública o una norma de derecho público que establezca dicha prerrogativa como ejercicio de poder público, tendrá también esta naturaleza y no la de un acto administrativo, al no existir competencia atribuido para el uso de dicho instrumento.



Bogotá D.C., 25 de Enero de 2023

Señora

**Diana Aurora Garzón Castellanos** contratacion@alcaldiaelcarmen.gov.co

El Carmen

## Concepto C ‒ 960 de 2022

**Temas:** CONVENIOS INTERADMINISTRATIVOS– Diferencia con contratos interadministrativos / CLÁUSULAS EXCEPCIONALES AL DERECHO COMÚN – Se predican únicamente de contratos estatales y no de convenios / CONDICIÓN RESOLUTORIA – Se entiende incorporada en toda relación jurídica bilateral */* SANCIONES POR INCUMPLIMIENTO - Pueden pactarse como potestad unilateral y en ejercicio de acto contractual.

**Radicación:** Respuesta a consulta P20221216012299

Estimada señora:

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 19 de septiembre de 2022.

## Problema planteado

En su consulta, usted plantea los siguientes interrogantes:

«[E]s **valido o improcedente** que, dentro de un convenio interadministrativo suscrito entre entidades de orden Nacional y Territorial, se incluya una cláusula resolutoria, mediante la cual, ante el incumplimiento de los compromisos asumidos, se de fin al plazo del convenio pactado inicialmente, pudiendo darlo por terminado, es decir (Condición de hecho futuro e incierto), lo cual hace desaparecer el vínculo jurídico.

Teniendo en cuenta la premisa anterior, y en caso de que sea válido incluir clausulas resolutorias en un convenio interadministrativo, y ante la aplicabilidad de una CLAUSULA RESOLUTORIA, ¿Es improcedente la imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento, por tratarse de un convenio interadministrativo?»

## Consideraciones

En ejercicio de las competencias establecidas en los artículos 3.5 y 11.8 del Decreto 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente resuelve las consultas sobre los asuntos de su competencia, esto es, sobre las temáticas de la contratación estatal y compras públicas relacionadas en los artículos citados. Es necesario tener en cuenta que esta entidad solo tiene competencia para responder solicitudes sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. En ese sentido, resolver casos particulares desborda las atribuciones asignadas por el legislador extraordinario, que no concibió a Colombia Compra Eficiente como una autoridad para solucionar problemas jurídicos particulares de todos los partícipes de la contratación estatal.

La competencia de esta entidad se fija con límites claros, con el objeto de evitar que la Agencia actúe como una instancia de validación de las actuaciones de las entidades sujetas a la Ley 80 de 1993 o de los demás participantes de la contratación pública[[1]](#footnote-2). Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, ni a brindar asesorías sobre casos puntuales. Esto en la medida en que, para resolver una consulta de carácter particular, además de conocer un sinnúmero de detalles de la actuación administrativa, es necesario acceder al expediente y a los documentos del procedimiento contractual donde surge la inquietud. Por lo anterior, previo concepto de sus órganos asesores, la solución de estos temas corresponde a la entidad que adelanta el procedimiento de selección y, en caso de conflicto, a las autoridades judiciales, fiscales y disciplinarias.

Sin perjuicio de lo anterior, la Subdirección –dentro de los límites de sus atribuciones, resolverá la consulta conforme a las normas generales en materia de contratación estatal, en atención a las siguientes consideraciones:

## Convenios interadministrativos y su diferencia con contratos interadministrativos

En primer lugar, se pone de presente que las relaciones negociales de la administración, y entre la administración misma, pueden ser de naturaleza colaborativa o cooperativa, siendo la primera aquellas que tienen como finalidad regular el intercambio patrimonial entre las partes, y la segunda la unión de esfuerzos para el logro de un objeto común que interesa a todos los involucrados para la consecución de utilidades individuales; entonces, se tiene que los primeros son *contratos* y los segundos son *convenios*, y cuando ellos se celebran entre entidades estatales, revisten la característica adicional de ser *interadministrativos*.

