



## CONSEJO DE ESTADO

### SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero Ponente: Álvaro Namén Vargas

---

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de julio de dos mil dieciséis (2016)

**Radicación interna: 2257**

**Número Único:** 11001-03-06-000-2015-00102-00

**Referencia:** Contratos y convenios interadministrativos. Incumplimiento contractual. Multas, declaratorias de incumplimiento y cláusula penal. Procedimiento para la imposición unilateral de las multas y declaratorias de incumplimiento. Instrumentos jurídicos para asegurar el cumplimiento de contratos y convenios interadministrativos

El señor Ministro del Interior formula a la Sala una consulta relacionada con los instrumentos jurídicos con los que cuenta ese Ministerio para asegurar el cumplimiento de los contratos y convenios interadministrativos, la posibilidad de pactar multas e imponerlas unilateralmente, declarar el incumplimiento y hacer efectiva la cláusula penal en tales contratos y convenios, en aplicación de los artículos 17 de la Ley 1150 de 2007 y 86 de la Ley 1474 de 2011.

#### I. ANTECEDENTES

Manifiesta el consultante que el Ministerio del Interior acude a la modalidad de selección de contratación directa para comprometer y ejecutar *“un alto porcentaje de los recursos asignados en su presupuesto, así como de los asignados a diferentes fondos cuenta”* (entre ellos el Fondo Nacional de Seguridad y Convivencia Ciudadana-FONSECON), a través de la celebración y ejecución de contratos y convenios interadministrativos de cofinanciación.

Alude a que para los citados convenios interadministrativos de cofinanciación el Ministerio aporta recursos destinados al cumplimiento de sus funciones misionales, lo que, a su vez, permite a las entidades estatales con quienes los celebra, atender las funciones que les son propias. Afirma que tales entidades son las que adelantan los procesos de contratación para la selección de los contratistas encargados de la ejecución de las actividades cofinanciadas en el marco del correspondiente contrato o convenio de cofinanciación.

Agrega que los supervisores de los mencionados contratos y convenios interadministrativos han puesto en evidencia que en *“un número considerable de casos”* los contratistas ejecutores no cumplen oportuna y adecuadamente con sus obligaciones, lo que genera como consecuencia que las entidades estatales con las que el Ministerio ha celebrado tales contratos y convenios tampoco cumplan las obligaciones pactadas, por lo que se pone en riesgo, de una parte, *“el cumplimiento del propósito por el cual fueron celebrados y, de otra, los recursos cuantiosos aportados por el ministerio para alcanzar los fines comunes”*.

Aduce que el artículo 14 de Ley 80 de 1993, en relación con las cláusulas excepcionales de interpretación, modificación y terminación unilaterales, de caducidad y de sometimiento a las leyes nacionales, dispone los contratos estatales en los que las citadas cláusulas son obligatorias y se entienden pactadas, así las partes no las prevean expresamente, los casos en los que es posible pactarlas y aquellos en los que deberá prescindirse de la utilización de las cláusulas excepcionales. En este último caso, se encuentran los contratos interadministrativos.

Expone que, históricamente, según la comprensión de un sector de la doctrina y la jurisprudencia, se consideró que la restricción del artículo 14 de la Ley 80 de 1993 de pactar cláusulas excepcionales y ejercer las potestades derivadas de las mismas, abarcaba no solo las referidas en el texto del citado artículo, sino la declaratoria de incumplimiento para hacer efectiva la cláusula penal, la liquidación unilateral y la imposición de multas, entre otras; mientras, otro sector sostuvo que la cláusula penal y las multas no son cláusulas excepcionales y, por lo mismo, estaban excluidas de la prohibición contenida en el artículo 14 de la Ley 80, razón por la cual su estipulación y aplicación se regía por las normas del derecho privado y, por tanto, no podían hacerse efectivas unilateralmente mediante acto administrativo, *“salvo que se haya pactado expresamente entre las partes esa posibilidad”*. Menciona que, una tercera posición sobre la materia, coincide en que la cláusula penal y las multas se rigen por el derecho privado pero su efectividad solo podría exigirse ante el juez del contrato, tal como lo señaló la Sección Tercera del Consejo de Estado en la Sentencia de 20 de octubre de 2005, expediente 14.579.

Indica el consultante que a partir de la Ley 1150 de 2007 se consagró de manera expresa la competencia de las entidades estatales para la imposición de multas o cláusulas penales con lo cual *“desapareció la necesidad de remitirse, para su aplicación, a las normas previstas para el efecto en el derecho privado (...) y las posibles dudas referidas a su carácter de cláusulas exorbitantes”*. Cita, *in extenso*, la Sentencia de 23 de septiembre de 2009 de la Sección Tercera del Consejo de Estado, expediente 24.639, providencia en la que se analizaron los cambios introducidos por el artículo 17 de la Ley 1150.

Finalmente señala que con posterioridad se expidió la Ley 1474 de 2011, mediante la cual se estableció el procedimiento que deben seguir las entidades estatales

para declarar el incumplimiento, hacer efectivas las multas y la cláusula penal pactadas en el contrato (artículo 86), sin que en dicha ley, o en la Ley 1150 de 2007, se haya establecido restricción para el ejercicio de tales competencias en relación con algún tipo contractual, de manera que podría afirmarse que es posible ejercerlas respecto de los convenios interadministrativos descritos en la consulta.

Con base en las anteriores consideraciones, el Ministerio del Interior formula las siguientes

### **PREGUNTAS:**

1. *“¿Los supuestos de hecho del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 se aplican a cualquier tipo de contrato estatal, entre éstos a los convenios interadministrativos de cofinanciación?”*
2. *“En el evento en que la respuesta anterior sea negativa ¿cuáles serían los casos en que no es posible aplicar lo previsto en las mencionadas disposiciones y cuál el fundamento jurídico de la restricción para su aplicación?”*
3. *“En el evento en que los convenios interadministrativos de cofinanciación sean considerados como uno de los contratos no cobijados por lo previsto en los artículos 17 de la Ley 1150 de 2007 y 86 de la Ley 1474 de 2011 ¿cuáles serían los instrumentos y/o herramientas jurídicas con las cuales contaría el Ministerio del Interior, para poder exigir el cumplimiento de las obligaciones asumidas por sus co-contratantes en los convenios de cofinanciación que celebra y salvaguardar los recursos públicos comprometidos a través de éstos?”*

## **II. CONSIDERACIONES**

### **A. Problema jurídico**

El contexto fáctico de la consulta se plantea bajo una relación jurídica interadministrativa, dado que según se afirma textualmente *“el Ministerio del Interior compromete y ejecuta un alto porcentaje de los recursos asignados en su presupuesto, así como de los asignados a diferentes fondos cuenta”*, entre ellos el Fondo Nacional de Seguridad y Convivencia Ciudadana, *“a través de la celebración y ejecución de contratos y convenios interadministrativos de cofinanciación”*, por lo que se indaga sobre los instrumentos jurídicos al alcance de la entidad estatal contratante (Ministerio) para exigir a la *“entidad estatal contratista”* el cumplimiento del objeto contractual y la procedencia de las potestades unilaterales de declaratoria de incumplimiento, imposición de multas pactadas y efectividad de la

cláusula penal previstos en los artículos 17 de la Ley 1150 de 2007 y 86 de la Ley 1474 de 2011.

Así las cosas, observa la Sala que en los contratos y “*convenios*” interadministrativos que suscitan la consulta, el Ministerio del Interior celebra tales negocios jurídicos en ejercicio de sus funciones como “administrador” del Fondo Nacional de Seguridad y Convivencia Ciudadana<sup>1</sup>. El Fondo, del cual egresan los recursos para la ejecución del objeto de esos contratos y convenios, no está sometido por la ley de su creación a un régimen de contratación especial<sup>2</sup>, motivo por el cual cualquier análisis que al respecto se emprenda se debe enmarcar bajo el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Ley 80 de 1993), modificado por las Leyes 1150 de 2007 y 1474 de 2011, entre otras, sin perjuicio de la aplicación, en lo pertinente, de las normas civiles y comerciales, según el artículo 13 de dicho Estatuto.

Realizada la anterior precisión, de conformidad con los antecedentes y preguntas formuladas, la cuestión por resolver se concreta en el siguiente problema jurídico: *¿las facultades jurídicas unilaterales de declaratoria de incumplimiento, imposición de multas pactadas y efectividad de la cláusula penal previstas en los artículos 17 de la Ley 1150 de 2007 y 86 de la Ley 1474 de 2011 se aplican a los contratos y convenios interadministrativos en los que es parte el Ministerio del Interior?*

Para resolver el problema jurídico planteado, la Sala analizará los siguientes aspectos: *i)* distinción entre contratos y convenios interadministrativos; *ii)* el cumplimiento del contrato y del convenio interadministrativo: derecho y deber de las entidades estatales para asegurar los fines de la actividad contractual estatal; *iii)* procedencia en los contratos y convenios interadministrativos de la cláusula de multas y declaratorias de incumplimiento y efectividad de la cláusula penal; competencia y procedimiento para su imposición; *iv)* garantías en los contratos y convenios interadministrativos; *v)* otros instrumentos y/o herramientas jurídicas para poder exigir el cumplimiento de las obligaciones asumidas en los contratos y convenios interadministrativos.

---

<sup>1</sup> Ley 418 de 1997, “*por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones*”. El Fondo es creado por el artículo 122 de esa ley en los siguientes términos: “*Artículo 122. Créase el Fondo Nacional de Seguridad y Convivencia Ciudadana, que funcionará como una cuenta especial, sin personería jurídica, administrada por el Ministerio del Interior, como un sistema separado de cuenta (...) Los recursos que recaude la Nación por concepto de la contribución especial del cinco por ciento 5% consagrada en el presente capítulo, deberán invertirse por el Fondo Nacional de Seguridad y Convivencia Ciudadana, en la realización de gastos destinados a propiciar la seguridad y la preservación del orden público (...)*”.

<sup>2</sup> Es preciso señalar que la Ley 418 de 1997 ha sido modificada por la Ley 1779 de 2016, y prorrogada y modificada por las Leyes 548 de 1999, 782 de 2002, 1106 de 2006, 1421 de 2010 y 1738 de 2014, sin que se observe el establecimiento de un régimen especial de contratación para los recursos del fondo, aunque el destino de dichos recursos ha sido ampliado para ser invertidos en otros rubros como actividades de inteligencia, recompensas y protección de personas amenazadas, entre otras.

## **B. Los contratos y convenios interadministrativos: una distinción conceptual necesaria.**

Las entidades públicas, para el cumplimiento de los fines del Estado, la satisfacción de los intereses y necesidades colectivas, la prestación de servicios públicos y la realización de actividades administrativas e incluso industriales y comerciales, requieren el aprovisionamiento de bienes y servicios y la realización de obras, lo cual consiguen con la colaboración de los particulares o de otras entidades que integran la administración pública, mediante la celebración de contratos por los que, regularmente, deben pagar un precio o remuneración.

Es decir, por un lado el Estado en orden a alcanzar su misión y objetivos recurre a la figura del contrato<sup>3</sup>, acto jurídico de colaboración mutua e intersubjetiva, en el que se entablan relaciones obligatorias con carácter patrimonial con particulares o con otras entidades estatales -cuando están en un mercado de forma similar a como lo hace el particular-, de las que emanan prestaciones recíprocas entre los sujetos partes del mismo, quienes son titulares de intereses disímiles o contrapuestos.

Por otro lado, las entidades estatales también asumen vínculos obligacionales entre sí para el normal funcionamiento del Estado a través de los denominados convenios interadministrativos, los cuales comportan un acuerdo de voluntades entre ellas, regido por los principios de cooperación, coordinación y apoyo, en los que aúnan esfuerzos para la gestión conjunta de competencias y funciones administrativas, con el objeto de dar cumplimiento a fines concurrentes impuestos por la Constitución y la ley; es decir, en estos no existen intereses contrapuestos de las entidades que los celebran, ni tampoco se circunscriben a un intercambio patrimonial entre ellas, sino que les asiste un ánimo de conseguir fines comunes, de manera que acuden a satisfacer un mismo interés general.

Así, en la actividad contractual del Estado surgen dos tipos de negocios jurídicos: los contratos interadministrativos y los convenios interadministrativos, que pueden celebrarse entre entidades o administraciones públicas. En otros términos, dentro de las modalidades que pueden identificarse en la actividad comercial de la Administración se encuentran los contratos y convenios interadministrativos, figuras que son de común y frecuente utilización, al punto que a través de los mismos se compromete un gran porcentaje del presupuesto de las entidades estatales, tal y como se reconoce expresamente en la consulta formulada.

---

<sup>3</sup> La noción misma de contrato involucra la autonomía de la voluntad privada, cuyo alcance es *“la libertad y poder atribuido por el ordenamiento al sujeto iuris para celebrar el contrato, cuyo efecto cardinal, primario o existencial es su vinculatoriedad, atadura u obligación legal de cumplirlo, sin que, en línea de principio, quienes lo celebran puedan sustraerse unilateralmente”*. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 30 de agosto de 2011, radicación 11001-3103-012-1999-01957-01.

Empero, debe advertirse que, en contraste con legislaciones extranjeras (verbigracia en el derecho español), nuestro ordenamiento jurídico no hace una distinción expresa de los contratos y convenios interadministrativos y los regula dentro del régimen jurídico general en materia de celebración y ejecución de los contratos estatales<sup>4</sup>, no obstante lo cual es posible que la aplicación y la interpretación de las normas de dicho régimen puedan resultar disímiles debido a la particular naturaleza de tales acuerdos de voluntades.

En este sentido, estima la Sala que para resolver la consulta debe partirse de la necesaria distinción conceptual entre contratos y convenios interadministrativos, que si bien son nociones jurídicas que tienen formalmente un tronco común –*acuerdos de voluntades generadores de obligaciones entre dos entidades estatales o de carácter público*–, no es menos cierto que su naturaleza, alcance, finalidades y características los hacen diferentes y determinan, en últimas, su régimen legal.

## **1. Contratos interadministrativos**

### **1.1. Son una especie del género contrato estatal**

El contrato es un *“acto jurídico voluntario, una declaración de voluntad, que tiene por objeto establecer una relación jurídica entre dos personas, obligando a la una para con otra a determinada prestación”*<sup>5</sup>. Así, el artículo 1495 del Código Civil, dispone que *“[c]ontrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer, o no alguna cosa. Cada parte puede ser de una o muchas personas”*. A su turno, el Código de Comercio prescribe en el artículo 864 que *“[e]l contrato es un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial.”*

Estas nociones encuentran recepción o cabida en los artículos 13 y 40 del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, contenido en la Ley 80 de 1993, los cuales prevén un ámbito integrador al incorporar al derecho contractual estatal las disposiciones *“comerciales y civiles pertinentes”*, cuando señalan que estos se regirán primordialmente por ese régimen jurídico o del derecho común, salvo las materias expresa y particularmente reguladas por esa ley, lo que permite afirmar que *“mediante la Ley 80, se pretendió que la actividad contractual del Estado quedara*

---

<sup>4</sup> La finalidad del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, de conformidad con el artículo 1, es la de *“disponer de reglas y principios que rijan los contratos de las entidades estatales.”*

<sup>5</sup> CLARO SOLAR, Luis, Explicaciones de derecho civil chileno y comparado. Tomo Décimo – Obligaciones y contratos 1, Santiago de Chile, Nascimento, 1936.

*bajo la égida del contrato estatal, caracterizado por tener un régimen jurídico mixto, integrado por normas de derecho público y derecho privado”.*<sup>6</sup>

Por su parte, el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, aunque en una definición poco precisa, establece que los contratos estatales son “...todos los actos jurídicos [bilaterales]”, generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere este estatuto [art. 2], previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad...” (Los corchetes y el subrayado es de la Sala).

De lo expuesto, y teniendo en cuenta ese régimen jurídico mixto que lo caracteriza, podría decirse, al amparo de las disposiciones citadas, que el contrato estatal, en sentido amplio, es el negocio jurídico<sup>8</sup> de la Administración para el cumplimiento de los fines del Estado, esto es, un acto bilateral en el que una parte (el contratista particular u otra entidad estatal) se obliga para con otra (entidad estatal contratante) a dar, hacer o no hacer alguna cosa en su favor, o es un acuerdo entre ellas para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica (artículos 1494 del Código Civil y 864 del Código de Comercio, en concordancia con lo previsto en los artículos 13, 23, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993).

---

<sup>6</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 23 de septiembre de 1997, exp. S - 701.

<sup>7</sup> Esta norma es equívoca, toda vez que al mencionar simplemente la expresión “actos jurídicos” puede pensarse que incluye a los unilaterales, lo cual sería incorrecto en la medida en que siguiendo la noción general de contrato, debe precisarse que esta categoría solo comprende los “actos jurídicos bilaterales”. El contrato si es un acto jurídico, pero no cualquiera; se trata de un acto jurídico bilateral que surge del acuerdo de voluntades, en el cual las partes que lo celebran tienen derechos y obligaciones recíprocas.

