**CONTRATOS Y CONVENIOS – Semejanzas – Diferencias – Contraprestación – Cooperación**

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. Sin embargo, esto no implica asumir que los contratos y los convenios 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 sucede con el alcance de la Ley 996 de 2005. De hecho, la distinción también se plantea en el ámbito del derecho privado con la referencia a los contratos de contraprestación y de colaboración; sin embargo, también se rigen por unos principios comunes, pues se forman por el consentimiento y de ambos se derivan el nacimiento de obligaciones para las partes. Si bien estas tienen un tronco común, se diferencian en su naturaleza y finalidad en la medida en que los *contratos* –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* involucran la ejecución de actividades en función de un interés común para las partes; si bien se puede pactar remuneración, en esencia se pretende el cumplimiento de fines coincidentes entre quienes lo ejecutan.

**CONTRATOS O CONVENIOS INTERADMINISTRATIVOS – Definición – Criterio orgánico**

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

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

**CONTRATOS O CONVENIOS INTERADMINISTRATIVOS – Entidad ejecutora – régimen de competencia con el sector privado**

[…] cabe destacar que de conformidad con lo dispuesto en el inciso tercero del literal c) del numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 , la ejecución de los contratos interadministrativos quedó sometida por regla general al EGCAP, salvo los casos en que la entidad ejecutora actúa en régimen de competencia con el sector privado o cuando el contrato tenga relación directa con su actividad. En otras palabras, la ejecución del respectivo contrato interadministrativo podrá hacerse bajo unas normas distintas a las dispuestas en el EGCAP si existe una relación inmediata entre el objeto del contrato y la actividad propia de la entidad ejecutora.

**PRINCIPIO DE SELECCIÓN OBJETIVA – Noción – Normativa – Requisitos habilitantes – Requisitos ponderables**

Uno de los principios transversales de los procedimientos de selección es el de selección objetiva. Se trata del postulado que exige que la escogencia de la oferta ganadora se debe fundamentar en factores objetivos, de carácter técnico, jurídico y financiero, y no en criterios subjetivos, como el afecto, la amistad, el ánimo de ayuda, el interés personal, etc.

Bogotá D.C., [Día] [Mes.NombreCapitalizado] [Año]

Señor

**Fernando Mauricio Iglesias Gaona**

frenandoiglesias@gmail.com

Neiva, Huila



**Concepto C – 034 de 2024**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | CONTRATOS Y CONVENIOS – Semejanzas – Diferencias – Contraprestación – Cooperación / CONTRATOS O CONVENIOS INTERADMINISTRATIVOS – Definición – Criterio orgánico / CONTRATOS O CONVENIOS INTERADMINISTRATIVOS – Entidad ejecutora – Régimen de competencia con el sector privado / PRINCIPIO DE SELECCIÓN OBJETIVA – Noción – Normativa – Requisitos habilitantes – Requisitos ponderables |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta P20240307002561 |

Respetado señor Iglesias:

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 la consulta radicada el 7 de marzo de 2024.

1. **Problemas planteados**

De acuerdo con el marco normativo para la celebración de contratos y convenios interadministrativos y el principio de selección objetiva, entre otros temas generales derivados del régimen de contratación estatal, usted realiza la siguiente pregunta:

“Solicito amablemente me de un concepto sobre los contratos interadministrativos con entidades publicas no sometidas a Ley 80 de 1993, y que estan en compentencia economica en la prestacion de servicios con el sector privado, en el entendido, que mediante sentencia del Consejo Estado, seccion 3, radicado 2500- 023-24-000-2011-00136-01, de fecha 18 de septiembre de 2023, Consejera Ponente María Adriana Marín, prohibió suscribir contratos interadministrativos con Satena por restringir la libre competencia. Por lo tanto, segun la razon decisoria de la sentencia aplica para los demas contratos interadministrativos con entidades no somentidas a ley 80 de 1993, que este en competencia economica con el sector privado, por ejemplo, 4-72 -servicios postales de colombia-, ETB, Etc. Gracias.:” (sic)

1. **Consideraciones**

De acuerdo con las facultades otorgadas por el numeral 5 del artículo 3 y el numeral 8 del artículo 11 del Decreto 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública tiene competencia para atender consultas relativas a temas contractuales, pero solo para “absolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general”[[1]](#footnote-2). Esto significa que no podemos pronunciarnos sobre casos particulares o sobre preguntas que no contengan dudas sobre la aplicación de una norma general en materia de contratación pública, así las cosas, en esta respuesta nos centraremos en la explicación normativa alrededor de su consulta.