En este sentido, el Consejo de Estado en su jurisprudencia ha expresado lo siguiente:

«[E]l convenio y el contrato interadministrativo son figuras disímiles. En el primero, las partes buscan adelantar un fin común, en el segundo no. En este último, una de las entidades estatales se comporta como contratista de la otra: ese es el alcance claro del literal c) del numeral 4 del artículo 2º de la Ley 1150 de 2005 que prevé que existe una << *entidad ejecutora*>>.

«A diferencia de lo anterior, el artículo 95 de la Ley 489 de 1998 prevé la posibilidad de que las entidades públicas se celebren convenios interadministrativos. En esta figura no se aplica automáticamente la regulación de la Ley 80 de 1993, pues el artículo 3º prevé que en el contrato estatal los intereses de las partes son distintos: a diferencia del convenio, no buscan un interés común[[2]](#footnote-3)».

1. **Cláusulas excepcionales al derecho común solamente aplican a contratos estatales no interadministrativos y no a convenios de ninguna clase.**

Ahora bien, en este contexto normativo, se pone de presente que las cláusulas excepcionales al derecho común son únicamente las que se plasman en el numeral 2 del artículo 14 de la Ley 80 de 1993 como medios que pueden utilizar las entidades estatales sometidas a dicho régimen para el cumplimiento del objeto contractual, y únicamente para aquellos objetos contractuales en los que se presumen incorporadas o se permite su estipulación por voluntad de las partes.

En efecto, la norma en comento expresa que las entidades estatales «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», así como que «En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión», consagrando al respecto de ellas que «En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aun cuando no se consignen expresamente»; y también que «Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios».

Por último, se recuerda que, en todo caso, y como se refiere en los antecedentes de la consulta elevada, por mandato del parágrafo de este mismo artículo 14 de la Ley 80 de 1993, estas cláusulas excepcionales se encuentran prohibidas si la naturaleza de ambas partes del contrato es pública, esto es, interadministrativo, independientemente del objeto de la relación contractual.

En este orden de ideas, es claro que, por una parte, las cláusulas excepcionales al derecho común son únicamente las de interpretación, modificación y terminación unilateral, caducidad, sometimiento a leyes nacionales y reversión, y por otra, que ellas solamente aplican a contratos estatales no interadministrativos que se encuentren regidos por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública -totalmente o solo en este aspecto-, por lo que son ajenas a cualquier convenio, sea este interadministrativo o celebrado entre una entidad estatal y un particular.

1. **La condición resolutoria es una cláusula natural de todos los negocios jurídicos bilaterales.**

Si bien, como ya se ha expuesto, contratos y convenios interadministrativos son figuras jurídicamente distintas por su naturaleza y los fines que persiguen, toda relación negocial de carácter bilateral, sin perjuicio de, y salvo normas especiales que se consagren al respecto, se rige en sus componentes básicos por las normas del Código Civil y del Código de Comercio, teniendo especial relevancia para el objeto de la consulta que se resuelve, que el artículo 1501 del Código Civil consagra la figura de las cláusulas naturales, que son aquellas que no siendo esenciales en el negocio jurídico, se entienden pertenecerle sin necesidad de una cláusula especial, y de las cláusulas accidentales, que son las que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales.

Dicho lo anterior, se tiene que los artículos 1544 a 1546 del Código Civil consagran la figura de la condición resolutoria, estableciendo, en primer lugar, que «Cumplida la condición resolutoria, deberá restituirse lo que se hubiere recibido bajo tal condición, a menos que ésta haya sido puesta en favor del acreedor exclusivamente, en cuyo caso podrá éste, si quiere, renunciarla; pero será obligado a declarar su determinación, si el deudor lo exigiere»; segundo, que

«Verificada una condición resolutoria no se deberán los frutos percibidos en el tiempo intermedio, salvo que la ley, el testador, el donante o los contratantes, según los varios casos, hayan dispuesto lo contrario»; y, por último, que «En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios».