<sup>8</sup> Es un negocio jurídico, en el sentido de que es el resultado de un acto dispositivo o de autoregulación de intereses con efectos jurídicos: crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas. En efecto, “...el negocio jurídico es un acto de autonomía privada jurídicamente relevante; acto de autorregulación de los propios intereses: la ley no delimita totalmente su contenido, señala orientaciones y límites a la actividad dispositiva, indaga sobre su observancia y, no hallando reparo que formular, interpreta el comportamiento, lo ubica dentro del marco de circunstancias en que se realizó y, una vez encasillado dentro de uno de los tipos socialmente reconocidos, le asigna los efectos que mejor correspondan a la determinación particular así alindada y calificada.” Hinecristosa, Fernando, *Tratado de las Obligaciones II De las fuentes de las obligaciones: El Negocio Jurídico*, Volumen I, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015, pág. 107. Cabe advertir que en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y en el Código Civil no hay mención expresa del negocio jurídico, pero, sin duda, se trata de una categoría o fuente de las obligaciones cuya recepción del derecho italiano y germano es plenamente aceptada en nuestro medio, máxime cuando el término negocio jurídico además de sus referencias expresas en la jurisprudencia y la doctrina nacional, desde el punto de vista del derecho positivo está incorporado, aunque sin definición alguna, en el Código de Comercio, donde es empleado en el sentido referido, por ejemplo, en algunos artículos relacionados con la representación (832, 833, 836, 838, 842), la oferta (845), el contrato (865), su ineficacia (898, 899, 900, 901, 902, 903) y en la fiducia (1226).

Ahora bien, como el contrato estatal se equipara al acuerdo de voluntades en que uno de los extremos es una entidad pública, como lo ha sostenido la jurisprudencia de esta Corporación, no solo pertenecen a esta categoría los celebrados por las entidades a las que se refiere la Ley 80 de 1993, sino también aquellos en los que interviene como parte cualquier entidad pública, independiente del régimen jurídico aplicable. Es decir, al adoptar un criterio orgánico o subjetivo, en el que la sola presencia de una entidad estatal como parte del mismo le imprime al negocio jurídico la naturaleza o categoría jurídica de contrato estatal<sup>9</sup>, *“tiene la virtud de englobar todos los contratos que celebren las entidades públicas del Estado, ya sea que se regulen por el estatuto general de contratación administrativa o que estén sujetos a regímenes especiales. De tal manera es dable hablar genéricamente de dos tipos de contratos: 1. Contratos estatales regidos por la Ley 80 de 1993. 2. Contratos estatales especiales...”*<sup>10</sup>.

Asimismo, cabe precisar que el contrato estatal tiene el carácter de bilateral<sup>11</sup>, oneroso<sup>12</sup> y conmutativo<sup>13</sup> y constituye la fuente de una pluralidad de derechos y obligaciones recíprocas -*sinálagma*-, de suerte que las partes -entidad estatal contratante y particular o entidad estatal contratista, según el caso- son al tiempo acreedoras y deudoras entre sí<sup>14</sup>; y como todo contrato ejerce una función y tiene un contenido, razón por la cual se convierte en *“...un instrumento práctico que realiza las más variadas finalidades de la vida económica que impliquen la composición de intereses inicialmente opuestos o por lo menos no coincidentes”*.<sup>15</sup>

---

<sup>9</sup> Con las precisiones anotadas, puede sostenerse que la noción contrato estatal que trae la Ley 80 de 1993, significó igualmente la eliminación de la distinción entre contratos administrativos y de derecho privado de la administración que en su momento impuso el Decreto Ley 222 de 1983.

<sup>10</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto del 8 de febrero de 2001, Exp. n.º 16661.

<sup>11</sup> *“Artículo 1496.- El contrato es unilateral cuando una de las partes se obliga para con otra que no contrae obligación alguna; y bilateral, cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente.”*

<sup>12</sup> *“Artículo 1497.- El contrato es gratuito o de beneficencia cuando sólo tiene por objeto la utilidad de una de las partes, sufriendo la otra el gravamen; y oneroso, cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro.”* En cuanto a la función económica del contrato su clasificación tiene varias categorías, dentro de las que se destaca los contratos que tienden a favorecer la circulación de la riqueza (bienes, esto es, cosas y servicios), y dentro de ellos los *“contratos de cambio, los cuales pueden subdistinguirse, según que el cambio se verifique con sacrificio económico de ambas partes (a título oneroso), o de una sola parte (a título gratuito)”*. MESSINEO, Francesco *“Teoría General del Contrato”*. Tomo I. Pág. 35.

<sup>13</sup> *“Artículo 1498.- 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.”*

<sup>14</sup> *“El acuerdo (...) subraya de una parte el carácter voluntario del contrato y, de otra, la posición recíproca en que se encuentran las voluntades de las partes, en el sentido de que el contrato, en cuanto acuerdo, revela una lograda composición de intereses y la preparación de efectos de conjunto, sobre los cuales coinciden las voluntades de las partes”*. MESSINEO, F. Ob. cit. pág. 41.

<sup>15</sup> MESSINEO, F. Op. Cit. pág. 34.



En efecto, en el contrato estatal sin desmedro de los fines de la contratación del Estado y la función social que cumple, las partes son titulares de intereses disímiles, contrapuestos o no coincidentes, a tal punto que al nacimiento del vínculo conocen el provecho que pretenden obtener, sobre la base de sus intereses y la equivalencia de las prestaciones que emanan del mismo.

Por un lado, la entidad estatal contratante persigue un interés público que consiste en la consecución de los fines del Estado, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines (art. 3 Ley 80 de 1993) a través de la prestación a su favor de un servicio, la realización de una obra o el suministro de bienes; y por otro lado, el contratista, no obstante que colabora en el logro de esos fines y cumple una función social que, como tal, implica obligaciones, busca obtener un interés particular, que consiste en un beneficio o provecho económico o lucro en su favor, mediante el pago de una contraprestación, precio o remuneración razonable por la satisfacción de la prestación a la que se obliga.<sup>16</sup>

En este orden de ideas, por lo pronto, la Sala quiere enfatizar que un contrato interadministrativo es aquel negocio jurídico celebrado entre dos entidades públicas, mediante el cual una de las dos partes se obliga para con la otra a una prestación (suministro de un bien, realización de una obra o prestación de un servicio), por la que, una vez cumplida, obtendrá una remuneración o precio.

De manera que debe entenderse que el contrato interadministrativo, cuyo objeto bien podría ser ejecutado por los particulares, genera obligaciones recíprocas y patrimoniales a ambas entidades contrayentes, dado que concurren a su formación con intereses disímiles o contrapuestos, pues, aunque la entidad que resulta contratista es de carácter público, tiene intereses propios derivados de su actividad.

La Sala volverá sobre los elementos expuestos, al momento de señalar las características de los contratos interadministrativos, para lo cual estima que, previamente, debe examinarse el tratamiento que ha tenido esta figura en los diversos estatutos de contratación.

## **1.2. Los contratos interadministrativos en el Decreto Ley 222 de 1983**

---

<sup>16</sup> Lo que se traduce en un acuerdo en forma simétrica y la constitución de un equilibrio económico que deberá preservarse en su ejecución, según el principio de la ecuación financiera previsto en el artículo 27 de la Ley 80 de 1993.

Para el acuerdo de voluntades entre dos entidades estatales, el citado decreto no señalaba una definición y mucho menos hacía la distinción específica entre contratos y convenios interadministrativos.

El artículo 16 del Decreto 222 establecía un listado de los que se consideraban contratos administrativos<sup>17</sup> y en el numeral 5 disponía que serían tales los “interadministrativos internos” que tuviesen por **objeto** la concesión de servicios públicos, obras públicas, prestación de servicios y suministro. Ello significaba, en la tipología del Decreto 222, que los demás contratos interadministrativos estaban clasificados en la categoría de “contratos de derecho privado de la administración”.<sup>18</sup>

A pesar de la anterior clasificación, el artículo 25 del Decreto – Ley 222 de 1983 disponía que los contratos administrativos y los “contratos de derecho privado de la administración” debían cumplir los requisitos que dicha norma establecía<sup>19</sup>, entre los que se destacaba el procedimiento de selección de licitación pública.

Por otro lado, el artículo 18 del decreto bajo análisis señalaba que los contratos administrativos celebrados con posterioridad a su vigencia se regían por los “*principios de terminación, modificación e interpretación unilaterales por parte de las entidades públicas que los suscriban*”. Debe recordarse que si se trataba de “contratos de derecho privado de la administración” y en ellos se incluía la cláusula de caducidad, igualmente debían incluirse como “cláusulas obligatorias” los citados principios, por expresa disposición del artículo 60 del Decreto 222.

---

<sup>17</sup> “Artículo 16. De la clasificación y naturaleza de los contratos. Son contratos administrativos://1. Los de concesión de servicios públicos//2. Los de obras públicas//3. Los de prestación de servicios//4. Los de suministros//5. Los interadministrativos internos que tengan estos mismos objetos...”.

<sup>18</sup> Artículo 16. “(...) Son contratos de derecho privado de la administración los demás, a menos que ley especial disponga en sentido contrario, y en sus efectos estarán sujetos a las normas civiles, comerciales y laborales, según la naturaleza de los mismos, salvo en lo concerniente a la caducidad”. El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, en la Sentencia de 23 de enero de 1992, Exp. No. 1337, al estudiar la naturaleza de los convenios de cofinanciación celebrados por la Caja de Vivienda Militar concluyó que no constituían contratos administrativos sino contratos privados de la administración, puesto que no estaban tipificados como tales dentro del artículo 16 del Decreto 222 de 1983. Este criterio fue ratificado recientemente por la Subsección B, de la Sección Tercera, en la Sentencia de 20 de febrero de 2014, Exp. No. 25549.

<sup>19</sup> “Artículo 25. De los requisitos. Salvo disposición legal en contrario, la celebración de contratos escritos, administrativos y de derecho privado de la administración, se someterá a los siguientes requisitos: a. Presentación por el oferente del paz y salvo por concepto de impuestos sobre la renta y complementarios, desde el momento de formular la propuesta//b. Licitación o concurso de méritos//c. Registro presupuestal//d. Constitución y aprobación de garantías//e. Concepto del Consejo de Ministros//f. Firma del Presidente de la República//g. Revisión del Consejo de Estado//h. Publicación en el Diario Oficial, y pago de los derechos de timbre.//Parágrafo. Es entendido que además de los requisitos previstos en este artículo deberán cumplirse los especiales que se señalen para determinados contratos”.

En relación con la cláusula de caducidad, en los contratos interadministrativos las partes no tenían la obligación de pactarla, según el artículo 61 del Decreto 222. Ahora, de conformidad con el artículo 65 ibídem, en los contratos en los que tal cláusula fuese obligatoria (obra, concesión, etc.), esta se entendía pactada.

No obstante, en los artículos 19 (par. 2) y 23, expresamente se establecía que en los “**convenios interadministrativos**” no procedía la terminación y modificación unilateral, respectivamente, de lo cual se infiere que la interpretación unilateral sí resultaba posible. Llamaba la atención que la locución “convenios interadministrativos” solo era utilizada en tales normas, aunque según la doctrina, en la práctica administrativa vigente para esa época se trataban indistintamente<sup>20</sup>.

En cuanto a las multas, cláusula penal pecuniaria y garantías debía entenderse que procedían en los contratos interadministrativos definidos en el artículo 16 del Decreto 222, toda vez que el citado artículo 60 nada decía en contrario. Obviamente, si en un contrato interadministrativo se pactaba la cláusula de caducidad, con mayor razón resultaba procedente la inclusión de multas, penal pecuniaria y la exigencia de garantías.

### 1.3. Los contratos interadministrativos en la Ley 80 de 1993

En el régimen original de la Ley 80 de 1993 no se definen los contratos interadministrativos; sin embargo, la locución “*interadministrativos*” se menciona en diferentes disposiciones y a propósito de varias materias, a saber:

En primer lugar, en desarrollo del principio de transparencia, en el artículo 24, núm. 1 literal c, ordenó que “[L]a escogencia del contratista se efectuará siempre a través de licitación o concurso público, salvo en los siguientes casos en los que se podrá contratar directamente: c) **Interadministrativos**, con excepción del contrato de seguro.”<sup>21</sup> (Resalta la Sala)

En segundo lugar, en lo atinente a la garantía única para avalar el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato, señaló en el artículo 25, núm. 19, que “[l]as garantías no serán obligatorias en los contratos de empréstito, **interadministrativos** y en los de seguros” (subrogado por el artículo 7 de la Ley 1150 de 2007).

En tercer lugar, en relación con la inclusión o no de las cláusulas excepcionales al derecho común, de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de

---

<sup>20</sup> Ver. EXPÓSITO Vélez, Juan Carlos. *La Configuración del contrato de la administración pública en derecho colombiano y español*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, D.C. Primera reimpresión corregida y aumentada, 2004, pág. 460. SANTOS Rodríguez Jorge Enrique. “*Consideraciones sobre los contratos y convenios interadministrativos*”. Revista Digital de Derecho Administrativo, Núm. 1, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009.

<sup>21</sup> Numeral subrogado por el artículo 2º de la Ley 1150 de 2007.

sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos, como medios que pueden utilizar las entidades estatales para el cumplimiento del objeto contractual y los fines de la contratación, en el artículo 14, numeral 2, párrafo, indicó que “[e]n los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; **en los interadministrativos**; (...) se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales” (todas las negrillas son de la Sala).

Como puede apreciarse, la Ley 80 de 1993, en sus disposiciones originales, utilizó aisladamente la locución “interadministrativos” para indicar que la modalidad o proceso de selección es el de contratación directa, eximiéndolos de la obligación de constituir las garantías para cubrir los riesgos derivados del incumplimiento de las obligaciones y prohibiendo en ellos la utilización de las cláusulas excepcionales al derecho común. En ninguna de tales disposiciones, sin embargo, se definieron en realidad los contratos y convenios interadministrativos, lo cual no es óbice para que pueda ser deducida esta distinción mediante la interpretación de las normas respectivas, con el fin de perfilar las características de cada una de estas figuras.

En efecto, ya se mencionó que, de acuerdo con los artículos 1494 del Código Civil y 864 del Código de Comercio, el contrato está dirigido a crear una relación jurídica obligacional, la cual incide en la esfera patrimonial de las partes que la conforman, aspecto que lleva a la doctrina a relieves el carácter patrimonial y económico del contrato estatal, dada su conmutatividad y onerosidad.<sup>22</sup>

Sin embargo, el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, en armonía con el artículo 40 *ibídem*<sup>23</sup>, permite a las entidades celebrar los “contratos” y “acuerdos” derivados de

---

<sup>22</sup> “El contrato del Estado es así mismo una fuente de obligaciones conforme los parámetros del artículo 1494 del Código Civil. En este sentido, su contenido, tal como se desprende de los artículos 1495 del Código Civil y 864 del Código de Comercio, es estrictamente obligacional y está dirigido inevitablemente a construir, regular o extinguir relaciones jurídicas obligacionales que inciden en la esfera patrimonial de las partes relacionadas, es decir, que son de contenido y carácter indiscutiblemente económico intersubjetivo y, por lo tanto, cumple una función sustentada en este elemento fundamental, de conformidad con las características de cada negocio que se considere conveniente y adecuado a los fines, propósitos y necesidades públicos o generales”. SANTOFIMIO, Jaime Orlando. “El carácter conmutativo y por regla general sinalagmático del contrato estatal”. Revista Digital de Derecho Administrativo, Núm. 1, Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2009, pág. 15. (Se subraya).

<sup>23</sup> “Artículo 40. Del Contenido del Contrato Estatal. Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta Ley, correspondan a su esencia y naturaleza.// Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales.// En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta Ley y a los de la buena administración...”. (Se resalta).

la “*autonomía de la voluntad*”<sup>24</sup> para el cumplimiento de los fines estatales, de donde se colige que, además de los “*contratos*” (en el alcance genuino de acuerdos de voluntades de contenido patrimonial) que pueden celebrar las entidades estatales, también es viable la realización de otros “*acuerdos*” de voluntades necesarios para el cumplimiento de los fines estatales como serían los “*convenios interadministrativos*”, los cuales no tendrían el alcance de una relación jurídica patrimonial.

En consecuencia, los convenios y los contratos interadministrativos, se distinguen por su naturaleza y finalidad. Ambas figuras son especies del género contrato estatal que como nota común tienen la de ser acuerdos de voluntades generadores de obligaciones entre dos entidades estatales (artículo 2, numeral 1, de la Ley 80 de 1993) y de ahí la locución formal “*interadministrativos*”. De esos acuerdos unos tienen por objeto y finalidad “*constituir, regular o extinguir entre ellas una relación patrimonial*”, en los términos del artículo 864 del Código de Comercio y, por lo mismo, son **contratos**, y otros, son “*acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad*” celebrados entre entidades estatales para el cumplimiento de fines que les son propios (fines estatales) que no involucran una interlocución negociada fundada en un carácter patrimonial, los cuales conformarían la especie **convenios**.

De esta forma, por regla general, el Estatuto de Contratación de la Administración Pública (Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007 y Ley 1474 de 2011 y las demás que lo adicionen o modifiquen), salvo las materias previstas en otras normas especiales, regula los negocios jurídicos que pueden celebrar las entidades estatales con proyección patrimonial o económica, esto es, los contratos. Sobre la aplicación de dicho Estatuto a los convenios interadministrativos, la Sala volverá mas adelante.