Una vez realizada la anterior aclaración, para responder los problemas planteados se abordarán los siguientes temas: i) análisis de la figura de los contratos y convenios en el ordenamiento colombiano y ii) el principio de selección objetiva en la contratación estatal.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente en los conceptos 4201913000004536 del 27 de julio de 2019, C−023 del 3 de febrero de 2020, C−702 del 11 de diciembre de 2020, C-097 de 23 de marzo de 202, C-350 del 16 de julio de 2021, C-352 del 27 de julio de 2021, C-508 del 20 de septiembre de 2021, C-662 del 1 de diciembre de 2021, C-168 del 14 de abril de 2021, C-585 de 15 de octubre de 2021, C-639 del 14 de marzo de 2021, C-664 del 1 de septiembre de 2022, C-771 del 29 de diciembre de 2022, C-056 del 26 de abril de 2023, C-147 del 25 de julio de 2023, C-360 del 12 de septiembre de 2023, C-379 del 19 de octubre de 2023, entre otros[[2]](#footnote-3), analizó el régimen de los contratos y los convenios interadministrativos. Por otra parte, analizó el principio de selección objetiva en los conceptos No: 4201913000006471 del 28 de octubre de 2019, 4201912000006711 del 12 de noviembre de 2019 y 4201912000006496 del 15 de noviembre de 2019, los cuales se unificaron en el concepto CU–060 del 24 de febrero de 2020, que se reitera, entre otros, en los conceptos: C-121 del 3 de marzo de 2020, C-160 del 3 de abril de 2020, C-013 del 17 de abril de 2020, C-465 del 27 de julio de 2020, C-557 del 21 de agosto de 2020, C-573 del 27 de agosto de 2020, C-595 del 21 de septiembre de 2020, C-634 de 21 de noviembre de 2020, C–779 del 18 de enero de 2021, C–802 del 1 de febrero de 2021, C–010 del 16 de febrero de 2021, C–217 del 14 de mayo de 2021, C–250 del 2 de junio de 2021, C-728 de 26 de enero de 2022, C-285 del 20 de mayo de 2022 y C-170 del 20 de junio de 2023. La tesis expuesta en esos conceptos se retoma a continuación y se complementa en lo pertinente.

**2.1. Análisis de la figura de los contratos y los convenios en el ordenamiento colombiano**

En primer lugar, corresponde a esta Agencia precisar la diferencia conceptual existente entre los convenios y los contratos administrativos, con el fin de aclarar su posición al respecto. Lo anterior, 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, que ambas figuras resultan “equivalentes”, dado que en el régimen normativo de la contratación estatal no existen mayores diferencias entre ellas. 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. Sin embargo, esto no implica asumir que los contratos y los convenios 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 sucede con el alcance de la Ley 996 de 2005. De hecho, la distinción también se plantea en el ámbito del derecho privado con la referencia a los contratos de contraprestación y de colaboración[[3]](#footnote-4); sin embargo, también se rigen por unos principios comunes, pues se forman por el consentimiento y de ambos se derivan el nacimiento de obligaciones para las partes. Por ello, “[…] Es evidente que el hecho de que las partes tengan intereses concordantes no implica en modo alguno que estas relaciones no quepan en el campo de la contratación […]”[[4]](#footnote-5).

 En otras palabras, lo que se ha querido significar con la supuesta equivalencia entre convenio y contrato 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.

 En este contexto, existen algunos supuestos bajo las cuales las diferencias entre las características propias de los contratos y convenios definen la aplicación o inaplicación de ciertas normas, ante lo cual no podrán verse como “equivalentes” sino como instituciones negociales disímiles, aunque, indudablemente, con algunos atributos comunes. En otras palabras, diferenciar entre los conceptos de convenio y contrato, 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, esta escisión conceptual se planteó en el Concepto C-664 del 1° de septiembre 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 aplicar el 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)”.[[5]](#footnote-6)

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[[6]](#footnote-7) 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[[7]](#footnote-8) 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”[[8]](#footnote-9).[[9]](#footnote-10)

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* –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* involucran la ejecución de actividades en función de un interés común para las partes; si bien se puede pactar remuneración[[10]](#footnote-11), en esencia se pretende el cumplimiento de fines coincidentes entre quienes lo ejecutan.

Mientras que en el *contrato* 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 administrativo 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.

Esta diferencia está mucho más apuntalada en el derecho español de acuerdo con el artículo 47.1 de la Ley 40 de 2015, la cual regula el régimen jurídico del sector público[[11]](#footnote-12). Por ello, la doctrina extrajera también estima que: “De la figura del “contrato” se diferencia la del “convenio”. Mientras el núcleo característico del “contrato” es el contenido económico de las obligaciones que asumen las partes que lo celebran, el “convenio” tiene por objeto el desarrollo de una actividad de colaboración interadministrativa. El convenio tiene una función esencialmente organizatoria, o de promoción y fomento de actividades públicas y privadas; de forma indirecta el convenio puede tener efectos económicos, pero el fundamento de la celebración del convenio es la colaboración entre dos personas”.[[12]](#footnote-13)

En suma, el *convenio* es un negocio jurídico 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. Por su parte, el *contrato* 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[[13]](#footnote-14) 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, las cláusulas excepcionales al derecho común[[14]](#footnote-15) y tampoco sería procedente la inclusión de figuras contractuales como liquidación unilateral[[15]](#footnote-16). 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 celebrado y tal cuestión no puede concluirse *a priori* o de manera automática.

Esto por cuanto, por una parte, el carácter de convenio administrativo 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[[16]](#footnote-17). 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 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, habrá que determinar si la misma es o no compatible con la naturaleza y contenido de dicho negocio jurídico, es decir, si es acorde con su finalidad asociativa, su carácter no oneroso o la ausencia de un objeto o finalidad patrimonial.