Entonces, la figura de la condición resolutoria referida parte de la premisa de su presunción como cláusula natural de todo negocio jurídico bilateral, dentro del que se cuentan, por supuesto, los convenios interadministrativos, sin perjuicio de que las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad y haciendo uso de la figura de las cláusulas accidentales, puedan acordar aspectos especiales para la procedencia de su configuración, a partir de la identificación precisa de hechos inciertos y futuros que pueden desencadenar la terminación inmediata de la relación jurídica, en aplicación de la definición general de obligaciones condicionales que se encuentra en el artículo 1530 del mismo Código Civil, junto con los tipos de condiciones potestativas, causales o mixtas de que trata el artículo 1534 siguiente[[3]](#footnote-4).

1. **La declaratoria unilateral de incumplimiento en convenios interadministrativos es un acto negocial, no administrativo, y requiere de pacto expreso sobre causales y procedimiento para su aplicación.**

Como último aspecto a ser atendido dentro de la consulta elevada, se manifiesta que, en ausencia de norma expresa que establezca una prohibición al respecto, en los negocios jurídicos bilaterales es posible el pacto de potestades unilaterales para alguna de las partes del contrato, como aquellas que permiten una declaración de incumplimiento y el consecuente desencadenamiento de sanciones específicas, siempre que haya claridad sobre las condiciones de procedencia y el procedimiento que será aplicado para llegar a su utilización, teniendo su materialización la naturaleza de acto contractual; y si quien ejerce dicha potestad unilateral es una entidad estatal, y la relación negocial no se encuentra cobijada por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública o una norma de derecho público que establezca dicha prerrogativa como ejercicio de poder público, tendrá también esta naturaleza y no la de un acto administrativo, al no existir competencia atribuido para el uso de dicho instrumento.

Al respecto, la jurisprudencia más reciente del Consejo de Estado ha manifestado lo siguiente:

«En lo que respecta a la naturaleza de los actos adoptados durante la ejecución del contrato, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha indicado (se trascribe): “los actos emitidos por la entidad contratante, con fundamento en las facultades otorgadas por el pacto negocial, cuyo régimen corresponde al derecho privado, esto es, a la autonomía negocial particular, configuran un mero acto contractual que no administrativo, de manera que su control judicial debe darse por vía de incumplimiento contractual y no por vía de nulidad” 20. (énfasis añadido). 36. En este mismo sentido, la Corporación aseveró luego (se trascribe):

« “[…] la naturaleza de los actos expedidos en ejercicio de facultades otorgadas por las partes en un contrato del Estado que se rige por normas de derecho privado, difiere de aquella que se predica de los actos expedidos unilateralmente por la administración en un contrato del Estado con fundamento en la ley, pues la existencia de aquellos se origina en la autonomía dispositiva, se expiden con fundamento en el acuerdo negocial y no comportan el ejercicio de una facultad excepcional al derecho común, a diferencia de éstos que sí se originan y se expiden en ejercicio de prerrogativas excepcionales al derecho común previstas en la ley y, por esta razón se constituyen en actos administrativos […] si lo que ocurre en un determinado asunto es que en un contrato del Estado que se rige por normas de derecho privado las partes convienen la facultad de la administración para darlo por terminado unilateralmente, de imponer multas u ordenar su liquidación ante los incumplimientos en los que incurra el contratista, y en la ejecución del contrato la entidad contratante decide darlo por terminado anticipadamente y ordenar su liquidación mediante unos actos, es evidente que en ésta hipótesis estos se constituyen en actos contractuales, más no administrativos”. (énfasis añadido).