Lo expuesto en precedencia tiene sustento en la Sentencia del 23 de julio de 2010 de la Corporación, en la que delimitó la noción de contratos interadministrativos al sostener que el principal efecto, al igual que el de los demás contratos, “*es el de crear obligaciones que sólo se pueden invalidar o modificar por decisión mutua de los contrayentes o por efecto de las disposiciones legales, tal y como claramente lo dispone el artículo 1602 del Código Civil. Se advierte entonces que si en un convenio*

---

<sup>24</sup> En la contratación estatal, salvo en materia de la escogencia del contratista o de seleccionar el sujeto con quien se dispone, que es sometida a los mecanismos o procesos de selección previstos en normas de orden público e imperativas y, por ende, no disponibles, la autonomía de la voluntad, en cuanto libertad contractual, comporta el reconocimiento legal de un cúmulo de poderes o facultades proyectadas, entre otras, a saber: (i) la posibilidad de disponer o abstenerse de la disposición (libertad de contratar o no contratar), escoger o crear el tipo contractual y estipulaciones (libertad de optar en el catálogo legal o en los usos y prácticas sociales por la especie singular de contrato o crearlo) que mejor se avengan con los principios y fines sin necesidad que la ley los tipifique; (ii) la posibilidad de negociación que se confiere al particular en relación con aspectos no esenciales del contrato ni sobre los que afecten las reglas de selección, y que, generalmente, incluyen en sus ofertas dentro del respectivo proceso de selección; (iii) la posibilidad de recurrir a mecanismos de arreglo directo de las controversias, e incluso de trasladar su conocimiento a la justicia arbitral; y (iv) la posibilidad de terminar por mutuo acuerdo el contrato.

*o contrato interadministrativo debidamente perfeccionado, en el cual han surgido las obligaciones correspondientes, una de las partes no cumple con los compromisos que contrajo, tal parte está obligada a responder por ello, salvo que la causa de su falta de cumplimiento encuentre justificación válida”.*<sup>25</sup>

Igualmente, indicó que así las partes denominen al acuerdo de voluntades “*convenio interadministrativo*” cuando quiera que, “*como en el asunto sub judice, involucran prestaciones patrimoniales, asumen idéntica naturaleza obligatoria y, en consecuencia, idénticos efectos vinculantes y judicialmente exigibles en relación con los que se predicán de cualquier otro ‘acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación patrimonial’, en los términos del artículo 864 del Código de Comercio*”<sup>26</sup>.

De este modo los **contratos interadministrativos** comportan el pago de una remuneración, dentro del cumplimiento de un fin estatal que para el caso está radicado en la entidad estatal contratante, en tanto que la entidad estatal contratista actúa en su propio interés, bajo el amparo de una relación jurídica de carácter patrimonial que, en definitiva, incide sobre los derechos subjetivos de las partes, a diferencia de los **convenios interadministrativos** que, como se puntualizará más adelante, son *acuerdos que permite la autonomía de la voluntad* celebrados entre entidades estatales para el cumplimiento de fines que les son propios (fines estatales) y que no involucran una relación negocial fundada en un carácter patrimonial ni tampoco una contraposición de intereses.

#### **1.4. Los contratos interadministrativos y las Leyes 1150 de 2007 y 1474 de 2011**

---

<sup>25</sup> Consejo de Estado, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 23 de julio de 2010, Exp. No. 17860. Las características principales son 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.”*

<sup>26</sup> *Ibidem*.

Las entidades públicas frecuentemente se valían de los “convenios interadministrativos”, para entregar cuantiosos recursos a otra entidad estatal con el fin de que los ejecutara, a pesar de no contar esta con la idoneidad técnica ni la experiencia operativa y financiera requerida para el respectivo negocio, aprovechándose de la facilidad que representa su celebración por contratación directa (artículo 24, núm.1 literal c.), lo que significaba, además de una elusión de los procesos de selección objetiva, desconocer el cambio de modelo incorporado por la Constitución de 1991, según el cual el Estado no necesariamente es prestador directo de los servicios públicos sino regulador de los mismos (artículo 365 C.P.), por lo que, en principio, no debe asumir actividades que pueden ser desarrolladas de manera eficiente y ventajosa por el sector privado. Tampoco las entidades estatales tienen como función la de ser intermediarias de los intereses del sector privado, utilizando la mampara de la contratación directa para aparecer como “*contratistas*” pero subcontratando la ejecución del negocio jurídico con particulares, lo que indudablemente constituye una práctica ilegal.

Por lo anterior, el régimen original de la Ley 80 de 1993 en este ámbito fue objeto de modificaciones sustanciales por parte de las Leyes 1150 de 2007 y 1474 de 2011, en particular en relación con el mecanismo de selección, pues si bien se mantuvo la regla general de la modalidad de contratación directa para los “contratos interadministrativos”<sup>27</sup> -excepto como se verá para algunos tipos contractuales que se

---

<sup>27</sup> La Ley 1150 de 2007, modificada por los artículos 92 y 95 de la Ley 1474 de 2011, estableció lo siguiente en el literal c del numeral 4 de su artículo 2: “*Artículo 2o. De las modalidades de selección. La escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa, con base en las siguientes reglas: (...)// 4. Contratación directa. La modalidad de selección de contratación directa, solamente procederá en los siguientes casos: // c) <Inciso 1o. modificado por el artículo 92 de la Ley 1474 de 2011:> Contratos interadministrativos, 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.//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.//<Inciso 2o. modificado por el artículo 95 de la Ley 1474 de 2011:> 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. //En aquellos casos en que la entidad estatal ejecutora deba subcontratar algunas de las actividades derivadas del contrato principal, no podrá ni ella ni el subcontratista, contratar o vincular a las personas naturales o jurídicas que hayan participado en la elaboración de los estudios, diseños y proyectos que tengan relación directa con el objeto del contrato principal. //Estarán exceptuados de la figura del contrato interadministrativo, los contratos de seguro de las entidades estatales;”.*

celebren con ciertas entidades públicas-, se adoptan precisas medidas con el fin de evitar la burla de las normas de contratación estatal mediante esta figura negocial.

Las modificaciones y cambios incorporados por dichas leyes al régimen de los contratos interadministrativos, versan, entre otros, sobre los siguientes aspectos<sup>28</sup>:

a. Los contratos interadministrativos, en todos los casos (contratación directa y aún en los eventos en que se ordene que sean el resultado de una licitación pública o selección abreviada), **deben tener relación directa con el objeto de la entidad ejecutora** señalado en la ley o en sus reglamentos, los cuales, naturalmente, están sometidos a la ley (literal c, numeral 4, inciso primero del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007). Esta exigencia significa que la entidad estatal ejecutora (contratista) posee la capacidad jurídica y financiera, el soporte técnico y operativo y la experiencia acreditada para ejecutar ella misma el objeto contractual, por lo que todo tipo de “intermediación” en la materia se encuentra proscrito por la ley; además, se trata de un requisito general para poderse obligar válidamente (artículo 1502 C.C).

b. **La suscripción** de contratos interadministrativos “*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*”, debe estar precedida de **licitación pública o selección abreviada**; es decir, se introdujo la prohibición para suscribir por contratación directa contratos interadministrativos de determinados objetos, de manera que para celebrar los citados contratos las entidades mencionadas deberán participar en condiciones de igualdad en cualquiera de los procesos de selección que impliquen convocatoria pública y solamente en los demás casos podrá acudir a la modalidad de contratación directa (literal c, inciso 2, *ibídem*)<sup>29</sup>.

De esta manera, es clara la posición jurídica de predominio de la entidad estatal licitante frente a los proponentes en la licitación, en la cual cada una de las partes en el proceso de selección pretende satisfacer intereses que pueden

---

<sup>28</sup> Para tal efecto se seguirá, en lo pertinente, lo señalado por esta Sala en Concepto 2092 de 28 de junio de 2012 en el que se estudió el trámite legislativo que llevó a la expedición de las Leyes 1150 de 2007 y 1474 de 2011, así como las modificaciones por ellas introducidas.

<sup>29</sup> La Sala aclaró en el Concepto 2092 de 2012 que, en todo caso y aún en los eventos de licitación pública o selección abreviada, el contrato debe tener relación directa con el objeto de la entidad ejecutora; “*en ese sentido, el inciso segundo de la norma en cita, no puede ser interpretado como una autorización para celebrar contratos que no tengan relación con el objeto de la entidad ejecutora. La excepción que consagra dicho inciso se refiere solamente a que los contratos allí referidos no pueden celebrarse por contratación directa sino que requieren agotar un proceso previo de licitación pública o selección abreviada*”.



diferenciarse (la licitante, los principios de selección objetiva, transparencia, economía, libre concurrencia, entre otros; y la entidad estatal proponente, presentar la oferta más favorable de conformidad con sus propios intereses y los del pliego de condiciones, con el ánimo de que sea escogida por la entidad licitante);

- c. **La ejecución** de los contratos interadministrativos quedó sometida, por regla general, al Estatuto General de Contratación Pública, 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 (modificación introducida por el artículo 95 de la Ley 1474 de 2011 al inciso 2º literal c del numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007); dicho de otro modo, solamente si se da esa relación inmediata entre el objeto del contrato y la actividad propia de la entidad ejecutora, tal como debe ser, la ejecución del respectivo contrato interadministrativo podrá hacerse bajo las reglas de derecho diferentes a la Ley 80 de 1993 y demás normas que la modifiquen o adicionen.
- d. **En cuanto a la subcontratación** se imponen restricciones. En aquellos casos en que la entidad estatal ejecutora debiera subcontratar algunas de las actividades derivadas del contrato principal, no podrán ni ella ni el subcontratista, contratar o vincular a las personas naturales o jurídicas que hayan participado en la elaboración de los estudios, diseños y proyectos que tengan relación directa con el objeto del contrato principal.
- e. Quedaron **exceptuados** de la figura del contrato interadministrativo, **los contratos de seguro** de las entidades estatales.

Para la Sala es claro que la expresión “*entidad ejecutora*” utilizada por la Ley 1150 de 2007, no es una simple modificación de forma ni resulta intrascendente, sino que se trata de un cambio sustancial e importante, por cuanto implica, de una parte, que la actividad del proponente (entidad estatal) en todos los casos debe ser congruente con el objeto del contrato interadministrativo a celebrar; y de otra, que cuando sea el resultado de una licitación pública o selección abreviada, debe aquel someterse a las reglas fijadas por la Administración en la respectiva modalidad por convocatoria pública, de manera que, en virtud del derecho de igualdad que rige los procedimientos de selección, no puede alegar excepciones o tratos diferentes por su condición de entidad estatal, ya que simplemente será un proponente más. Debe recordarse que bajo la Ley 80 de 1993, la regla general es la competencia en un mercado que, para el caso, sería el de la contratación estatal, en el cual quienes aspiren a ser colaboradores de la Administración como contratistas deben encontrarse en igualdad de condiciones; así, si una entidad estatal voluntariamente participa en dicho mercado, no puede tener privilegios en razón de su calidad y deberá someterse a las “*reglas del juego*” fijadas, en donde, se insiste, rige el principio de igualdad y libertad de concurrencia y participación.

En consecuencia, una interpretación sistemática de las leyes 80, 1150 y 1474 permite sostener que la noción “*contrato interadministrativo*” involucra necesariamente una relación jurídica patrimonial, en la cual la Administración (entidad contratante) pretende satisfacer los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los ciudadanos (art. 3 Ley 80), en la medida en que estos son de su competencia exclusiva (o están a su cargo), y para el efecto se relaciona con una “*entidad ejecutora*” (contratista estatal) que colabora voluntariamente con la Administración contratante y, en tal sentido, ocupa la misma posición jurídica de un particular.

En la relación descrita, el contratista estatal está en una posición de subordinación jurídica y patrimonial frente a la Administración contratante, toda vez que existe una “*desigualdad de propósitos perseguidos por las partes*”, según lo afirma Berçaitz: “*El cocontratante de la Administración persigue un fin económico privado: busca una colocación productiva de su capital. La Administración en cambio, vela por el interés público, por las necesidades colectivas: trata de que se satisfagan o que no se creen obstáculos para su satisfacción*”<sup>30</sup>.

El hecho de que el contratista sea una entidad estatal y que por la *calidad de las partes* el contrato sea *interadministrativo*, en manera alguna puede cambiar la naturaleza, objeto y finalidad de la relación jurídica patrimonial celebrada para, entre otros fines, la construcción o concesión de una obra pública, suministro de bienes o prestación de servicios requeridos por la Administración contratante con el objeto de cumplir con las funciones o competencias constitucional o legalmente asignadas. De esta manera se estará al frente de un contrato interadministrativo de obra pública, concesión o suministro, entre otros, que se sujetará a la regulación que el Estatuto General de Contratación Pública trae para estos, en condiciones similares a las de una relación entre la Administración y un contratista particular como colaborador de ella.<sup>31</sup>

Es preciso indicar que la incidencia en la esfera patrimonial de las partes relacionadas en el contrato interadministrativo, reitera el carácter oneroso<sup>32</sup> de tales contratos. En

---

<sup>30</sup> BERÇAITZ, Miguel A, Teoría General de los Contratos Administrativos, Ed. de Palma, 1980, pág. 229.

<sup>31</sup> “*Cuando una entidad estatal acuerda con otra la prestación de un servicio, la construcción de una obra, la entrega de bienes, etc., en similares condiciones a aquellas en que podría un particular cumplir la prestación, celebra un contrato no un convenio. En los contratos interadministrativos existirán, necesariamente, intereses opuestos regulados (...)*”. PINO Ricci, Jorge. *Los convenios interadministrativos*, en primeras jornadas de derecho constitucional y administrativo. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001, págs. 656 - 657

<sup>32</sup> El contrato es oneroso “*...cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno en beneficio del otro*” (Código Civil, artículo 1497).

efecto, “esto genera utilidad para ellas, es decir, (...) se genera una especie de gravamen de cada parte en beneficio de otra”<sup>33</sup>.

Por consiguiente, con la “ejecutora” (entidad estatal contratista) que se vincula de manera libre y voluntaria como colaborador de la entidad estatal contratante existirá una relación negocial de contenido patrimonial bajo la figura de un contrato y no de un convenio. Así las cosas, con posterioridad a la vigencia de la Ley 1150 de 2007, se vislumbra con mayor claridad que la locución contrato interadministrativo tiene una naturaleza, alcance y finalidad diferentes a la de los convenios interadministrativos y, por ende, no pueden ser considerados sinónimos.

En consecuencia, la Sala concluye que en el ámbito normativo de la contratación estatal no se puede seguir utilizando la expresión “*contratos o convenios interadministrativos*” bajo el entendido de equiparar dos relaciones jurídicas; así que, cuando dichas normas aludan a los contratos interadministrativos, no es posible que automáticamente tales negocios jurídicos se asimilen a los convenios interadministrativos dado que estos tienen una naturaleza jurídica diferente.

Para finalizar, si bien no es objeto de este concepto el análisis de los procedimientos de selección en los contratos interadministrativos ni las reglas que en esa materia deben seguir las entidades estatales que por ley se someten a un régimen de contratación especial, la Sala debe puntualizar que en la interpretación sistemática de la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, la noción “*contrato interadministrativo*” no es sinónima de *contratación directa*, toda vez que, como se explicó (*ut supra* literal b) de este numeral), la celebración de determinados contratos (obra, suministro, fiducia pública, etc.), deberá estar precedida de licitación pública o selección abreviada y solo en los demás casos podrá acudir a la contratación directa.

En otras palabras, la noción contrato interadministrativo en manera alguna está supeditada a los procedimientos de selección empleados para su celebración, específicamente el de contratación directa, pues la naturaleza jurídica de tales contratos corresponde a la calidad pública de las partes contrayentes y los elementos analizados en precedencia, es decir, un acuerdo de voluntades celebrado entre dos entidades de carácter estatal, productor de efectos jurídicos dentro del marco de una relación jurídica patrimonial para el cumplimiento de los fines estatales, sin que para deducir esa naturaleza sea relevante el medio previsto por el legislador para seleccionar al contratista.

## **2. Los convenios interadministrativos**

La Sala en múltiples oportunidades ha aludido a la noción de convenios interadministrativos, recientemente en los Conceptos 2238 y 2269 de 2015. A juicio de la Sala, que sigue para el efecto la jurisprudencia de la Sección Tercera citada en

---

<sup>33</sup> SANTOFIMIO, op. cit. pág. 16.

el numeral anterior, es posible sostener la existencia de convenios interadministrativos en virtud del deber de colaboración entre entidades estatales, siempre y cuando su objeto no lo constituyan obligaciones de contenido patrimonial.

En efecto, la Constitución Política consagra un principio de colaboración interinstitucional como eje articulador de las actuaciones de los diferentes órganos y entidades del Estado cuando señala que *“los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines”* (artículo 113) y que *“las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado”* (artículo 209). De esta manera se evitan actuaciones desorganizadas y aisladas y se garantiza una mejor utilización de los bienes y recursos públicos.

Por lo tanto, el hecho de que cada entidad u organismo tenga sus propias funciones (regla de no duplicidad) y que para su ejercicio la ley les confiera determinados grados de autonomía, no justifica actuaciones aisladas, contradictorias o económicamente ineficientes entre las diversas organizaciones estatales, pues en cualquier caso sus competencias están regidas por los mandatos de colaboración y coordinación interinstitucional que permiten el logro mancomunado del interés general y la satisfacción de los derechos de las personas (artículos 4º, 113 y 209 C.P.).