Conforme se ha venido explicando, y en relación con el criterio orgánico de los contratos y convenios interadministrativos, la tipología del contrato o convenio interadministrativo fue creada en la Ley 80 de 1993, y el Decreto 1082 de 2015 la califica como aquella contratación entre entidades estatales[[17]](#footnote-18). De acuerdo con lo anterior, el contrato o el convenio interadministrativo es el acuerdo donde concurre la voluntad de dos o más personas jurídicas de derecho público con la finalidad de cumplir, en el marco de sus objetivos misionales y sus competencias, con los fines del Estado. Es decir, los contratos o convenios interadministrativos están determinados por un criterio orgánico, pues es necesario que los extremos de la relación contractual sean entidades estatales.

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

Un contrato o convenio interadministrativo **no está determinado por la modalidad de selección utilizada para celebrarlo**. La Ley 1150 de 2007 dispone que pueden celebrarse directamente, siempre que las obligaciones derivadas del mismo tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora, señalado en la ley o en sus reglamentos, a menos que, según las excepciones previstas en dicha ley, deba adelantarse un procedimiento con pluralidad de oferentes[[18]](#footnote-19). Nótese que, en este caso, lo que cambia es la modalidad de selección y no la naturaleza de contrato interadministrativo.

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

“[…] se puede señalar que los convenios o contratos interadministrativos tienen como características principales las siguientes: (i) constituyen verdaderos contratos en los términos del Código de Comercio cuando su objeto lo constituyen obligaciones patrimoniales; (ii) tienen como fuente la autonomía contractual; (iii) son contratos nominados puesto que están mencionados en la ley; (iv) son contratos atípicos desde la perspectiva legal dado que se advierte la ausencia de unas normas que de manera detallada los disciplinen, los expliquen y los desarrollen, como sí las tienen los contratos típicos, por ejemplo compra venta, arrendamiento, mandato, etc. (v) la normatividad a la cual se encuentran sujetos en principio es la del Estatuto General de Contratación, en atención a que las partes que los celebran son entidades estatales y, por consiguiente, también se obligan a las disposiciones que resulten pertinentes del Código Civil y del Código de Comercio; (vi) dan lugar a la creación de obligaciones jurídicamente exigibles; (vii) persiguen una finalidad común a través de la realización de intereses compartidos entre las entidades vinculadas; (viii) la acción mediante la cual se deben ventilar las diferencias que sobre el particular surjan es la de controversias contractuales”[[19]](#footnote-20).

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

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

Conforme a lo anterior, y superando el tema de que la modalidad de selección, por regla general, aplicable a los contratos y convenios interadministrativos es la contratación directa, pero que esta puede diferir en algunos procesos y permitir la celebración a través de otra modalidad donde sea posible la participación de pluralidad de oferentes, y reiterando que el factor orgánico de la calidad de las partes, entidades estatales, es el factor fundamental para la existencia de estos convenios y contratos. Conviene mencionar ejemplos en los cuales, por disposición legal, es posible la concurrencia de pluralidad de oferentes de cara a la celebración de convenios y contratos interadministrativos, un ejemplo claro son los **contratos y convenios celebrados en el marco de las asociaciones conformadas por entidades territoriales previsto en el artículo 10 de la Ley 1150 de 2007**, allí la referida Ley dispone que: “La celebración de contratos de entidades estatales con asociaciones o cooperativas de entidades territoriales y en general con entes solidarios, se someterá a los procesos de selección de que trata la presente ley, en los que participarán en igualdad de condiciones con los particulares” otro ejemplo, ya mencionado previamente, es el que se refiere a los contratos de obra y suministro, y demás, previstos en el **tercer inciso del artículo 92 de la Ley 1474 de 2011**[[20]](#footnote-21) esta norma refiere de manera expresa: “Estos contratos podrán ser ejecutados por las mismas, siempre que participen en procesos de licitación pública o contratación abreviada de acuerdo con lo dispuesto por los numerales 1 y 2 del presente artículo”.

Además, es necesario tener en cuenta que para que un contrato o convenio interadministrativo exista, debe cumplir con los siguientes elementos: acuerdo sobre el objeto y la contraprestación, y que se eleve a escrito. En suma, esta Agencia aclara su postura interpretativa en el sentido de que, si bien tanto los contratos como convenios comparten características comunes, difieren en cuanto a ciertos aspectos esenciales, según lo ha venido señalando el Consejo de Estado. Así, mientras que el *contrato administrativo* se caracteriza por su naturaleza onerosa, patrimonial y se conforma por intereses básicamente contrapuestos, los *convenios administrativos*, 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 otro lado, frente a este punto, cabe destacar que de conformidad con lo dispuesto en el inciso tercero del literal c) del numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007[[21]](#footnote-22), la ejecución de los contratos interadministrativos quedó sometida por regla general al EGCAP, **salvo los casos en que la entidad ejecutora actúa en régimen de competencia con el sector privado o cuando el contrato tenga relación directa con su actividad**. En otras palabras, la ejecución del respectivo contrato interadministrativo podrá hacerse bajo unas normas distintas a las dispuestas en el EGCAP si existe una relación inmediata entre el objeto del contrato y la actividad propia de la entidad ejecutora.