[…]

«[E]n épocas recientes la Sección Tercera del Consejo de Estado se ha pronunciado (en lo que comienza a identificarse como una tendencia mayoritaria) a favor de la posibilidad de que “las partes contratantes, en ejercicio de la autonomía negocial, pueden pactar dentro de la convención que rige la relación contractual figuras como la multa, la cláusula penal, terminación por mutuo acuerdo o unilateral, todas estas como previsión anticipada de las consecuencias del posible incumplimiento en que pueda incurrir una de ellas” 24. Esta misma Sección ha concluido que las cláusulas, como la de terminación unilateral por incumplimiento, “son absolutamente viables, a partir de la autonomía de las partes para estructurar el contenido del negocio, siempre que en ellas se especifique la prestación esencial cuyo incumplimiento priva sustancialmente al contrato de la debida ejecución del objeto pactado”. Lo anterior, bajo el convencimiento de la importancia capital de atender y respetar la autonomía dispositiva, propia de los contratos regidos por el derecho privado»[[4]](#footnote-5).

## Respuesta

«[E]s **valido o improcedente** que, dentro de un convenio interadministrativo suscrito entre entidades de orden Nacional y Territorial, se incluya una cláusula resolutoria, mediante la cual, ante el incumplimiento de los compromisos asumidos, se de fin al plazo del convenio pactado inicialmente, pudiendo darlo por terminado, es decir (Condición de hecho futuro e incierto), lo cual hace desaparecer el vínculo jurídico?».

Teniendo claro, entonces, que las cláusulas excepcionales son taxativas en el ordenamiento jurídico para contratos estatales no interadministrativos y bajo unas condiciones específicas, y que dentro de ellas no se incluye la condición resolutoria, esta última se entiende incorporada en todos los negocios jurídicos bilaterales como cláusula natural, sin perjuicio de las partes, por cláusula accidental puedan especificar eventos precisos para su procedencia.

«Teniendo en cuenta la premisa anterior, y en caso de que sea válido incluir clausulas resolutorias en un convenio interadministrativo, y ante la aplicabilidad de una CLAUSULA RESOLUTORIA, ¿Es improcedente la imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento, por tratarse de un convenio interadministrativo?»

La jurisprudencia más reciente del Consejo de Estado ha avalado la posibilidad de que las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, pacten potestades unilaterales en favor de una de las partes y las consecuencias de su utilización, como acto de naturaleza negocial que debe ser preciso en los eventos de su procedencia y con un procedimiento determinado para su aplicación.

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,



Elaboró: Mónica Sofía Safar Díaz

Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual

Revisó: Alejandro Sarmiento

Gestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual

Aprobó: Nohelia del Carmen Zawady Palacio

 Subdirectora de Gestión Contractual

1. La Agencia Nacional de Contratación Pública ‒ Colombia Compra Eficiente fue creada por el Decreto Ley 4170 de 2011. Su objetivo es servir como ente rector de la política de compras y contratación del Estado. Para tales fines, como órgano técnico especializado, le corresponde formular políticas públicas y normas y unificar los procesos de contratación estatal, con el fin de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado. El artículo 3 ibidem señala, de manera precisa, las funciones de Colombia Compra Eficiente. Concretamente, el numeral 5º de este artículo establece que le corresponde a esta entidad: «[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general y expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública». Seguidamente, el numeral 8º del artículo 11 ibidem señala que es función de la Subdirección de Gestión Contractual: «[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general». [↑](#footnote-ref-2)
2. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 16 de agosto de 2022, exp. 60.422. [↑](#footnote-ref-3)
3. Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 3 de marzo de 2020, exp. **5000-23-15-000-2004-02478-01(AG)REV** [↑](#footnote-ref-4)
4. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 23 de noviembre de 2022, exp. 66.700, citando sentencias de la misma Sección de 19 de julio de 2017, exp. 57.394, y 24 de agosto de 2016, exp. 41.783. [↑](#footnote-ref-5)