Sobre este particular, el artículo 6 de la Ley 489 de 1998 establece que en virtud de los principios de coordinación y colaboración las entidades garantizarán *“la armonía en el ejercicio de sus respectivas funciones con el fin de lograr los fines y cometidos estatales”*, por lo que, en consecuencia, *“prestarán su colaboración a las demás entidades para facilitar el ejercicio de sus funciones”* (ibídem).

De igual manera, el numeral 10 del artículo 3 de la Ley 1437 de 2011, *“[p]or la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”*, establece que *“[e]n virtud del principio de coordinación, las autoridades concertarán sus actividades con las de otras instancias estatales en el cumplimiento de sus cometidos y en el reconocimiento de sus derechos a los particulares”*.

Precisamente, una de las formas de concretar el mandato constitucional de colaboración interinstitucional es la celebración de convenios interadministrativos<sup>34</sup>, tal como lo establece el artículo 95 de la propia Ley 489 de 1998 que señala lo siguiente:

---

<sup>34</sup> La Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo, Subsección C, del Consejo de Estado acoge este criterio en la sentencia de 23 de mayo de 2012, Exp. No. 22828.

**“Artículo 95. Asociación entre entidades públicas. 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.”** (Subraya la Sala).

Como se observa, la nota distintiva de los convenios interadministrativos la constituye la concurrencia de dos o más entidades estatales para la realización de fines comunes a ambas partes, respecto del cual cada entidad está interesada u obligada desde sus propias funciones o atribuciones legales<sup>35</sup>. Se da pues un ánimo de cooperación entre organismos o entidades públicas con funciones interrelacionadas o complementarias. Como se ha indicado, se habla de *cooperación* porque la entidad pública celebra el convenio “*cuando tiene algo que aportar desde su ámbito funcional, obligándose a ejecutar actividades que contribuyen directamente al fin común de los sujetos contratantes, compartiendo tareas entre ellas.*”<sup>36</sup> Esa finalidad común y ánimo de cooperación, agrega en esta oportunidad la Sala, se da en el ámbito de un “*paralelismo de intereses*”<sup>37</sup>, por lo que no existe preeminencia del contratante respecto del contratista, sino más bien las relaciones se desarrollan en un plano de igualdad o equivalencia, esto es, sin que existan prerrogativas en favor de una parte a costa de la otra.

A manera de ilustración, en el derecho comparado, en particular en el español, los convenios interadministrativos se encuentran previstos en la Ley 40 de 2015, “*Régimen jurídico del sector público*”<sup>38</sup> (artículos 47 a 53) y en su definición se destaca precisamente la característica del *fin común* desde el ámbito de las competencias legales asignadas y que tales convenios “*no pueden tener por objeto prestaciones propias de los contratos*”, ya que en tal caso deberán ajustarse a lo “*previsto en la legislación de contratos del sector público*”<sup>39</sup>. Por tanto, es claro que,

---

<sup>35</sup> “El objeto de los convenios de la administración implica siempre la conjunción de voluntades en torno a intereses que son mutuos compartidos por ambos contratantes. Se trata de lograr la realización de objetivos o fines que son comunes a todas las partes que celebran el negocio jurídico. Lo anterior significa excluir de esta clase de acuerdos aquellos compromisos que implican una contradicción de intereses, en los cuales las partes buscan la satisfacción de objetivos que no les son comunes”. CHAVES Marín, Augusto Ramón. *Los Convenios de la Administración*. Entre la Gestión Pública y la Actividad Contractual. Editorial Temis, Bogotá. D.C., Tercera Edición. 2015. Pág. 76.

<sup>36</sup> Vid. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 1982 de 2010.

<sup>37</sup> “El paralelismo de los intereses, del que nace el mencionado paralelismo de voluntades (y de las correspondientes declaraciones), debe considerarse, desde el punto de vista de la estructura, como el carácter diferencial básico del acuerdo con respecto al contrato, donde los intereses en conflicto reciben composición”. MESSINEO, Op. Cit. p. 63.

<sup>38</sup> Disponible en [http://boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-10566](http://boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-10566); consultada el 29 de febrero de 2015.

<sup>39</sup> “Artículo 47. Definición y tipos de convenios. // 1. 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

en España, los convenios interadministrativos propiamente dichos se encuentran regulados integralmente por la citada legislación (Ley 40 de 2015) y que están excluidos de las normas que rigen la contratación estatal, aspecto que se reitera en el Real Decreto Legislativo 3 de 2011, “*por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público*”.<sup>40</sup>

Es oportuno señalar que en la doctrina extranjera también se ha acudido al criterio de la cooperación entre entidades estatales para distinguir las categorías negociales de contrato y convenio interadministrativo, como pone de presente, en primera instancia, el profesor Entrena Cuesta:

*“1. Privados. Los que no se encaminan de forma directa e inmediata a una finalidad de servicio público (este criterio le lleva a calificar como contrato privado un convenio expropiatorio del artículo 24 LEF celebrado entre entes públicos).*

*2. Públicos. Los que tienen por objeto inmediato y directo una finalidad de servicio público. Se subdividen en:*

*a) De colaboración. Cuando el objeto del contrato es de la competencia exclusiva de una de las partes, lo que implica que las partes están en pie de desigualdad. La administración “contratista” ocupa aquí la posición que tendría un particular en la misma relación. Estos serían los contratos administrativos stricto sensu, y*

*b) De cooperación. Cuando la competencia sobre el servicio público objeto del contrato corresponde por igual a ambas administraciones contratantes, que, por tanto, están aquí en pie de igualdad. La consecuencia más importante es que no hay prerrogativas*

---

*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.// 2. Los convenios que suscriban las Administraciones Públicas, los organismos públicos y las entidades de derecho público vinculados o dependientes y las Universidades públicas, deberán corresponder a alguno de los siguientes tipos://a) Convenios interadministrativos firmados entre dos o más Administraciones Públicas, o bien entre dos o más organismos públicos o entidades de derecho público vinculados o dependientes de distintas Administraciones públicas, y que podrán incluir la utilización de medios, servicios y recursos de otra Administración Pública, organismo público o entidad de derecho público vinculado o dependiente, para el ejercicio de competencias propias o delegadas.// Quedan excluidos los convenios interadministrativos suscritos entre dos o más Comunidades Autónomas para la gestión y prestación de servicios propios de las mismas, que se regirán en cuanto a sus supuestos, requisitos y términos por lo previsto en sus respectivos Estatutos de autonomía.// b) Convenios interadministrativos firmados entre organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes de una misma Administración Pública”. (Subraya la Sala).*

<sup>40</sup> “Artículo 4. Negocios y contratos excluidos//1. Están excluidos del ámbito de la presente Ley los siguientes negocios y relaciones jurídicas: (...) c) Los convenios de colaboración que celebre la Administración General del Estado con las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, las Universidades Públicas, las Comunidades Autónomas, las Entidades locales, organismos autónomos y restantes entidades públicas, o los que celebren estos organismos y entidades entre sí, salvo que, por su naturaleza, tengan la consideración de contratos sujetos a esta Ley”.

*porque ninguna de las partes puede actuar unilateralmente sin el acuerdo de la otra. Estos serían los contratos públicos stricto sensu (ya que lato sensu lo son todos)*<sup>41</sup>. (Paréntesis textual. Subraya la Sala).

En el criterio que la Sala sostiene en este concepto, los contratos interadministrativos corresponderían a los “*de colaboración*” y los convenios interadministrativos estarían enmarcados en los negocios jurídicos de “*cooperación*”, si se siguiera la clasificación que propone el citado jurista español.

Por su parte, Sayagues Lasso afirma que “*los entes públicos pueden vincularse convencionalmente, es decir, por mutuo acuerdo de partes. Cuando el fin que persiguen los entes públicos es coincidente estamos en presencia de convenciones, que una parte de la doctrina denomina acuerdos, mientras que si los finés perseguidos son opuestos se configuran los contratos interadministrativos*<sup>42</sup>. (Ibídem)

En la doctrina italiana, Messineo advierte que una de las distinciones entre los acuerdos y los contratos se da desde el punto de vista de la estructura, toda vez que en aquel el consentimiento o “consenso” es una especie de “peculiar combinación de voluntades”. En el acuerdo, las voluntades no se combinan; “están paralelamente dirigidas a un idéntico y único resultado”<sup>43</sup>.

Finalmente, Menéndez Rexach afirma que la “*singularidad de los convenios interadministrativos de naturaleza contractual radica en que en ellos se mantiene plenamente la igualdad jurídica y la coordinación entre las partes, justamente porque esas relaciones no se insertan en el marco de la relación general de subordinación administración - administrado sino que se producen entre dos sujetos jurídicos que están en plano de igualdad porque ambos actúan en ejercicio del poder público (competencias)*<sup>44</sup> (Subraya la Sala, paréntesis textual).

En síntesis, los convenios interadministrativos son mecanismos de gestión conjunta de competencias administrativas que se instrumentan a través de acuerdos celebrados entre dos o más entidades públicas, en los cuales las contrayentes aúnan esfuerzos para el logro de los fines de la Administración regidos por los principios de coordinación y cooperación sin que ello suponga la cesión de la competencia encomendada a cada una de ellas.<sup>45</sup> Como lo sostuvo la Sala en el Concepto 1881

<sup>41</sup> ENTRENA Cuesta, Rafael. *Consideraciones sobre la Teoría General de los Contratos de la Administración*, RAP 24, 1957, pág. 41.

<sup>42</sup> SAYAGUES Lasso, Enrique. *Tratado de Derecho Administrativo*, Montevideo, 1963, págs. 590 y 591.

<sup>43</sup> Cfr. MESSINEO, F. Op. cit. p. 63.

<sup>44</sup> MENÉNDEZ Rexach, Ángel. *Los convenios entre comunidades autónomas IEAL*, Madrid, 1982, págs. 78 y 79.

<sup>45</sup> “Los convenios se reservan en forma exclusiva para regular mediante acuerdo el cumplimiento de los fines impuestos en la Constitución y la ley. Son convenios interadministrativos los que se celebran

de 2008, es de la esencia del convenio interadministrativo, que cada una de las entidades partes contratantes realice los cometidos estatales a su cargo, “[p]ues es obvio que ninguna puede buscar fines públicos diferentes de aquellos que le fueron expresamente encomendados. En desarrollo de estos convenios, cada uno de los contratantes buscará ejecutar las tareas que le fueron asignadas, sin que esto signifique que necesariamente sea la misma, pues frecuentemente se trata de fines complementarios.”<sup>46</sup>

Para que pueda hablarse de convenios interadministrativos, a más de la voluntad de las partes dirigidas a un resultado, debe tenerse en cuenta la finalidad pública de interés común que las entidades estatales buscan cumplir con el convenio, pues, en el derecho público, al lado de la voluntad, es esencial la finalidad, dado que la “mera liberalidad no puede ser ni causa ni fin”<sup>47</sup> de la actividad contractual de la Administración.

De este modo los convenios interadministrativos puros o genuinos no tienen por objeto prestaciones patrimoniales propias de los contratos o intereses puramente económicos<sup>48</sup> (es decir, destinados a obtener una ganancia). Por eso, según la jurisprudencia de la Corporación:

*“De conformidad con lo anterior los Convenios Institucionales, se podrían definir como todos aquellos acuerdos de voluntades celebrados por la entidad con personas de derecho público, que tienen por objeto el cumplimiento de las obligaciones constitucionales, legales y reglamentarias de la entidad, para el logro de objetivos comunes. Los Convenios pueden no tener un contenido patrimonial, en términos generales y en ellos no se persigue un interés puramente económico. Con ellos se busca primordialmente cumplir con objetivos de carácter general, ya sean estos sociales, culturales o de colaboración estratégica.”*<sup>49</sup>

Así, es viable distinguir entre “convenios interadministrativos” (denominación dada por las partes) de contenido patrimonial, los cuales se someterán al *régimen de los contratos interadministrativos*, y otros que si bien implican obligaciones y responsabilidades para los intervinientes, no tienen un interés puramente económico

---

*entre entidades estatales para aunar esfuerzos que le permitan a cada una de ellas cumplir con su misión u objetivos. Cuando las entidades estatales concurren en un acuerdo de voluntades desprovisto de todo interés particular y egoísta, cuando la pretensión fundamental es dar cumplimiento a obligaciones previstas en el ordenamiento jurídico, la inexistencia de intereses opuestos genera la celebración de convenios. Los convenios celebrados de esta forma deben tener un régimen especial y, por consiguiente, distinto al de los contratos”. PINO Ricci, Jorge. El Régimen Jurídico de los Contratos Estatales, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, Pág. 463.*

<sup>46</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de 30 de abril de 2008, Radicación Número: 1881, Actor: Ministerio de Ambiente Vivienda y Desarrollo Territorial.

<sup>47</sup> Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil, Ídem.

<sup>48</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 23 de mayo de 2012, Exp. 1998-01471.

<sup>49</sup> Ibidem.



(es decir, destinados a obtener una ganancia), al girar en torno solamente a la forma de complementar y articular las funciones de cada entidad, mediante el intercambio de información, el apoyo logístico, la facilitación de infraestructuras, etc., para mejorar la eficiencia de la gestión pública, así como la utilización conjunta de medios y servicios públicos en el ámbito de los principios constitucionales de economía, celeridad y eficacia para el logro del bien común.

Lógicamente, en los convenios interadministrativos propiamente dichos, es posible que cada entidad incurra en costos y gastos<sup>50</sup>, y en ejecución de su propio presupuesto para cumplir sus funciones y los compromisos adquiridos para con la otra, razón por la cual bien pueden comprender la asunción de aportes económicos o financieros, pero sin que su objeto esencial lo constituyan prestaciones propias de los contratos interadministrativos, o el pago un precio o una remuneración por un servicio prestado o por un bien adquirido o por una obra realizada por una a favor de la otra, pues en tales eventos se estará en presencia de verdaderos contratos, tal y como lo ha señalado la Sección Tercera del Consejo de Estado:

*“En tal sentido, si bien es cierto que en la práctica de las relaciones que se establecen en desarrollo de las actividades de la Administración se suele utilizar en algunas oportunidades la misma denominación, ‘convenios interadministrativos’, para calificar otro tipo de negocios que no corresponden a su naturaleza y efectos –como los acuerdos interorgánicos y como aquellos en los que se presenta un concurso de voluntades, pero que no generan obligaciones susceptibles de ser exigidas jurídicamente– 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.”<sup>51</sup> (Subraya la Sala).*

De otra parte, es 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,

---

<sup>50</sup> Por ejemplo, en el derecho español, la Ley 40 de 2015, “Régimen jurídico del sector público”, dispone en el artículo 48 -“Requisitos de validez y eficacia de los convenios”-, lo siguiente: “(...) 4. La gestión, justificación y resto de actuaciones relacionadas con los gastos derivados de los convenios que incluyan compromisos financieros para la Administración Pública o cualquiera de sus organismos públicos o entidades de derecho público vinculados o dependientes que lo suscriban, así como con los fondos comprometidos en virtud de dichos convenios, se ajustarán a lo dispuesto en la legislación presupuestaria”// 5. Los convenios que incluyan compromisos financieros deberán ser financieramente sostenibles, debiendo quienes los suscriban tener capacidad para financiar los asumidos durante la vigencia del convenio// 6. Las aportaciones financieras que se comprometan a realizar los firmantes no podrán ser superiores a los gastos derivados de la ejecución del convenio (...).” (Resalta la Sala).

<sup>51</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 23 de junio de 2010, Exp. 1998-00261.

celeridad, entre otros)<sup>52</sup>, 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<sup>53</sup>. 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.

Estima la Sala que el punto de partida lo constituirán las normas de dicho Estatuto que de manera general ordenan las declaraciones de voluntad negocial de las entidades estatales como son el consentimiento y los efectos de las obligaciones, las cuales se rigen por el derecho privado según los artículos 13 y 40 de la Ley 80 de 1993. Asimismo, las normas de derecho público que están relacionadas con la capacidad o competencia de las entidades estatales para celebrar acuerdos de voluntades y que incluyen el régimen de inhabilidades, incompatibilidades y conflictos de interés, también les resultarán aplicables.

Sin embargo, las normas de derecho público que ponen a la Administración contratante en una posición de superioridad sobre el contratista, como son por ejemplo las cláusulas excepcionales al derecho común, no serán de recibo en los convenios interadministrativos propiamente dichos, por expresa prohibición del artículo 14 de la Ley 80 de 1993. En lo que refiere a otras decisiones unilaterales, tales como las declaratorias de incumplimiento, la imposición y recaudo directo de multas y cláusulas penales y la efectividad de las garantías, la Sala analizará más adelante su procedencia en los mencionados convenios.

Finalmente, cabe entender que la excepción a la licitación pública prevista en el literal c. del numeral 4 del artículo 2 la Ley 1150 de 2007, modificada por los artículos 92 y

---

<sup>52</sup> C.P. “Artículo 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones...”.

<sup>53</sup> “En el convenio nadie tiene interés patrimonial, en el contrato sí, quien hace las veces de contratista quiere ganar. De ahí que podamos decir que mientras que en el convenio los dos intereses son públicos, en el contrato uno de ellos es privado, como que la motivación para contratar es el lucro (...) en el contrato siempre el interés patrimonial es su motor...” HERRERA Benjamín, citado por EXPÓSITO Vélez, Op. Cit. pág. 363.