Aunado a la verificación de las condiciones anteriormente descritas, las entidades públicas también deben garantizar el cumplimiento de los principios de **transparencia y selección objetiva**[[22]](#footnote-23). Así lo ha señalado de manera unánime la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en el sentido de que independiente de modalidad de selección, esto es mediante la contratación directa o un mecanismo competitivo, la celebración de los contratos del Estado debe estar orientada por los principios de la contratación estatal, siendo uno de ellos el de transparencia y selección objetiva[[23]](#footnote-24).

En relación con lo anterior, y de conformidad con la consulta planteada, conviene analizar al detalle, y en estricto ejercicio de las ya mencionadas competencias consultivas de esta Subdirección, lo reglado en el artículo 17 del Código Civil, el cual refiere lo siguiente:

“Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que fueron pronunciadas. Es, por tanto, prohibido a los jueces proveer en los negocios de su competencia por vía de disposición general o reglamentaria.”

Esta norma en particular reguló los efectos *inter partes* que por regla general ostentan las sentencias expedidas por la jurisdicción ordinaria, que resuelven derechos en litigio de particulares. Ahora bien, resulta imperante de igual forma, recalcar los efectos *erga omnes* que poseen, entre otras, las sentencias que resuelven acciones constitucionales[[24]](#footnote-25). El Consejo de Estado también se ha referido sobre la modulación de los efectos de las sentencias, y en particular sobre los efectos Inter partes y erga omnes ha referido lo siguiente:

“La figura de modulación de efectos de los fallos se ha venido implementando como la alternativa o facultad dada al fallador para decidir cual es el efecto que mejor protege los derechos constitucionales. La Corte Constitucional ha fijado 4 efectos en la modulación de sus sentencias, a saber: Efectos erga omnes: producto del control abstracto de normas contenidas en actos legislativos, leyes, decretos con fuerza de ley, decretos legislativos, proyectos de ley o tratados que realiza la Corte Constitucional como guardiana de la supremacía e integridad de la Constitución. (Artículo 241, #1, 4, 5, 7, 8 y 10, CP). Efectos inter partes: generalmente cuando se deciden acciones de tutela. […]” [[25]](#footnote-26)

Vista la anterior referencia jurisprudencial, y analizando que, dicho sea de paso, la sentencia a la que usted alude en la consulta “sentencia del Consejo Estado, seccion 3, radicado 2500- 023-24-000-2011-00136-01, de fecha 18 de septiembre de 2023, Consejera Ponente María Adriana Marín”(sic) resuelve una acción popular, siendo esta una acción constitucional. No se puede colegir, necesariamente, que los efectos de la sentencia de la referencia apliquen *mutatis mutandis* a todas las entidades estatales, con régimen especial, que celebren contratos interadministrativos y se encuentren en su ejercicio y objeto misional en una relación de competencia con personas jurídicas privadas. En todo caso, frente a este punto y en desarrollo del principio de juridicidad, la competencia para resolver un determinado caso de restricción de la libre competencia como derecho colectivo corresponderá a la jurisdicción competente para determinar lo pertinente en cada caso particular y concreto.

**2.2. Principio de selección objetiva en la contratación estatal**

Uno de los principios transversales de los procedimientos de selección es el de *selección objetiva*. Se trata del postulado que exige que la escogencia de la oferta ganadora se debe fundamentar en factores objetivos, de carácter técnico, jurídico y financiero, y no en criterios subjetivos, como el afecto, la amistad, el ánimo de ayuda, el interés personal, etc.

Si bien dentro de la historia de la contratación pública en Colombia, se vislumbran antecedentes normativos que consagraban dicho principio[[26]](#footnote-27), en la actualidad la disposición legal que lo prevé de manera más clara y contundente es el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 88 de la Ley 1474 de 2011 y por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018, enunciado normativo en el que se lee:

“Artículo 5o. De la selección objetiva. Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. En consecuencia, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, tendrán en cuenta los siguientes criterios:

1. La capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes serán objeto de verificación de cumplimiento como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección y no otorgarán puntaje, con excepción de lo previsto en el numeral 4 del presente artículo. La exigencia de tales condiciones debe ser adecuada y proporcional a la naturaleza del contrato a suscribir y a su valor. La verificación documental de las condiciones antes señaladas será efectuada por las Cámaras de Comercio de conformidad con lo establecido en el artículo 6o de la presente ley, de acuerdo con lo cual se expedirá la respectiva certificación.

2. <Numeral modificado por el artículo 88 de la Ley 1474 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> La oferta más favorable será aquella que, teniendo en cuenta los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, resulte ser la más ventajosa para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos. En los contratos de obra pública, el menor plazo ofrecido no será objeto de evaluación. La entidad efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los ofrecimientos recibidos y la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello.