95 de la Ley 1474 de 2011, también cobija a los convenios interadministrativos<sup>54</sup>, máxime cuando en su objeto solo están interesadas siempre dos entidades de naturaleza pública, debiéndose en todo caso cumplir los demás requisitos establecidos en la citada disposición.<sup>55</sup>

### 3. Conclusiones sobre los contratos y convenios interadministrativos

Si bien las nociones “contrato” y “convenio” interadministrativo tienen notas comunes como la de ser acuerdos de voluntades generadores de obligaciones entre entidades estatales, también resulta incontrovertible que tienen naturaleza, finalidad y características disímiles como son:

- a. El objeto de los *contratos* lo constituyen obligaciones de contenido patrimonial y, por lo mismo, son onerosos, lo que implica el gravamen de cada parte en beneficio de la otra. En el contrato, como verdadero acuerdo de voluntades productor de efectos jurídicos, las partes actúan con intereses disímiles y contrapuestos; la entidad estatal contratante en un *interés público*, la entidad estatal contratista en su *propio interés específico económico o de índole privado* (es claro que una entidad estatal, puede y debe obtener ganancias, o generar valor respecto de su patrimonio, productos o actividad, si así lo autoriza su objeto social, o las funciones que le haya otorgado la ley);
- b. Los *convenios* no tienen un interés puramente económico (es decir, destinados a obtener una ganancia) y su objeto es ejecutar actividades que contribuyen directamente al fin común de los sujetos vinculados al convenio; es decir, las partes tienen intereses convergentes, coincidentes o comunes (cumplimiento de funciones administrativas o prestación de servicios a su cargo que coinciden con el interés general) y cooperan para alcanzar en forma eficaz la finalidad estatal prevista en la Constitución o la ley sin que por esto se reciba por ninguna de ellas el pago de un precio o contraprestación;

---

<sup>54</sup> “A pesar de que la norma se refiera a los “contratos interadministrativos” de forma expresa, ello no quiere decir que la excepción a la licitación pública sólo se aplique a los contratos y no a los convenios, pues ello llevaría al absurdo de pensar que un convenio, cuyo objeto y finalidad sólo interesa a la administración, deba ser celebrado siguiendo el procedimiento de licitación pública, en el cual sólo será proponente la administración interesada.” SANTOS Rodríguez, Jorge Enrique, op. cit., pág. 16.

<sup>55</sup> En armonía con lo anterior el Decreto 1082 de 26 de mayo de 2015, “[p]or medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del sector Administrativo de Planeación Nacional, en el artículo 2.2.1.2.1.4.4.”, bajo el título de “convenios o contratos interadministrativos” señala que la modalidad de selección para la contratación entre Entidades Estatales es la contratación directa, norma reglamentaria que obviamente debe entenderse sin perjuicio de los supuestos legales consagrados en el literal c. del numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, modificada por los artículos 92 y 95 de la Ley 1474 de 2011, según los cuales los contratos interadministrativos con ciertos tipos contractuales no son susceptibles de ser contratados directamente con determinadas entidades públicas sino por licitación pública o selección abreviada, según fue ya analizado.

- c. Los intereses de los que son titulares las partes (entidades públicas contrayentes) y las finalidades que persiguen alcanzar, en virtud del ánimo de cooperación, indican que en los *convenios* las partes se relacionan en un paralelismo de intereses bajo un ámbito o posición de igualdad o equivalencia, en tanto que los contratos, dados los intereses y finalidades analizadas, se desarrollan en un ámbito de preeminencia o superioridad jurídica de la entidad estatal contratante respecto de la entidad contratista y, por lo mismo, podrá haber prerrogativas a favor de una de las partes. De esta manera, en el contrato *“se puede identificar contratante y contratista, y el segundo, aunque persona pública, tiene intereses y está en un mercado de forma similar a como lo hace un particular”*.<sup>56</sup>
- d. La expresión “entidad ejecutora” utilizada por la Ley 1150 de 2007, no es una simple modificación de forma ni resulta intrascendente, sino que se trata de un cambio sustancial e importante, por cuanto implica, de una parte, que la actividad del proponente (entidad estatal) en todos los casos debe ser congruente con el objeto del contrato interadministrativo a celebrar; y de otra, que cuando sea el resultado de una licitación pública o selección abreviada, debe aquel someterse a las reglas fijadas por la Administración en la respectiva modalidad por convocatoria pública, de manera que, en virtud del derecho de igualdad que rige los procedimientos de selección, no puede alegar excepciones o tratos diferentes por su condición de entidad estatal, ya que simplemente será un proponente más. Es preciso recordar que los procesos de selección están sometidos de principio a fin al derecho administrativo, en el cual es evidente la preeminencia de la posición jurídica de la Administración que tiene a su cargo el desarrollo del proceso de contratación sobre los proponentes;
- e. La noción contrato interadministrativo en manera alguna está supeditada a los procedimientos de selección empleados para su celebración, específicamente el de contratación directa, pues la naturaleza jurídica de tales contratos corresponde a la calidad pública de las partes contrayentes y los elementos analizados en precedencia, es decir, un acuerdo de voluntades celebrado entre dos entidades de carácter estatal, productor de efectos jurídicos en el marco de una relación jurídica patrimonial para el cumplimiento de los fines estatales, sin que para deducir esa naturaleza sea relevante el medio previsto por el legislador para seleccionar al contratista;
- f. Bajo la Ley 80 de 1993, la regla general es la libre competencia en un mercado que sería el de la contratación estatal por lo que quienes aspiren a ser colaboradores de la Administración como contratistas deben encontrarse en

---

<sup>56</sup> SANTOS Rodríguez, Jorge Enrique, op. cit., pág. 11.

igualdad de condiciones; de allí que, si una entidad estatal voluntariamente participa en dicho mercado, no puede tener privilegios en razón de su calidad;

- g. Si bien las obligaciones que surgen de los contratos y convenios son vinculantes, los medios con los que se cuenta para hacerlas efectivas difieren, en la medida en que en los convenios, en virtud del plano de igualdad en que se ejecutan, no pueden existir cláusulas excepcionales al derecho común (artículo 14 parágrafo, Ley 80 de 1993), ni potestades unilaterales para una de las partes, mientras que en los contratos, dado el ámbito de subordinación, no puede descartarse *prima facie* el ejercicio de potestades autorizadas por la ley a favor de la entidad estatal contratante;
- h. Al intervenir como partes las entidades estatales, el régimen jurídico de los contratos interadministrativos es el previsto, en principio, en el 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), de derecho público para determinadas materias (*i.e.* competencia, voluntad, forma y contenido, entre otros aspectos) y, de otro lado, de derecho privado (*i.e.* consentimiento, efectos de las obligaciones, objeto en los casos no previstos en la Ley 80, entre otros). Con todo, deberá examinarse en cada caso concreto si alguna de las entidades estatales está sometida a un régimen de contratación especial, que la exceptúe de la aplicación del señalado estatuto y,
- i. Dada la naturaleza jurídica explicada de los convenios interadministrativos, las reglas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública no resultan de aplicación automática a esos convenios. En tal virtud, en cada caso concreto deberá analizarse, de conformidad con la naturaleza jurídica, objeto y finalidad de los convenios, si la disposición correspondiente del Estatuto Contractual es aplicable o no.

A título de ejemplo las normas de derecho público que están relacionadas con la capacidad de las entidades estatales para celebrar acuerdos de voluntades y que incluyen el régimen de inhabilidades, incompatibilidades y conflictos de interés son, en principio, de obligatoria observancia, en los convenios interadministrativos, mientras que aquellas que ponen a la Administración contratante en una posición de preeminencia sobre el contratista como son las cláusulas excepcionales al derecho común, no resultarán aplicables en los mismos.

Realizada la distinción conceptual entre contratos y convenios interadministrativos, la Sala resaltará en los apartes siguientes las consecuencias que de ella se derivan, en particular los medios de los que dispone la entidad contratante para hacer cumplir el objeto contractual, así como la manera en que las partes de un convenio interadministrativo pueden allanarse a cumplir.

### **C. El cumplimiento de los contratos y convenios interadministrativos. Prerrogativas de la Administración para el logro de sus objetivos.**

#### **1. El cumplimiento como derecho y deber de las entidades estatales para asegurar los fines de la actividad contractual estatal. El incumplimiento.**

El cumplimiento de las obligaciones contractuales, también denominado pago, se define en el artículo 1626 del Código Civil como *“la prestación de lo que se debe”*, el cual según el artículo 1627 de la misma obra *“se hará bajo todos respectos en conformidad al tenor de la obligación”*.

De esta suerte la congruencia entre el deber de conducta del deudor, ejecutado en la forma en que el título y la ley lo ordenan –obligación– y la respectiva satisfacción del acreedor de la prestación de dar, hacer o no hacer que emana del mismo -derecho-, en las circunstancias de tiempo, modo y lugar, constituyen el cumplimiento del contrato; dicho de otro modo, el cumplimiento es la conformidad o congruencia de la conducta descrita en el contrato como debida y esperable por el acreedor con la efectivamente desplegada por el deudor. Así, el artículo 1625 C.C. define que, una vez que se haya cumplido con la obligación correspondiente, esta se extinguirá y el deudor recobrará su libertad respecto del acreedor (la denominada *solutio*).

A su turno, el incumplimiento corresponde a la hipótesis inversa de aquella que se acaba de exponer, esto es, consiste en aquel hecho objetivo en desviación o contrariedad del programa de prestación contenido en el contrato por la conducta culposa o no desplegada por el deudor en el cumplimiento de sus obligaciones o por un acontecimiento propio o externo a este pero que frustra el interés del acreedor.

Es decir, el incumplimiento del contrato estatal es un hecho contrario a derecho y se configura cuando la conducta de una de las partes del contrato no se ajusta al contenido de la prestación en las condiciones de tiempo, modo y lugar y demás aspectos convenidos, bien porque no se realiza definitivamente la prestación a su cargo, o se hace con retraso o defectuosamente, lo que contraviene el interés y lesiona el derecho de crédito de la otra parte cumplida que se protegen por el orden jurídico. Por tanto, es una conducta antijurídica o actuación, abstención, hecho u omisión en infracción a la ley del contrato (artículo 1602 C.C.) y en vulneración de los principios de la autonomía de la voluntad, de la buena fe (arts. 1603. C.C. 871 C. co.) y de la reciprocidad de las prestaciones (artículos 23, 27, 28 y 32 de la Ley 80 de 1993), y genera en la contratación estatal responsabilidad civil, disciplinaria y penal (artículos 26, 50 y ss. de la Ley 80 de 1993).

Ha de advertirse que, si bien no se encuentra en la ley una definición de incumplimiento contractual, a ella se llega con fundamento en la misma por valoración

contraria o negativa de la fuerza obligatoria del contrato (artículo 1602 C.C.), de la ocurrencia y forma del pago de la obligación y de este como medio de extinción del vínculo (artículos 1625, 1626 y 1627 C.C.).

Además, su noción se deduce desde el ángulo de las formas que puede revestir el incumplimiento cuando se hace referencia en los artículos 1613 y 1614 C.C. a la indemnización de perjuicios que surgen del deber de reparar (responsabilidad) en caso de lesión del derecho del crédito de una de las partes por violación a la ley del contrato por la otra; en efecto, en dichos preceptos se expresa que hay lugar a reconocer el daño emergente y el lucro cesante en los casos de *“no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento”*. Coincide este enfoque con los *Principios de Unidroit*, cuando en estos se señala que *“el incumplimiento consiste en la falta de ejecución por una parte de algunas de sus obligaciones contractuales, incluyendo el cumplimiento defectuoso o el cumplimiento tardío”*.<sup>57</sup>

Ahora bien, el legislador estableció en la Ley 80 de 1993 las reglas y principios que rigen los contratos estatales (art. 1º), y determinó, al señalar los fines de la contratación estatal, que los servidores públicos deben tener en consideración al celebrarlos y durante su ejecución, el cumplimiento de ellos, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos o intereses de los administrados que les colaboran en la consecución de dichos fines (art. 3º), para lo cual a las entidades se les asignan precisos derechos y deberes (art. 4 Ley 80 de 1993).

Concordante con lo anterior, en la contratación estatal, en aras de lograr la ejecución de los acuerdos de voluntades generadores de obligaciones y, por ende, la realización y obtención de los fines de la contratación, las entidades estatales deben exigir del contratista la *“ejecución idónea y oportuna del objeto contratado”* (artículo 4, Ley 80 de 1993), esto es, su cumplimiento de acuerdo con las exigencias materiales, técnicas y financieras pactadas y, por su parte, los contratistas deben colaborar con las *“entidades contratantes en lo que sea necesario para que el objeto contratado se cumpla y éste sea de la mejor calidad”* (artículo 5, num. 2, *ibídem*). Correlativamente, el contratista tiene, entre otros, principalmente el *“derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato”* y, en consecuencia, *“a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida”* (artículo 5, num. 1, *ibídem*)

Sin embargo, un contrato estatal válidamente celebrado puede ser incumplido por una de las partes o por ambas cuando no satisfacen las obligaciones que están a su cargo (riesgo de cumplimiento). Desde esta perspectiva, como lo normal es que el deudor

---

<sup>57</sup> Art. 7.1.1, *Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales*, 2004.

cumpla el contrato ejecutando su objeto debido en el tiempo, modo y lugar convenidos y lo anormal es que incumpla, el incumplimiento constituye el riesgo general o la incertidumbre propia de todo contrato, y en caso de que se presente, genera un daño a la parte cumplida, de donde nace el deber de reparar a esta los perjuicios irrogados por el contraventor.

Este supuesto puede darse cuando las partes de dicho contrato son una entidad estatal contratante y un particular contratista que actúa como colaborador de la Administración, posibilidad que no puede descartarse cuando las partes del contrato son entidades públicas, es decir, cuando se está en presencia de un contrato interadministrativo. Tampoco puede excluirse la posibilidad de que una de las partes de un convenio interadministrativos lo incumpla.

Así las cosas, en atención al objeto de la consulta, el cual está referido a dilucidar los medios con los que cuenta una entidad estatal para exigir el cumplimiento de los contratos y convenios interadministrativos en los que es parte, la Sala estudiará a continuación lo relativo a las prerrogativas de la Administración contratante en tales negocios jurídicos.

## **2. Las prerrogativas y potestades de la Administración. Dirección general, control y vigilancia del contrato a cargo de la entidad estatal contratante.**

El interés público que se pretende satisfacer con el contrato estatal depende de que el contratista cumpla a cabalidad con las obligaciones del contrato: la construcción de la obra, la prestación de los servicios o el suministro de los bienes en las condiciones pactadas.

Por esta razón, el ordenamiento jurídico a la vez que le otorga el derecho y le impone el deber a la Administración, como titular del poder del *imperium* y gestora del interés público, para asegurar los fines de la actividad contractual, les confiere una serie de prerrogativas y potestades que le permiten la adopción de medidas de corrección, compulsivas, sancionatorias y resolutorias, para asegurar el efectivo cumplimiento de las obligaciones del contratista.<sup>58</sup>

---

<sup>58</sup> “Los poderes exorbitantes de la entidad administrativa contratantes o los privilegios de decisión unilateral, como los llaman algunos tratadistas (Miguel A. BERÇAITZ, *Teoría General de los Contratos Administrativos*, Edit. Depalma, Buenos Aires, 1980) miran la correcta ejecución del contrato y se encuentran limitados por ese fin. Para ello puede dar órdenes, imponer multas para presionar o impulsar esa ejecución, interpretar cláusulas en cuyo entendimiento existan discrepancias, y si estas medidas coercitivas no logran el fin buscado podrá sustituir el contrato, ejecutándolo directamente o haciéndolo por otro y hasta terminarlo, cuando el incumplimiento sea de tal envergadura que haga imposible su ejecución o cause perjuicios a la entidad pública...”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 11 de diciembre de 1989, Exp. No. 5334.



Se trata de un conjunto de poderes que le permiten ejercer la dirección, control y vigilancia de la Administración para hacer prevalecer el interés público y lograr el cabal cumplimiento del contrato, en el entendido, además, de que el contratista es un colaborador suyo en el logro del cometido estatal que se busca con la contratación, de manera que no le es permitido a la entidad contratante desligarse de la forma como realiza aquella labor encomendada en el contrato y, por el contrario, está en el deber de tener una conducta activa, fiscalizadora y vigilante de la ejecución idónea, efectiva, íntegra y oportuna de las obligaciones contractuales.

Los poderes o potestades o facultades exorbitantes tienen fundamento en el interés público; son extrañas al derecho común o si bien no son ajenas totalmente a este se transforman o adaptan en la contratación estatal en aplicación de los principios y reglas que rigen esta expresión de la función administrativa; se fundamentan en el orden público y son inalienables, irrenunciables, intransmisibles y de interpretación restrictiva y se encuentran delimitados material y temporalmente, debiendo adoptarse mediante actos administrativos motivados y proporcionales, que pueden ser ejecutados sin necesidad de acudir al juez, aunque no resultan discrecionales y están sujetas a control judicial.

Como lo ha manifestado esta Sala<sup>59</sup>, dentro de las potestades estatales en asuntos contractuales se distinguen las cláusulas excepcionales, antes denominadas exorbitantes, originadas en el poder administrativo, otorgadas por la ley a las autoridades (*ex lege*), de las llamadas cláusulas de privilegio y de las cláusulas especiales surgidas de las estipulaciones contractuales (*ex contractus*) emanadas de su condición de parte contratante, las cuales a pesar de tener origen en potestades otorgadas por la ley, suponen su integración al contenido contractual y están *“caracterizadas por ser estipulaciones que si bien denotan algún tipo de ventaja para la entidad estatal contratante, no operan bajo el mismo rigor de las cláusulas excepcionales, por no constituir materia enteramente ajena a la contratación privada”*. Entre las primeras se agrupan las de interpretación, modificación, terminación y declaración de caducidad; en las segundas se consideran las cláusulas de reversión y garantías; y en las terceras las de multas y cláusulas penales pecuniarias. Finalmente, se menciona otras actuaciones privilegiadas de la Administración entre las cuales se encuentran la liquidación unilateral y la terminación por nulidad absoluta.

Existe además a favor de la Administración el poder de dirección, control y vigilancia de los contratos propiamente dicho, el cual no se agota con el otorgamiento de unos poderes coercitivos y sancionatorios, sino que comprende, entre otros, los de formular orientaciones, impartir instrucciones y órdenes, resolver dudas o discrepancias, etc.

---

<sup>59</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de 14 de diciembre de 2000, Exp. n.º 1293, Actor: Ministerio del Interior.

En efecto, el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, al establecer los medios que pueden utilizar las entidades estatales al celebrar un contrato para el cumplimiento del objeto contractual y de los fines de la contratación, indica que tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato; y, 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 autorizados por la norma, 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, para lo cual pactarán las “cláusulas excepcionales al derecho común” de:

**i)** Interpretación unilateral<sup>60</sup>;

**ii)** Modificación unilateral<sup>61</sup>;

**iii)** Terminación unilateral<sup>62</sup>;

**iv)** Caducidad<sup>63</sup>;

**v)** Reversión, y

---

<sup>60</sup> Ley 80 de 1993: “Artículo 15. Si durante la ejecución del contrato surgen discrepancias entre las partes sobre la interpretación de algunas de sus estipulaciones que puedan conducir a la paralización o a la afectación grave del servicio público que se pretende satisfacer con el objeto contratado, la entidad estatal, si no se logra acuerdo, interpretará en acto administrativo debidamente motivado, las estipulaciones o cláusulas objeto de la diferencia.”

<sup>61</sup> Ley 80 de 1993: “Artículo 16. Si durante la ejecución del contrato y para evitar la paralización o la afectación grave del servicio público que se deba satisfacer con él, fuere necesario introducir variaciones en el contrato y previamente las partes no llegan al acuerdo respectivo, la entidad en acto administrativo debidamente motivado, lo modificará mediante la supresión o adición de obras, trabajos, suministros o servicios.

Si las modificaciones alteran el valor del contrato en un veinte por ciento (20%) o más del valor inicial, el contratista podrá renunciar a la continuación de la ejecución. En este evento, se ordenará la liquidación del contrato y la entidad adoptará de manera inmediata las medidas que fueren necesarias para garantizar la terminación del objeto del mismo.”

<sup>62</sup> Ley 80 de 1993: “Artículo 17.- La entidad en acto administrativo debidamente motivado dispondrá la terminación anticipada del contrato en los siguientes eventos:

1. Cuando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo imponga.
2. Por muerte o incapacidad física permanente del contratista, si es persona natural, o por disolución de la persona jurídica del contratista.
3. Por interdicción judicial o declaración de quiebra del contratista.
4. Por cesación de pagos, concurso de acreedores o embargos judiciales del contratista que afecten de manera grave el cumplimiento del contrato...”

<sup>63</sup> Ley 80 de 1993: “Artículo 18.- La caducidad es la estipulación en virtud de la cual si se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización, la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado lo dará por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre...”

- vi)** Sometimiento a las leyes nacionales previstas en los artículos 14 a 20 de la Ley 80 de 1993.

El pacto de las cláusulas excepcionales se sujeta a la categoría de contratos que indica la norma<sup>64</sup> y siempre que en su ejercicio se mantengan las condiciones técnicas, financieras y económicas pactadas en favor del contratista, so pena de que surja el deber de reparación o indemnización de perjuicios a favor de este, en los términos señalados en la ley.

Adicionalmente, al régimen jurídico de exorbitancia a favor de la Administración anterior deben sumarse también otros poderes, potestades o privilegios de decisión unilateral cuyo ejercicio tiene como común denominador con las precedentes la competencia administrativa legalmente asignada (es decir, tienen su fuente en la ley o con autorización de ella por estipulación en el contrato) y la consecuente expedición de actos administrativos con el fin de garantizar la prevalencia y protección del interés público en la actividad contractual del Estado, a saber:

- i)** La imposición unilateral de multas para conminar el cumplimiento, siempre que estén previamente pactadas entre las partes (artículos 17 de la Ley 1150 de 2007 y 86 de la Ley 1474 de 2011);
- ii)** La declaratoria de incumplimiento para hacer efectiva la cláusula penal previamente pactada (artículos 17 de la Ley 1150 y 86 de la Ley 1474 de 2011);
- iii)** La declaratoria de incumplimiento para hacer efectiva la garantía por ocurrencia del siniestro (artículos 7<sup>65</sup> y 17 de la Ley 1150 y 86 de la Ley 1474 de 2011);

---

<sup>64</sup> El artículo 14 (num. 2) de la Ley 80 de 1993 dispone que serán de inclusión obligatoria las cláusulas excepcionales de terminación, interpretación y unilaterales, así como la de caducidad administrativa en los contratos que tengan por objeto el monopolio de una actividad estatal, la prestación de servicios públicos, la ejecución de obras públicas y la explotación de concesión de bienes del Estado. A su vez, la misma norma permite incluirlas en los contratos de suministro y de prestación de servicios. Y finalmente los prohíbe en los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia, en los interadministrativos; en los de empréstito, donación, 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 ese 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, y si se incluyen en estos casos o en relación con otros tipos que no enuncia la norma en el catálogo de autorizaciones habrá nulidad absoluta de la cláusula.

<sup>65</sup> El artículo 7 –inciso 5- de la Ley 1150 de 2007, estableció expresamente esta facultad al indicar que “...El acaecimiento del siniestro que amparan las garantías será comunicado por la entidad pública al respectivo asegurador mediante la notificación del acto administrativo que así lo declare...”

- iv) La liquidación unilateral del contrato (artículos 11 de la Ley 1150 de 2007 y 164 num. 2 literal j. de la Ley 1437 de 2011)<sup>66</sup>; y
- v) La terminación unilateral por nulidad absoluta en los casos previstos en los artículos 44 y 45 de la Ley 80 de 1993.<sup>67</sup>

En otros términos, la Administración se encuentra en una especial posición de mando *-imperium-* del contrato estatal, privilegiada o de superioridad jurídica y, el contratista en una relación de subordinación frente a ella. Ciertamente, el ordenamiento jurídico otorga a la Administración un conjunto de privilegios y prerrogativas de poder público con el fin de hacer prevalecer y proteger el interés general en la actividad contractual frente al interés particular, rompiendo así el principio de igualdad entre las partes. Son poderes que se manifiestan con la expedición de actos reguladores denominados “autotutela declarativa”, dictados por razones de interés público, que tienen la característica de corresponder al privilegio de la decisión previa y ejecutoria en favor de la Administración, y según los cuales, esta puede regular directamente sus relaciones jurídicas o situaciones con los contratistas, sin necesidad de acudir a la jurisdicción, y también, sin perjuicio de que el contratista pueda acudir al control de legalidad en sede judicial.<sup>68</sup>

Ahora bien, la Sala entiende que si los contratos y convenios interadministrativos tienen una naturaleza jurídica y por ende tales nociones no pueden asimilarse (como tradicionalmente ha ocurrido hasta el momento), es posible que surja la inquietud sobre la procedencia o no de las “cláusulas” excepcionales en los *contratos interadministrativos* en los que la entidad estatal contratante se encuentra en un plano de preeminencia jurídica como titular de competencias públicas sobre la entidad estatal contratista, problemática que deberá analizarse en otra oportunidad según la situación fáctica concreta que se presente, toda vez que no fue objeto de la consulta que con este concepto se resuelve.

---

<sup>66</sup> Ley 1150 de 2007, “Artículo 11. Del plazo para la Liquidación de los contratos. (...). 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.”. (Se resalta). Ha sostenido la jurisprudencia que se trata de un poder exorbitante de la administración. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencias de 10 de junio de 2009, Exp. n.º 36.252; de 14 de abril de 2010, Exp. n.º 17.322; de 25 de agosto de 2011, Exp. n.º 14.461; de 19 de octubre de 2011, Exp. n.º 18.082; de 30 de enero de 2013, Exp. n.º 23519 y de 18 de julio de 2012, Exp. n.º 21483.

<sup>67</sup> “Artículo 45. De la Nulidad Absoluta. (...) En los casos previstos en los numerales 1o. 2o. y 4o. del artículo anterior, el jefe o representante legal de la entidad respectiva deberá dar por terminado el contrato mediante acto administrativo debidamente motivado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre”. Se trata de una potestad que le permite a la entidad extinguir el vínculo jurídico sin acudir a la jurisdicción. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto de 15 de agosto de 2002, Exp. No. 20923.

<sup>68</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de 14 de diciembre de 2000, Exp. n.º 1293, Actor: Ministerio del Interior.

En consecuencia, corresponderá a la Sala realizar el análisis particular en relación con las potestades unilaterales de declaratoria de incumplimiento, imposición de multas pactadas, efectividad de la cláusula penal y de las garantías previstas en los artículos 7 y 17 de la Ley 1150 de 2007 y 86 de la Ley 1474 de 2011, en los contratos y convenios interadministrativos, en los términos del problema jurídico identificado al comienzo de este concepto.

#### **D. Procedencia en los contratos y convenios interadministrativos de la imposición unilateral de multas y declaratoria unilateral de incumplimiento para la efectividad de la cláusula penal y las garantías**

##### **1. Las multas y su imposición unilateral. Reiteración de la doctrina de la Sala**

En el Concepto 2157 de 2013<sup>69</sup>, la Sala tuvo oportunidad de realizar un análisis en relación con las multas y su imposición unilateral, tanto en el Decreto Ley 222 de 1983, como en la Ley 80 de 1993, así como la evolución jurisprudencial en la materia que llevó a las modificaciones introducidas inicialmente por la Ley 1150 de 2007 en su artículo 17 y luego por la Ley 1474 de 2011 en el artículo 86, motivo por el cual se remite a lo allí expuesto y se concentrará, en esta oportunidad, en dilucidar si las potestades unilaterales previstas en los citados artículos 17 y 86 de las leyes aludidas, respectivamente, son procedentes en los contratos y convenios interadministrativos.

Retomando el estudio realizado por la Sala en el citado concepto y a manera de ilustración para enfocarse en la consulta que ahora debe resolver, se tiene:

*i)* En un contrato estatal era posible incluir multas como una manera de conminar o apremiar al deudor para el cumplimiento de las obligaciones emanadas del contrato, bien sea porque la ley lo exigía (Decreto Ley 222 de 1983), ora por pacto de las partes en desarrollo de la autonomía de la voluntad (Ley 80 de 1993);

*ii)* El establecimiento y pacto de multas como una medida coercitiva contractual, debe distinguirse de la imposición unilateral de las mismas por parte de la entidad estatal contratante, así como de la posibilidad de hacerlas efectivas directamente. Mientras la estipulación de las multas obedece y dimana de la autonomía de la voluntad, una vez pactadas su imposición unilateral en acto administrativo es una prerrogativa exorbitante de la Administración en ejercicio de una competencia administrativa que debe estar prevista expresamente en la ley;

---

<sup>69</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de 10 de octubre de 2013, Exp. n.º 2157, Actor: Ministerio de Transporte .

**iii)** Desde esta perspectiva, la imposición unilateral de multas al tratarse de una competencia pública debe fundarse en el principio de legalidad previsto en los artículos 6, 121 y 122 C.P, como postulado esencial del Estado Social de Derecho y de toda manifestación del poder público, conforme al cual será legítima la actuación de las autoridades en cuanto se desarrolle dentro del preciso ámbito funcional definido por el legislador, proscribiendo las actuaciones de los servidores públicos que impliquen omisión o exlimitación en el ejercicio de sus funciones, y

**iv)** En caso de incumplimiento del contratista y ante la ausencia de ley que otorgue competencia a la Administración para la imposición unilateral de las multas pactadas, deberá acudir directamente al juez del contrato para que declare el incumplimiento y la sanción que de él se derive, sin que que resulte necesario para las partes agotar procedimiento previo alguno.

En consecuencia, bajo la última interpretación jurisprudencial<sup>70</sup> de la Ley 80 de 1993 y antes de la entrada en vigencia de la Ley 1150 de 2007 estaba vedada la posibilidad para la Administración de imponer multas en forma unilateral, por no existir, en principio, la atribución legal que la autorizara para el ejercicio de esa potestad excepcional, y el ordenamiento jurídico tan solo la habilitaba para pactarlas, reservando su imposición al juez del contrato.

La interpretación descrita en precedencia se modificó con la expedición de la Ley 1150 de 2007<sup>71</sup>, que en su artículo 17 restauró expresamente la competencia para la imposición unilateral de las multas pactadas en el contrato estatal, así:

*“Artículo 17. Del derecho al debido proceso. 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.*

<sup>70</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 20 de octubre de 2005, Exp. No. 14579.

<sup>71</sup> “Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993, y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos”.

*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". (Subraya la Sala).*

De la simple lectura de la norma, se advierte que esta tiene fundamento en los principios constitucionales de legalidad y debido proceso que rigen la contratación estatal, y con ella se resolvió la controversia doctrinal y jurisprudencial en la materia, analizada en el Concepto 2157 citado, al indicar expresamente que las entidades estatales tendrán la potestad unilateral de imponer las multas que hayan sido pactadas (autonomía de la voluntad) en los **contratos** estatales, con el objeto de conminar al **contratista** a cumplir con sus obligaciones, decisión administrativa que deberá estar precedida de audiencia del afectado y del agotamiento de un procedimiento mínimo, y que solo procede mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista.

El artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 distingue el establecimiento y pacto de multas de la imposición unilateral de las mismas por parte de la entidad estatal contratante, así como de la posibilidad de hacerlas efectivas directamente.

En síntesis, las multas son medidas sancionatorias de carácter económico o de tipo pecuniario que se imponen al contratista con la finalidad de constreñirlo, presionarlo o apremiarlo, en forma legítima, para que cumpla el contrato, cuando quiera que se observe que no se encuentra oportuno o al día en el desarrollo las obligaciones a su cargo y por ende, esté en mora o retardo conforme a los plazos convenidos o en incumplimiento parcial. No tienen por objeto indemnizar o reparar con su imposición un daño, razón por la cual para su aplicación no se exige la demostración del mismo<sup>72</sup>, sino simplemente se trata de un mecanismo coercitivo ante la tardanza o el incumplimiento parcial del contratista, para compelerlo a que se ponga al día en sus obligaciones y obtener así en oportunidad debida el objeto contractual, pues las reglas de la experiencia indican que al ejercerse este medio de presión se le incita al cumplimiento por temor a la multa, de tal manera que adecuará su conducta a los términos del contrato para evitar que en lo sucesivo ello vuelva a ocurrir por resultarle hartamente gravosa.

Es decir, las multas cumplen una función sancionatoria por expresa disposición del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007<sup>73</sup> y no indemnizatoria, con mayor razón cuando la

---

<sup>72</sup> Consejo de Estado, <sup>72</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, Sentencias de 28 de abril de 2005, Exp. No. 14.393 y de 14 de julio de 2005, Exp. No. 14.289.

<sup>73</sup> También lo ha entendido así la doctrina especializada: "...E) *Potestad sancionadora. Correlativo al poder de control y dirección que tiene la Administración pública en la ejecución del contrato, es la potestad de sanción que también posee, consecuencia de su superioridad jurídica frente al cocontratante en esa ejecución. // Su objeto primordial es actuar en forma compulsiva sobre este (se refiere al contratista) para constreñirlo al más exacto cumplimiento de sus obligaciones.// De ahí que*

infracción contractual reiterada y la consiguiente imposición de multas generan una inhabilidad para contratar con el Estado, de conformidad con el artículo 90 de la Ley 1474 de 2011<sup>74</sup>.