En los procesos de selección en los que se tenga en cuenta los factores técnicos y económicos, la oferta más ventajosa será la que resulte de aplicar alguna de las siguientes alternativas:

a) La ponderación de los elementos de calidad y precio soportados en puntajes o fórmulas señaladas en el pliego de condiciones; o

b) La ponderación de los elementos de calidad y precio que representen la mejor relación de costo-beneficio para la entidad.

3. Sin perjuicio de lo previsto en el numeral 1 del presente artículo, en los pliegos de condiciones para las contrataciones cuyo objeto sea la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y común utilización, las entidades estatales incluirán como único factor de evaluación el menor precio ofrecido.

4. En los procesos para la selección de consultores se hará uso de factores de calificación destinados a valorar los aspectos técnicos de la oferta o proyecto. De conformidad con las condiciones que señale el reglamento, se podrán utilizar criterios de experiencia específica del oferente y del equipo de trabajo, en el campo de que se trate.

En ningún caso se podrá incluir el precio, como factor de escogencia para la selección de consultores.

PARÁGRAFO 1o. <Parágrafo modificado por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018. El nuevo texto es el siguiente:> La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, deberán ser solicitados por las entidades estatales y deberán ser entregados por los proponentes hasta el término de traslado del informe de evaluación que corresponda a cada modalidad de selección, salvo lo dispuesto para el proceso de Mínima cuantía y para el proceso de selección a través del sistema de subasta. Serán rechazadas las ofertas de aquellos proponentes que no suministren la información y la documentación solicitada por la entidad estatal hasta el plazo anteriormente señalado.

Durante el término otorgado para subsanar las ofertas, los proponentes no podrán acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso.

PARÁGRAFO 2o. Las certificaciones de sistemas de gestión de calidad no serán objeto de calificación, ni podrán establecerse como documento habilitante para participar en licitaciones o concursos.

PARÁGRAFO 3o. <Parágrafo adicionado por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018. El nuevo texto es el siguiente:> La no entrega de la garantía de seriedad junto con la propuesta no será subsanable y será causal de rechazo de la misma.

PARÁGRAFO 4o. <Parágrafo adicionado por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018. El nuevo texto es el siguiente:> En aquellos procesos de selección en los que se utilice el mecanismo de subasta, los documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas, deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización.

PARÁGRAFO 5o. <Parágrafo adicionado por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018. El nuevo texto es el siguiente:> En los procesos de contratación, las entidades estatales deberán aceptar la experiencia adquirida por los proponentes a través de la ejecución de contratos con particulares”.

 De acuerdo con esta norma y conforme con lo expresado en el concepto C–166 del 23 de abril de 2021, puede decirse que el deber de selección objetiva supone que las entidades escojan en los procesos de selección el “[…] ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca […]”. Tal favorabilidad debe determinarse a partir de criterios que pueden variar, de acuerdo con el objeto contractual o la modalidad de selección aplicable, los cuales, en todo caso, para que la selección sea objetiva, deben estar señalados en el pliego de condiciones o documento equivalente.

Al respecto, el numeral 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 se refiere a algunos requisitos exigibles en la generalidad de los procesos de selección adelantados conforme al EGCAP, tales como la capacidad jurídica, las condiciones de experiencia, la capacidad financiera y de organización, denominados requisitos habilitantes, los cuales –en principio, salvo expresa disposición legal– no otorgan puntaje. Lo anterior comoquiera que estos no se refieren a la oferta misma sino a la idoneidad del oferente para asumir adecuadamente la ejecución del contrato[[27]](#footnote-28). Los oferentes que cumplan estos requisitos habilitantes son considerados idóneos para ejecutar el objeto contractual, de manera que sus ofertas pueden ser consideradas en la evaluación dirigida a determinar cuál es la más favorable para la entidad y a los fines de la contratación. En este sentido, los requisitos *habilitantes* son aquellos que deben cumplir en igualdad de condiciones los proponentes, haciendo que estos se habiliten en el procedimiento de selección y sean susceptibles de ser seleccionados como futuros contratistas.

En contraposición a los requisitos habilitantes, el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 regula los factores dirigidos a determinar cuál es la propuesta, comparativamente, más favorable. En ese sentido, el inciso primero dispone los factores de escogencia y calificación que deben indicarse en los pliegos de condiciones o documentos equivalentes. El numeral segundo de esta norma establece que la oferta más favorable es aquella que resulte ser la más ventajosa para la entidad, una vez se realice la ponderación precisa y detallada de los factores técnicos y económicos de escogencia, de acuerdo con los parámetros establecidos en los pliegos de condiciones o equivalentes, que permiten la comparación de ofertas. Este numeral segundo se divide en dos literales, cada uno de los cuales hace referencia a los mecanismos por los que pueden optar las entidades para ponderar los elementos de calidad y precio de las ofertas. El literal a) alude a la ponderación de los referidos elementos mediante *puntajes o fórmulas*, mientras que el literal b) se refiere la elección de la oferta que represente la mejor relación *costo-beneficio* para la entidad.

Finalmente el Consejo de Estado ha señalado que “el principio de escogencia o selección objetiva de los contratistas fundamenta uno de los principales deberes de todos los responsables de la contratación estatal en el derecho colombiano, cual es el de mantener intacta la institucionalidad por encima de los intereses personales, individuales o subjetivos cuando se trate de escoger al contratista, al margen del procedimiento utilizado, con miras a evitar el actuar arbitrario, abusivo o violatorio de norma superior (numeral 8, art. 24, ley 80) por parte de los servidores públicos”[[28]](#footnote-29).