Ahora, si bien las multas proceden en todo tipo de contrato estatal siempre que se hubieren pactado (autonomía de la voluntad), la imposición y la efectividad en forma unilateral de este tipo de sanción contractual por parte de la Administración es una manifestación de esas prerrogativas de control, dirección y coerción, como respuesta al incumplimiento de las obligaciones de los contratistas de sus obligaciones y deberes, razón por la cual en este último aspecto, esto es, la prerrogativa de imponerla por sí y ante sí por medio de acto administrativo, constituye una exorbitancia que debe encontrarse autorizada en la ley, en cumplimiento del principio de legalidad que impera en esta materia.<sup>75</sup>

Las multas así impuestas pueden hacerse efectivas directamente por la Administración, mediante la compensación de las sumas adeudadas al contratista, el cobro de la garantía, o por cualquier otro medio para obtener el pago, entre ellos, a

---

*la particularidad del régimen sancionador del derecho administrativo, totalmente diferente del que existe en el campo del derecho privado, limitado principalmente en este al establecimiento de cláusulas penales, a la indemnización de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento, y en algunas circunstancias, a la rescisión del convenio". Berçaitz, op. cit. págs. 415 – 416.*

<sup>74</sup> Ley 1474 de 2011: "Artículo 90. Inhabilidad por incumplimiento reiterado. Quedará inhabilitado el contratista que incurra en alguna de las siguientes conductas: // a) Haber sido objeto de imposición de cinco (5) o más multas durante la ejecución de uno o varios contratos, durante una misma vigencia fiscal con una o varias entidades estatales//b) Haber sido objeto de declaratorias de incumplimiento contractual en por los menos dos (2) contratos durante una misma vigencia fiscal, con una o varias entidades estatales//c) Haber sido objeto de imposición de dos (2) multas y un (1) incumplimiento durante una misma vigencia fiscal, con una o varias entidades estatales//La inhabilidad se extenderá por un término de tres (3) años, contados a partir de la inscripción de la última multa o incumplimiento en el Registro Único de Proponentes, de acuerdo con la información remitida por las entidades públicas. La inhabilidad pertinente se hará explícita en el texto del respectivo certificado//Parágrafo. La inhabilidad a que se refiere el presente artículo se extenderá a los socios de sociedades de personas a las cuales se haya declarado esta inhabilidad, así como las sociedades de personas de las que aquellos formen parte con posterioridad a dicha declaratoria".

<sup>75</sup> La jurisprudencia del Consejo de Estado la ha considerado como una potestad excepcional o exorbitante en ejercicio de una función administrativa, mediante la expedición de un acto administrativo, tesis que se reiteró en la sentencia del 22 de octubre de 2012, proferida por la Sección Tercera, Radicación 20738, así: "¿La imposición unilateral de multas pactadas, por parte de la entidad estatal contratante, constituye entonces una exorbitancia administrativa?// La respuesta debe ser afirmativa, en concordancia con lo sostenido por la Sala en la sentencia de 20 de octubre de 2005. Sin duda alguna las multas que se analizan, son contempladas por el estatuto de la contratación estatal, como una capacidad de la entidad frente al contratista privado y no viceversa. Es entonces la naturaleza pública de una de las partes del contrato, la que justifica que en virtud de la función de dirección control y vigilancia, resulten procedentes las multas.// La Ley 80 de 1993 como se observó no contempla a la imposición de multas como una cláusula excepcional, pero consagra la posibilidad de que pueda ser pactada. Si en desarrollo de ello, una entidad estatal la impusiera unilateralmente, ésta tendría la posibilidad de recibir un precio, a través de descuentos o cobros ejecutivos, posibilidad ésta que de manera alguna le resultaría viable al contratista...".



través de la jurisdicción coactiva<sup>76</sup>. Es decir, la entidad puede descontarla de los saldos a favor del contratista y siempre que haya una cuenta pendiente por pagar a éste (compensación, art. 1714 C.C.); o acudir a la compañía de seguros o garante con el fin de hacer efectivas las pólizas otorgadas para asegurar el riesgo de incumplimiento del contrato; o mediante cobro coactivo, esto es, se habilita a las entidades para el recaudo ejecutivo y forzado ante sí del monto de aquéllas.

Además, cabe anotar que la disposición prevé que solo podrá imponerse la multa mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista, lo cual significa que se encuentra prevista para incumplimientos parciales y no totales y que procede siempre que el contratista no haya satisfecho en tiempo sus prestaciones, de manera que si al momento de su imposición ya se hubiere corregido el incumplimiento no podría imponerse según lo señalado en la norma legal, en el entendido de que su finalidad es la de garantizar el cumplimiento cabal y oportuno de un contrato constriñendo al contratista a su ejecución en caso de mora o retardo y no procurar unos recursos a título de indemnización.

También quiere decir lo anterior que una vez vencido el plazo de ejecución cesa la facultad aludida, de suerte que su aplicación extemporánea, o sea, la inobservancia de este límite temporal, hace anulable el acto respectivo, al presentarse una forma de incompetencia por razón del tiempo (*ratione temporis*). En efecto, si la multa es una sanción de apremio para que el contratista adecue su conducta al tenor del contrato y satisfaga sin más dilación sus obligaciones, se torna improcedente al terminar el plazo de ejecución del contrato su imposición al contratista incumplido, pues cobra sentido y exigibilidad más bien la obligación de pagar el valor de la cláusula penal pecuniaria.<sup>77</sup>

Es preciso señalar que el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 no limita las causales o razones que pueda estipular la entidad para imponer unilateralmente las multas, y habría que entender aplicable el principio de autonomía de la voluntad para establecer de una parte y aceptar de la otra, los eventos que justifiquen la imposición de la multa y que necesariamente atenderían al mejor cumplimiento del fin del contrato.

De otra parte, se observa que el artículo 17 de la Ley 1150 califica las entidades contratantes que pueden hacer uso de la potestad exorbitante de imposición unilateral de las multas en los contratos estatales: "*las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*", con el objeto de conminar a los "contratistas" (sin calificación) a cumplir con sus obligaciones.

---

<sup>76</sup> Desde la Ley 1066 de 2006 dicha facultad se conoce simplemente como cobro coactivo. Igualmente así se le denomina en el artículo 98 de la Ley 1437 de 2011.

<sup>77</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 13 de agosto de 1987, Exp. n.º 4145.

De esta manera, el sujeto activo de la potestad sancionatoria solo puede ser una entidad estatal “*sometida al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*”, durante la ejecución del correspondiente contrato estatal en que se haya pactado la multa y, frente a cualquier contratista colaborador de la Administración, sin que, en principio, puedan entenderse excluidas *las entidades estatales contratistas*, con mayor razón cuando, según se ha explicado, estas asumen en los contratos interadministrativos la misma posición jurídica que tendría un particular contratista y, por tanto, una de las partes se encuentra en un plano de superioridad en la relación contractual respecto de la otra.

La posibilidad de inclusión de multas en contratos interadministrativos no resulta extraña, ya que no solo se deriva de la interpretación de las normas generales, sino que leyes especiales expresamente han previsto tales sanciones pecuniarias para entidades de derecho público (entidades estatales) que deban celebrar un contrato estatal, por ejemplo, en los contratos para beneficiarse de un Certificado de Incentivo Forestal.<sup>78</sup>

Por último, el restablecimiento de la competencia unilateral de la Administración de imponer las multas pactadas en los contratos estatales, incluyendo los contratos interadministrativos, previsto en la Ley 1150 de 2007, fue reiterado por la Ley 1474 de 2011, al establecer en el artículo 86 un procedimiento para el ejercicio válido de esa potestad, según se explica más adelante.

## **2. Potestad unilateral de “declaratoria de incumplimiento” y efectividad de la cláusula penal**

---

<sup>78</sup> Antes de la vigencia de la Ley 1150 de 2007, el artículo 5 de la Ley 139 de 1994 exigía la celebración de un contrato estatal para la obtención del Certificado de Incentivo Forestal, en los siguientes términos: “*Artículo 5º. Condiciones para el otorgamiento. Son condiciones para el otorgamiento de certificados de incentivo forestal, las siguientes: 6. Celebración de un contrato entre el beneficiario del Certificado de Incentivo Forestal y la entidad competente para la administración y manejo de los recursos naturales renovables y del medio ambiente, en el cual, además de las obligaciones de cumplimiento del Plan de Establecimiento y Manejo Forestal, se pactarán las multas y otras sanciones pecuniarias que se podrán imponer al beneficiario en caso de incumplimiento parcial o total de sus obligaciones contractuales y las garantías que se consideren indispensables, sin perjuicio de las demás cláusulas obligatorias o facultativas previstas en el Decreto 222 de 1983 o en las disposiciones legales que los sustituyan, modifiquen o reformen. Se pactará en el contrato que, como consecuencia del incumplimiento del mismo declarada por la entidad respectiva, se podrá exigir el reembolso total o parcial, según sea el caso, de las sumas recibidas con fundamento en el Certificado otorgado.*” //Por su parte el Decreto 1824 de 1994, al reglamentar el contrato previsto en el citado artículo 5, estableció: “*Artículo 23. Contenido del contrato. El contrato contendrá, además de las estipulaciones generales de los contratos administrativos, las siguientes: (...) 4º. El monto de las multas y de la cláusula penal pecuniaria por el incumplimiento y la forma de hacer efectivos los recaudos de las sumas adeudadas a la entidad.*” //Parágrafo. *No podrá exonerarse de las estipulaciones de que trata este artículo a ninguna entidad de derecho público que pretenda beneficiarse del incentivo forestal por sus proyectos de reforestación.*” (Subraya la Sala).

El artículo 1592 del Código Civil (C.C.) define la cláusula penal como *“aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal”*. Se trata de una obligación accesoria de la prestación principal del contrato pero contenida en una cláusula dentro del mismo, por la cual una de las partes, usualmente el contratista, se compromete ante el incumplimiento del objeto contractual a dar una suma o cantidad de dinero, estimada previamente y, por lo regular, equivalente a la indemnización de daños y perjuicios.

La Sala en el Concepto 1748 de 2006 y la Sección Tercera en copiosa jurisprudencia<sup>79</sup>, han sostenido que la cláusula penal es un cálculo anticipado de perjuicios que hacen las partes por el incumplimiento del contrato (art. 1600 CC)<sup>80</sup>; pactada la cláusula penal no es necesario acreditar dichos perjuicios por parte del acreedor, por lo que solo deberá probarse la infracción a las obligaciones contractuales por el deudor (art. 1599 C.C<sup>81</sup>), sin perjuicio del derecho a la proporcionalidad en su imposición, según el cual la pena es susceptible de reducción cuando el incumplimiento de la obligación por el deudor resulta parcial y así lo ha aceptado el acreedor (artículos 1596 C.C. y 867 C. Co.).

Por consiguiente, la pena consiste, precisamente, en que de antemano se han fijado por las partes los perjuicios por la inejecución o la ejecución tardía o defectuosa de los deberes contractuales, lo que significa que ante la violación del contrato se releva al acreedor de la carga de probar la existencia del daño y el monto del resarcimiento del mismo. En todo caso, su aplicación no se opone a que puedan demandarse ante el juez del contrato los mayores perjuicios que se causen, aun cuando, por regla general, habrá de tenerse en cuenta que no se puede pedir la pena y la indemnización de perjuicios al tiempo, sino excepcionalmente, como ocurre en las hipótesis previstas en el artículo 1594 del Código Civil<sup>82</sup>.

---

<sup>79</sup> Ver, entre otras, las sentencias de 7 de octubre de 2009, Exps. n.º 17.936 y 18.496.

<sup>80</sup> La ley -art. 1592 C.C. transcrito- no señala expresamente que la cláusula penal sea un cálculo anticipado de perjuicios, sino la doctrina y la jurisprudencia con acentuada influencia francesa así lo han entendido con base en el artículo 1600 del C.C., que establece, salvo pacto expreso, la posibilidad de exigir el valor de la pena o la indemnización pero no ambas al tiempo, petición sujeta en todo caso a que no se exceda del doble de la obligación, según el art. 1601 *ibídem*.

<sup>81</sup> C.C: *“Art. 1599. Habrá lugar a exigir la pena en todos los casos en que se hubiere estipulado, sin que pueda alegarse por el deudor que la inejecución de lo pactado no ha inferido perjuicio al acreedor o le ha producido beneficio.”*

<sup>82</sup> C.C: *“Art. 1594.- Antes de constituirse el deudor en mora, no puede el acreedor demandar a su arbitrio la obligación principal o la pena, sino sólo la obligación principal; ni constituido el deudor en mora, puede el acreedor pedir a un tiempo el cumplimiento de la obligación principal y la pena, sino cualquiera de las dos cosas a su arbitrio; a menos que aparezca haberse estipulado la pena por el simple retardo, o a menos que se haya estipulado que por el pago de la pena no se entienda extinguida la obligación principal.”*

Al entrar a regir la Ley 80 de 1993 la cláusula penal, como ocurrió con el tema de las multas, suscitó igual inquietud en relación con el mantenimiento de esta cláusula y del poder exorbitante de la Administración de hacerla efectiva unilateralmente, razón por la cual aplica también lo explicado a propósito de aquellas.

En vigencia del precitado Decreto 222 de 1983, el artículo 72 disponía que, “[e]n todo contrato que no fuere de empréstito deberá estipularse una cláusula penal pecuniaria, que se hará efectiva directamente por la entidad contratante en caso de declaratoria de caducidad o de **incumplimiento** (...)”. (Se resalta). La interpretación que la doctrina hizo en su momento de dicha norma entendía que consagraba una “potestad exorbitante”<sup>83</sup>, que le permitía a la Administración contratante por sí y ante sí, mediante acto administrativo, declarar incumplido un contrato de tracto sucesivo -no la caducidad- y cobrar o hacer efectiva la cláusula penal, incluso cuando se encontraba ya vencido su plazo de ejecución y en todo caso antes de efectuarse la liquidación.<sup>84</sup>

Sin embargo, al derogarse el Decreto 222 desapareció el fundamento legal de tal potestad, toda vez que no fue incluida en la Ley 80 de 1993 (así se reconoció en Sentencia de 20 de octubre de 1995, Exp. 7757), aunque antes de la modificación introducida por la Ley 1150 de 2007, la jurisprudencia del Consejo de Estado estimó que las entidades estatales gozaban de la facultad para declarar el siniestro por incumplimiento del contrato y hacer exigible la póliza que cubría este riesgo constituida a su favor, con fundamento en lo dispuesto por los numerales 4 y 5 del artículo 68 del C.C.A.<sup>85</sup>

Para zanjar cualquier discusión sobre esta posibilidad, la Ley 1150 de 2007, en el artículo 17, bajo las prerrogativas de control y dirección del contrato estatal, reestableció expresamente la potestad exorbitante de declarar unilateralmente, mediante acto administrativo, el incumplimiento del contrato para hacer efectiva la cláusula penal pactada. Con todo, dado que una de las funciones que se le atribuyen a la cláusula penal -quizás la más importante<sup>86</sup>- es la de constituirse en una liquidación anticipada del daño producido por el incumplimiento contractual hecha por las propias partes del negocio jurídico, su fuente deviene de la autonomía de la voluntad y, por contera, no podría la entidad declarar el incumplimiento para hacerla efectiva (poder

---

<sup>83</sup> PALACIO Jaramillo, María Teresa. *Potestades excepcionales y su nueva regulación legal y reglamentaria – Poderes de la Administración*, en Reforma al Régimen de Contratación Estatal. Universidad de los Andes, Bogotá. 2010, pág. 354.

<sup>84</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 11 de diciembre de 1989, Exp. n.º 5334 y Auto de 24 de septiembre de 1998, Exp. n.º 14.821.

<sup>85</sup> Ver Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencias de 10 de julio de 1997, Exp. n.º 9.286; de 3 de mayo del 2001; de 24 de agosto de 2002, Exp. n.º 13.598, y de 14 de abril de 2005, Exp. n.º 14.583.

<sup>86</sup> Se han señalado como otras funciones de la cláusula penal la de apremio al deudor cuando se pacta que la pena no sustituya la obligación principal ni la indemnización; y la de garantía, en tanto asegura el cumplimiento de la obligación principal de la cual es accesoria.

exorbitante) si no fue estipulada previamente, so pena de contravenir la ley del contrato.

Es de anotar que la potestad unilateral de “declaratoria de incumplimiento” y efectividad de la cláusula penal procede en los contratos interadministrativos, según ha quedado analizado.

Finalmente, ante la competencia otorgada a las entidades estatales de declarar el incumplimiento a través de acto administrativo para hacer efectiva la cláusula penal, se autoriza su recaudo y cobro mediante los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista (artículo 1715 C.C.), cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de jurisdicción coactiva (artículo 17, parágrafo, Ley 1150 de 2007).

### **3. La potestad unilateral de declaratoria de incumplimiento para hacer efectiva la garantía**

#### **3.1. Las garantías contractuales y la mitigación del riesgo**

El incumplimiento total o parcial de los contratos y convenios interadministrativos compromete la responsabilidad contractual de quien asuma tal conducta, teniendo como consecuencia la exigibilidad de la garantía de cumplimiento que se hubiese constituido y la eventual indemnización de perjuicios por el exceso frente a lo cubierto por la garantía. Precisamente, con el fin de mitigar este riesgo, se exige que se otorgue una garantía a satisfacción de la entidad contratante que la ampare de los perjuicios y daños que le pueda ocasionar el incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista.