**3. Respuesta**

“Solicito amablemente me de un concepto sobre los contratos interadministrativos con entidades publicas no sometidas a Ley 80 de 1993, y que estan en compentencia economica en la prestacion de servicios con el sector privado, en el entendido, que mediante sentencia del Consejo Estado, seccion 3, radicado 2500- 023-24-000-2011-00136-01, de fecha 18 de septiembre de 2023, Consejera Ponente María Adriana Marín, prohibió suscribir contratos interadministrativos con Satena por restringir la libre competencia. Por lo tanto, segun la razon decisoria de la sentencia aplica para los demas contratos interadministrativos con entidades no somentidas a ley 80 de 1993, que este en competencia economica con el sector privado, por ejemplo, 4-72 -servicios postales de colombia-, ETB, Etc. Gracias.:” (sic)

De conformidad con lo expuesto en este concepto, se itera que la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, 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.

Bajo ese contexto, es pertinente indicar que Colombia Compra Eficiente, por vía consultiva, no puede definir un criterio universal y absoluto, sino que brinda elementos hermenéuticos de carácter general para que los partícipes del sistema de compras y contratación pública adopten la decisión que corresponda, lo cual es acorde con el principio de juridicidad. Por ello, serán las entidades públicas y jurisdiccionales, de conformidad con disposiciones jurídicas que les sean aplicables, las competentes para determinar en cada caso particular y concreto, los efectos y particularidades derivados de la ejecución de un determinado contrato interadministrativo.

Ahora bien, debe destacarse que de conformidad con lo dispuesto en el inciso tercero del literal c) del numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007[[29]](#footnote-30), la ejecución de los contratos interadministrativos quedó sometida por regla general al EGCAP, **salvo los casos en que la entidad ejecutora actúa en régimen de competencia con el sector privado o cuando el contrato tenga relación directa con su actividad**. En otras palabras, la ejecución del respectivo contrato interadministrativo podrá hacerse bajo unas normas distintas a las dispuestas en el EGCAP si existe una relación inmediata entre el objeto del contrato y la actividad propia de la entidad ejecutora.

En relación con la consulta planteada, se cita lo reglado en el artículo 17 del Código Civil, el cual refiere lo siguiente:

“Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que fueron pronunciadas. Es, por tanto, prohibido a los jueces proveer en los negocios de su competencia por vía de disposición general o reglamentaria.”

Esta norma en particular reguló los efectos *inter partes* que por regla general ostentan las sentencias expedidas por la jurisdicción ordinaria, que resuelven derechos en litigio de particulares. Ahora bien, resulta imperante de igual forma, recalcar los efectos *erga omnes* que poseen, entre otras, las sentencias que resuelven acciones constitucionales[[30]](#footnote-31). El Consejo de Estado también se ha referido sobre la modulación de los efectos de las sentencias, y en particular sobre los efectos Inter partes y erga omnes ha referido lo siguiente:

“La figura de modulación de efectos de los fallos se ha venido implementando como la alternativa o facultad dada al fallador para decidir cual es el efecto que mejor protege los derechos constitucionales. La Corte Constitucional ha fijado 4 efectos en la modulación de sus sentencias, a saber: Efectos erga omnes: producto del control abstracto de normas contenidas en actos legislativos, leyes, decretos con fuerza de ley, decretos legislativos, proyectos de ley o tratados que realiza la Corte Constitucional como guardiana de la supremacía e integridad de la Constitución. (Artículo 241, #1, 4, 5, 7, 8 y 10, CP). Efectos inter partes: generalmente cuando se deciden acciones de tutela. […]” [[31]](#footnote-32)

Vista la anterior referencia jurisprudencial, y analizando que, dicho sea de paso, la sentencia a la que usted alude en la consulta “sentencia del Consejo Estado, seccion 3, radicado 2500- 023-24-000-2011-00136-01, de fecha 18 de septiembre de 2023, Consejera Ponente María Adriana Marín”(sic) resuelve una acción popular, siendo esta una acción constitucional. No se puede colegir, necesariamente, que los efectos de la sentencia de la referencia apliquen *mutatis mutandis* a todas las entidades estatales, con régimen especial, que celebren contratos interadministrativos y se encuentren en su ejercicio y objeto misional en una relación de competencia con personas jurídicas privadas. En todo caso, frente a este punto y en desarrollo del principio de juridicidad, la competencia para resolver un determinado caso de restricción de la libre competencia como derecho colectivo corresponderá a la jurisdicción competente para determinar lo pertinente en cada caso particular y concreto.

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:  | Diana Carolina Blanco RodríguezContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó | Ximena Ríos LópezGestora T1-11 Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó:  | Nohelia del Carmen Zawady PalacioSubdirectora de Gestión Contractual ANCP - CCE  |

1. “Artículo 3°. Funciones. La Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente– ejercerá las siguientes funciones:

[...] 5. Absolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general y expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública.

“Artículo 11. Subdirección de Gestión Contractual. Son funciones de la Subdirección de Gestión Contractual las siguientes: [...] 8. Absolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general”. [↑](#footnote-ref-2)
2. Estos conceptos pueden ser consultados en el siguiente enlace: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos> [↑](#footnote-ref-3)
3. Por ejemplo, Peña Nossa estima que “La noción tradicional de contrato restringe su aplicación a los actos jurídicos de contraprestación, esto es, aquellos en los que solo existen dos partes, dos manifestaciones de voluntad, con intereses distintos y opuestos, en donde las obligaciones de las partes son interdependientes, esto es, en donde el objeto de la obligación de una de las partes es causa de la obligación de la otra. Como ejemplo de este tipo de actos tenemos la compraventa y el arrendamiento.

Una concepción moderna señala que el contrato no solo recoge relaciones jurídicas de contraprestación, debido a la existencia de actos o negocios jurídicos complejos o de colaboración en los que pueden intervenir más de dos partes, que persiguen intereses comunes y por tanto colaboran en su realización. Aquí, a diferencia de lo que sucede en los actos de contraprestación, las obligaciones de las partes son autónomas e independientes, por lo que el incumplimiento de una de ellas no afecta las obligaciones de las demás, y también difiere porque la nulidad que se pronuncie con relación a una de las partes no involucra a las demás ni afecta la validez del negocio jurídico, salvo que la nulidad sea esencial para la consecución del objeto (C. de Co., art. 903). Como ejemplo de este tipo de actos tenemos el contrato de sociedad, las uniones temporales, el contrato de *joint venture,* etc.” (Cfr. PEÑA NOSSA, Lisandro. De los contratos mercantiles nacionales e internacionales. Quinta edición. Bogotá: ECOE Ediciones, 2014. Libro electrónico en formato EPUB. En el mismo sentido, ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. Contratos mercantiles: teoría general del negocio mercantil. Tomo I. Decimotercera edición. Bogotá: Legis, 2012. pp. 89-91). [↑](#footnote-ref-4)
4. PLANIOL, Marcel & RIPERT, Jeorge. Tratado práctico de derecho civil francés. Tomo VI. La Habana: Cultural SA, 1940. P. 24. [↑](#footnote-ref-5)
5. 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-6)
6. [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-7)
7. [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-8)
8. [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-9)
9. 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-10)
10. 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-11)
11. La norma dispone que “Son convenios los acuerdos con efectos jurídicos adoptados por las Administraciones Públicas, los organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes o las Universidades públicas entre sí o con sujetos de derecho privado para un fin común.

No tienen la consideración de convenios, los Protocolos Generales de Actuación o instrumentos similares que comporten meras declaraciones de intención de contenido general o que expresen la voluntad de las Administraciones y partes suscriptoras para actuar con un objetivo común, siempre que no supongan la formalización de compromisos jurídicos concretos y exigibles.

Los convenios no podrán tener por objeto prestaciones propias de los contratos. En tal caso, su naturaleza y régimen jurídico se ajustará a lo previsto en la legislación de contratos del sector público”. [↑](#footnote-ref-12)
12. BLANQUER CRIADO, David. Los contratos del sector público. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013. p. 39. [↑](#footnote-ref-13)
13. 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-14)
14. 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-15)
15. 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-16)
16. Para estos efectos, más que en el objeto, la doctrina establece la diferencia entre contrato y convenio de acuerdo con la causa que impulsa la celebración del negocio jurídico. Por ello, explica que “[…] De acuerdo con esta interpretación, un negocio jurídico tendría convencional cuando, aun coincidiendo con el objeto de alguno de los contratos regulados en la LCSP, la Administraciones Públicas intervinientes los celebren con la finalidad de coordinar, cooperar o auxiliarse en la planificación o ejecución de las actuaciones que pretenden desarrollar, es decir, cuando persigan un objetivo común […] que, además, por su propia naturaleza, debe ser de interés público; mientras que un negocio jurídico tendrá naturaleza contractual cuando con él se persiga una finalidad prevalentemente patrimonial. Este […] debía ser el único criterio distintivo entre ambas figuras y determinante, por tanto, de su naturaleza jurídica […]” (Cfr. SANTIAGO IGLESIAS, Diana. Cooperación horizontal: los convenios interadministrativos. En: Tratado de los contratos del sector público. Tomo I. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018. p. 627). [↑](#footnote-ref-17)
17. Decreto 1082 de 2015: “Artículo 2.2.1.2.1.4.4. Convenios o contratos interadministrativos. La modalidad de selección para la contratación entre Entidades Estatales es la contratación directa; y en consecuencia, le es aplicable lo establecido en el artículo 2.2.1.2.1.4.1 del presente decreto.

Cuando la totalidad del presupuesto de una Entidad Estatal hace parte del presupuesto de otra con ocasión de un convenio o contrato interadministrativo, el monto del presupuesto de la primera deberá deducirse del presupuesto de la segunda para determinar la capacidad contractual de las Entidades Estatales”. [↑](#footnote-ref-18)
18. Ley 1150 de 2007: “Artículo 2, numeral 4, literal c. […] Se exceptúan los contratos de obra, suministro, prestación de servicios de evaluación de conformidad respecto de las normas o reglamentos técnicos, encargos fiduciarios y fiducia pública cuando las instituciones de educación superior públicas o las Sociedades de Economía Mixta con participación mayoritaria del Estado, o las personas jurídicas sin ánimo de lucro conformadas por la asociación de entidades públicas, o las federaciones de entidades territoriales sean las ejecutoras. Estos contratos podrán ser ejecutados por las mismas, siempre que participen en procesos de licitación pública o contratación abreviada de acuerdo con lo dispuesto por los numerales 1 y 2 del presente artículo”. [↑](#footnote-ref-19)
19. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 23 de junio de 2010. Radicación No. 66001-23-31-000-1998-00261-01(17.860). Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez. [↑](#footnote-ref-20)
20. Artículo 92. “[…] Se exceptúan los contratos de obra, suministro, prestación de servicios de evaluación de conformidad respecto de las normas o reglamentos técnicos, encargos fiduciarios y fiducia pública cuando las instituciones de educación superior públicas o las Sociedades de Economía Mixta con participación mayoritaria del Estado, o las personas jurídicas sin ánimo de lucro conformadas por la asociación de entidades públicas, o las federaciones de entidades territoriales sean las ejecutoras. Estos contratos podrán ser ejecutados por las mismas, siempre que participen en procesos de licitación pública o contratación abreviada de acuerdo con lo dispuesto por los numerales 1 y 2 del presente artículo. [↑](#footnote-ref-21)
21. “En aquellos eventos en que el régimen aplicable a la contratación de la entidad ejecutora no sea el de la Ley 80 de 1993, la ejecución de dichos contratos estará en todo caso sometida a esta ley, salvo que la entidad ejecutora desarrolle su actividad en competencia con el sector privado o cuando la ejecución del contrato interadministrativo tenga relación directa con el desarrollo de su actividad.” [↑](#footnote-ref-22)
22. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 21 de mayo de 2021, radicado: 250002336000 201501315 01 (57822). [↑](#footnote-ref-23)
23. Sentencia del 14 de abril de 2005 radicación número: 19001-23-31-000-2002-01577-01 (AP); Sentencia del 28 de mayo de 2012 radicación número: 07001-23-31-000-1999-00546-01 (21489). [↑](#footnote-ref-24)
24. Sentencia C-461-13 de 17 de julio de 2013, Magistrado Ponente Dr. Nilson Pinilla Pinilla, 'bajo el entendido de que no impide la existencia de efectos erga omnes y extensivos de las sentencias que deciden las acciones constitucionales'. [↑](#footnote-ref-25)
25. Consejo de Estado, Sala de los Contencioso Administrativo -Sección Segunda – Subsección A, Expediente No. AC 47001 23 31 000 2007 00437 01 del 23 de enero de 2008, C.P: Gustavo Eduardo Gómez Arangúren. [↑](#footnote-ref-26)
26. Al respecto, conviene recordar el artículo 29 de la Ley 80 de 1993, derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007, que establecía: “La selección de contratistas será objetiva.

Es objetiva la selección en la cual la escogencia se hace al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva.

Ofrecimiento más favorable es aquel que, teniendo en cuenta los factores de escogencia, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio y la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o términos de referencia o en el análisis previo a la suscripción del contrato, si se trata de contratación directa, resulta ser el más ventajoso para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos, sólo alguno de ellos, el más bajo precio o el plazo ofrecido. El menor plazo que se ofrezca inferior al solicitado en los pliegos, no será objeto de evaluación”.

El administrador efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los diferentes ofrecimientos recibidos, la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello.

En caso de comparación de propuestas nacionales y extranjeras, se incluirán los costos necesarios para la entrega del producto terminado en el lugar de su utilización”. [↑](#footnote-ref-27)
27. DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal. Tercera edición, Bogotá: Legis, 2016. p. 355. [↑](#footnote-ref-28)
28. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 5 de julio de 2018. Exp. 37.834. Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera. [↑](#footnote-ref-29)
29. “En aquellos eventos en que el régimen aplicable a la contratación de la entidad ejecutora no sea el de la Ley 80 de 1993, la ejecución de dichos contratos estará en todo caso sometida a esta ley, salvo que la entidad ejecutora desarrolle su actividad en competencia con el sector privado o cuando la ejecución del contrato interadministrativo tenga relación directa con el desarrollo de su actividad.” [↑](#footnote-ref-30)
30. Sentencia C-461-13 de 17 de julio de 2013, Magistrado Ponente Dr. Nilson Pinilla Pinilla, 'bajo el entendido de que no impide la existencia de efectos erga omnes y extensivos de las sentencias que deciden las acciones constitucionales'. [↑](#footnote-ref-31)
31. Consejo de Estado, Sala de los Contencioso Administrativo -Sección Segunda – Subsección A, Expediente No. AC 47001 23 31 000 2007 00437 01 del 23 de enero de 2008, C.P: Gustavo Eduardo Gómez Arangúren. [↑](#footnote-ref-32)