El artículo 7 de la Ley 1150 de 2007 (que derogó el numeral 19 del art. 25 de la Ley 80 de 1993), establece dicho régimen de garantías así:

- i) Los contratistas prestarán garantía única para el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato. Se trata de la integración de varios amparos<sup>87</sup>*

---

<sup>87</sup> Decreto 1082 de 2015: “Artículo 2.2.1.2.3.1.7. *Garantía de cumplimiento. La garantía de cumplimiento del contrato debe cubrir: (...) 3. Cumplimiento del contrato. Este amparo cubre a la Entidad Estatal de los perjuicios derivados de://3.1. El incumplimiento total o parcial del contrato, cuando el incumplimiento es imputable al contratista; //3.2. El cumplimiento tardío o defectuoso del contrato, cuando el incumplimiento es imputable al contratista; // 3.3. Los daños imputables al contratista por entregas parciales de la obra, cuando el contrato no prevé entregas parciales; y //3.4. El pago del valor de las multas y de la cláusula penal pecuniaria.//4. Pago de salarios, prestaciones sociales legales e indemnizaciones laborales (...)//5. Estabilidad y calidad de la obra. Este amparo cubre a la Entidad Estatal de los perjuicios ocasionados por cualquier tipo de daño o deterioro, imputable al contratista, sufrido por la obra entregada a satisfacción.// 6. Calidad del servicio. Este amparo cubre a la Entidad Estatal por los perjuicios derivados de la deficiente calidad del servicio*

unos que entran en vigor durante la ejecución del contrato (incumplimiento total o parcial, tardío o defectuoso del contrato, el pago del valor de las multas y de la cláusula penal pecuniaria, el buen manejo y correcta inversión del anticipo, la devolución del pago anticipado), y otros a su terminación (pago de salarios, prestaciones sociales legales e indemnizaciones laborales, estabilidad y calidad de la obra, calidad del servicio y calidad y correcto funcionamiento de los bienes suministrados), cuyos montos no son acumulables y son excluyentes entre sí.

- ii)** Las garantías consistirán en pólizas expedidas por compañías de seguros legalmente autorizadas para funcionar en Colombia, en garantías bancarias y en general, en los demás mecanismos de cobertura del riesgo autorizados por el reglamento para el efecto.<sup>88</sup> Tratándose de pólizas, las mismas no expirarán por falta de pago de la prima o por revocatoria unilateral (exceptúa los arts. 1068 a 1071 C. Co).
- iii)** Se autoriza dividir o fraccionar la garantía teniendo en cuenta las etapas o riesgos de la ejecución de contratos y dada la complejidad y características de los mismos (por ejemplo, en los contratos de obra, concesión, etc).
- iv)** Establece que el acaecimiento del siniestro que amparan las garantías será comunicado por la entidad pública al respectivo asegurador mediante la notificación del acto administrativo que así lo declare, con lo cual dirimió -como se analizará- la discusión sobre la necesidad de expedir un acto y de hacer o no una reclamación a la aseguradora (arts. 1072 y 1077 C.Co.).
- v)** Las garantías no serán obligatorias en los contratos:
  - 1. De empréstito;
  - 2. En los interadministrativos;
  - 3. En los de seguro y
  - 4. En los contratos de mínima cuantía, esto es, cuyo valor sea inferior al 10% de la menor cuantía (art. 2 numeral 2 literal b de la Ley 1150 de 2007) en función del presupuesto de la entidad.

---

*prestado.//7. Calidad y correcto funcionamiento de los bienes. Este amparo debe cubrir la calidad y el correcto funcionamiento de los bienes que recibe la Entidad Estatal en cumplimiento de un contrato. //8. Los demás incumplimientos de obligaciones que la Entidad Estatal considere deben ser amparados de manera proporcional y acorde a la naturaleza del contrato”.*

<sup>88</sup> Según el Decreto 1082 de 2015, en la contratación estatal las garantías pueden ser: “Artículo 2.2.1.2.3.1.2. Clases de garantías. Las garantías que los oferentes o contratistas pueden otorgar para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones son: 1. Contrato de seguro contenido en una póliza. 2. Patrimonio autónomo. 3. Garantía Bancaria. (Decreto 1510 de 2013, artículo 111)”.

En los anteriores casos, corresponderá a la entidad determinar la necesidad de exigirla, atendiendo a la naturaleza del objeto del contrato y a la forma de pago.

Nótese que la norma si bien señala que las garantías no son obligatorias, en manera alguna las prohíbe para los contratos interadministrativos y, en general, permite a la entidad contratante la necesidad de su exigencia en consideración al objeto, la forma de pago y los riesgos involucrados en el contrato. Ahora, si bien no se mencionan los convenios interadministrativos, lo cierto es que el riesgo de cumplimiento puede presentarse en dichos convenios, lo que no permite descartar la exigencia de la garantía, con mayor razón si el citado artículo 7 de la Ley 1150, no lo prohíbe. Por último, la precitada disposición reiteró expresamente la potestad de la administración contratante de declarar acaecido el siniestro mediante acto administrativo, aspecto sobre el cual la Sala profundizará más adelante.

En concordancia con lo anterior, respecto de la obligatoriedad de las garantías, el Decreto 1082 de 2015 establece en la Sección 3 Garantías, Subsección 1. Generalidades, lo siguiente:

*“Artículo 2.2.1.2.1.4.5. No obligatoriedad de garantías. En la contratación directa la exigencia de garantías establecidas en la Sección 3, que comprende los artículos 2.2.1.2.3.1.1 al 2.2.1.2.3.5.1. del presente decreto no es obligatoria y la justificación para exigir las o no debe estar en los estudios y documentos previos. (Decreto 1510 de 2013, artículo 77).” -Subraya la Sala-*

De las normas legales y reglamentarias citadas, claramente se deduce que las garantías no son obligatorias en los contratos y convenios interadministrativos pero ello no significa, a juicio de la Sala, que estén prohibidas. Por el contrario, en consideración a los principios de planeación, transparencia, responsabilidad, economía y precaución, las entidades estatales contratistas pueden visualizar desde los estudios previos los riesgos de la futura contratación y justificar su exigencia.

Las disposiciones bajo estudio, en relación con los contratos y convenios interadministrativos, ponen su acento en tales principios y dejan al diligente e informado juicio de la entidad estatal contratante (*carga de conocimiento*), la decisión sobre exigir o no las garantías a la entidad estatal contratista, con mayor razón si se considera que el riesgo de cumplimiento es uno de los que con más frecuencia se asocia a la contratación estatal.

Como puede evidenciarse, las normas legal y reglamentarias se refieren a la garantía de cumplimiento en cualquier tipo de contrato estatal, sin entrar a distinguir la calidad del contratista, es decir, si es particular o una entidad estatal, así como alude, también sin distinción, a los diferentes eventos que pueden generar un incumplimiento, los cuales se amparan con la garantía correspondiente.

En consecuencia, la Sala concluye que tanto en los contratos como en los convenios interadministrativos, las entidades estatales contratantes están facultadas para exigir a las entidades estatales contratistas o cocontratantes las garantías que cubran los riesgos que involucre la futura contratación incluido, por supuesto, el riesgo de cumplimiento, por expresa disposición del artículo 7 de la Ley 1150 de 2007 y el Decreto Reglamentario 1082 de 2015, en sus normas pertinentes arriba citadas, en concordancia con los principios constitucionales y legales de planeación, transparencia, economía, buena administración, responsabilidad, y precaución.

### **3.2. Declaratoria del siniestro del riesgo asegurado mediante las garantías del contrato**

Dentro de las prerrogativas de las entidades estatales está la de declarar mediante acto administrativo motivado el siniestro del riesgo de cumplimiento de las obligaciones, estabilidad de la obra y calidad de los bienes suministrados, entre otros, asegurados mediante la póliza de cumplimiento del contrato, con las cuales se salvaguarda el interés público y se protege patrimonialmente a la Administración (numeral 19 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, derogado y sustituido por virtud de la Ley 1150 de 2007 artículos 32 y 7 respectivamente). Es decir, el procedimiento para cobrar las garantías por la Administración es diferente al que deben adelantar los particulares frente a la aseguradora, relacionados con la reclamación del beneficiario y la objeción que puede la compañía formular (artículos 1075 y 1077 C. de Co.) que no aplican para el Estado.<sup>89</sup>

El Consejo de Estado, en varias sentencias afirmó que la Administración cuenta con una facultad legal expresa, prevista en los numerales 4º y 5º del artículo 68 del C.C.A. (ahora numerales 3 y 4, artículo 99, nuevo CPACA), según las cuales las garantías constituidas a favor de las entidades estatales, incluida la de estabilidad de la obra, prestan mérito ejecutivo, junto con el acto administrativo que declara la correspondiente obligación.<sup>90</sup> El artículo 7 –inciso 5- de la Ley 1150 de 2007 estableció expresamente esta facultad al indicar que “...[e]l *acaecimiento del siniestro*

---

<sup>89</sup> De ahí que el Decreto 1082 de 2015, señale: “Artículo 2.2.1.2.3.1.19. *Efectividad de las Garantías. La Entidad Estatal debe hacer efectivas las garantías previstas en este capítulo así: 1. Por medio del acto administrativo en el cual la Entidad Estatal declare la caducidad del contrato y ordene el pago al contratista y al garante, bien sea de la cláusula penal o de los perjuicios que ha cuantificado. El acto administrativo de caducidad constituye el siniestro. //2. Por medio del acto administrativo en el cual la Entidad Estatal impone multas, debe ordenar el pago al contratista y al garante. El acto administrativo correspondiente constituye el siniestro. //3. Por medio del acto administrativo en el cual la Entidad Estatal declare el incumplimiento, puede hacer efectiva la cláusula penal, si está pactada en el contrato, y ordenar su pago al contratista y al garante. El acto administrativo correspondiente es la reclamación para la compañía de seguros. (Decreto 1510 de 2013, artículo 128)”.*

<sup>90</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencias de 10 de julio de 1997, Exp. n.º 9286; de 3 de mayo del 2001, Exp. n.º 12724; 14 de abril de 2005, Exp. n.º 14.583; 6 de junio de 2007, Exp. n.º 30.565.



*que amparan las garantías será comunicado por la entidad pública al respectivo asegurador mediante la notificación del acto administrativo que así lo declare...”*

Como arriba se indicó, el amparo principal que cubre la garantía es el de cumplimiento de las obligaciones y, por tanto, una vez declarado mediante **acto administrativo** el incumplimiento en los contratos estatales, incluidos los **interadministrativos**, acaecerá el siniestro y, en consecuencia, la entidad estatal contratante se encontrará habilitada, una vez en firme el acto, para cobrar la garantía a la aseguradora, para cuya efectividad podrá hacer uso del cobro coactivo.

Al respecto, en jurisprudencia reciente de la Corporación, se señala que se trata de una facultad administrativa reconocida en forma amplia a las entidades, aun cuando incluso el régimen del contrato sea el del derecho privado y no le sean aplicables las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, debido a que la ley no distingue; por lo que tal facultad se deriva de naturaleza pública de la entidad contratante y de los poderes con que el ordenamiento jurídico la inviste en los numerales 3 y 4 del artículo 99 Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo.<sup>91</sup>

De lo expuesto brevemente, se impone concluir que se está en presencia de un poder de autotutela declarativa de la Administración en materia de contratación estatal que le permite a las entidades estatales por sí y ante sí, mediante acto administrativo, declarar la ocurrencia del siniestro del incumplimiento para hacer efectiva la garantía contractual en los contratos estatales, incluso, en los contratos interadministrativos, y con independencia del régimen de derecho que les resulte aplicable.

No sobra recordar que la efectividad de la garantía contractual procede una vez agotado el debido proceso y garantizados los derechos de defensa y contradicción del contratista y del garante, tanto en el caso de que sea consecuencia de la declaratoria de caducidad del contrato, se ordene hacer efectiva la cláusula penal y se cuantifique el monto del perjuicio, como en caso de multas y demás incumplimientos.

En suma, teniendo en cuenta que el amparo principal que cubre la garantía es el de cumplimiento de las obligaciones, la Sala concluye que, de una parte, una vez declarado el incumplimiento en los **contratos interadministrativos**, se tendrá como acaecido el siniestro y, por lo mismo, el acto administrativo correspondiente deberá ser notificado al respectivo asegurador, por expresa disposición de los artículos 7 y 17 de la Ley 1150 y 86 de la Ley 1474 de 2011; y de otra, que respecto de los **convenios interadministrativos**, si se ha pactado como garantía una póliza de cumplimiento, al no resultar procedente el ejercicio de potestades unilaterales, deberá realizarse la correspondiente reclamación a la aseguradora siguiendo para el efecto

---

<sup>91</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencias de 8 de abril de 2014, Exp. n.º 25.801 y 13 de noviembre de 2014, Exp. n.º 26.901.

las normas pertinentes del Código de Comercio y las reglas particulares de la póliza expedida.

#### **4. El procedimiento vigente para la imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento**

El debido proceso es un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales (artículo 17 de la Ley 1150 de 2007) y, en general, de las actuaciones administrativas (artículo 3 de la Ley 1437 de 2011 y artículo 29 de la C.P.).

El Estatuto Anticorrupción, Ley 1474 de 2011<sup>92</sup>, en su artículo 86, estableció el procedimiento mínimo exigido en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, con el fin de garantizar el derecho al debido proceso del contratista frente a la imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento, o la terminación del procedimiento, si ha cesado el incumplimiento, en los siguientes términos:

***“Artículo 86. Imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento.***

*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[n] rendir las explicaciones del caso, aportar pruebas y controvertir las presentadas por la entidad;*

---

<sup>92</sup> “Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública”.

*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 la situación de incumplimiento" (Subraya la Sala).*

La norma transcrita reitera la competencia de las entidades estatales de imponer unilateralmente, en acto administrativo, las multas pactadas en el contrato, declarar el incumplimiento, hacer efectiva la cláusula penal o "cuantificar los perjuicios del mismo", mediante la celebración de una audiencia en la cual se inicia y agota todo el procedimiento oral fijado para la adopción de la sanción o su terminación, si ha cesado el incumplimiento. Además, la norma califica expresamente las entidades contratantes que pueden hacer uso de la competencia unilateral y el procedimiento allí previsto: "las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública" -como ya se dijo, el Ministerio del Interior es una de tales entidades-.

El supuesto de hecho que activa la competencia administrativa es la "evidencia de un posible incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista", caso en el cual, indica la disposición, se le deberá citar a él y a su garante a una audiencia para debatir lo ocurrido. Nótese que se requiere la constancia o prueba del incumplimiento, en palabras de la norma "los hechos que la soportan", la cual puede provenir del informe de "interventoría o de supervisión en el que se sustente la actuación"; además, deberá señalarse en la citación las normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que tal incumplimiento podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación, o de la misma entidad contratante, si fuere el caso.

En esta audiencia, el contratista y su garante, según el caso, podrán ejercer su derecho de defensa y contradicción, para lo cual pueden aportar o solicitar pruebas pertinentes, conducentes y útiles, sin abusar de su derecho. Una vez se ejerza ese derecho, la entidad adoptará la decisión sobre la imposición de la multa mediante

resolución motivada y se sustentará y decidirá el recurso de reposición que presenten los afectados en esa misma audiencia.

## 5. Recapitulación y estado de la cuestión

Lo expuesto hasta el momento permite deducir que las competencias unilaterales de la Administración para imponer las multas, hacer efectiva la cláusula penal y declarar el siniestro del incumplimiento para hacer el cobro de las garantías constituidas a su favor, se ejercen, según el caso, evidenciado un posible incumplimiento de un contrato estatal, incluidos los **contratos interadministrativos** y frente a cualquier contratista colaborador de la Administración, sin importar si es particular o *entidad estatal contratista*, a lo cual puede agregarse lo siguiente:

- a.** En los contratos en general se encuentra presente el riesgo de cumplimiento, el cual no puede descartarse en los interadministrativos, motivo por el cual las entidades estatales contratantes están en el deber constitucional y legal de prevenir dicho riesgo, a través de diferentes mecanismos preventivos y disuasorios, entre los que se encuentran los previstos en los artículos 7 y 17 de la Ley 1150 de 2007 y el citado artículo 86 de la Ley 1474 de 2011;
- b.** Respecto de las multas y cláusula penal, debe recordarse que no operan porque la ley lo exija obligatoriamente (como era el caso del Decreto Ley 222 de 1983), sino que deben ser acordadas por las partes, aspecto cuya necesidad, en virtud de los principios de planeación, transparencia, responsabilidad y precaución, empieza a visualizarse desde el momento mismo de elaboración de los estudios previos que soportan la contratación, por lo que al ser aceptadas por la entidad estatal contratista, será la voluntad coincidente de las partes la fuente del establecimiento de la multa y de la cláusula penal y, una vez pactada, con base en los artículos 17 de la Ley 1150 y 86 de la Ley 1474, la entidad estatal contratante tendrá la competencia para imponerla unilateralmente siguiendo el procedimiento descrito;
- c.** Procede la declaratoria mediante acto administrativo del incumplimiento, lo cual implicará el acaecimiento del siniestro y, en consecuencia, la entidad estatal contratante podrá cobrar la garantía a la aseguradora, para cuya efectividad podrá acudir al cobro coactivo.
- d.** Como se ha explicado, el objeto de los contratos interadministrativos lo constituyen obligaciones de contenido patrimonial, son onerosos y conmutativos, motivo por el cual existe responsabilidad por el incumplimiento del mismo, en los términos que prevea la ley, de tal forma que no resulta de recibo beneficiarse del contrato pero excusarse de las cargas y sanciones por el incumplimiento, alegando su calidad de entidad pública;

- e. Además, desde los mismos estudios previos la entidad estatal contratista sabe que su posición contractual es la de contratista colaborador de la Administración, la cual en virtud de sus deberes de control y dirección del contrato actúa en una posición de preeminencia;
- f. Dado que los artículos 17 de la Ley 1150 de 2007 y 86 de la Ley 1474 de 2011 establecen una potestad pública que tiene como consecuencia la imposición de sanciones, su interpretación es restrictiva y, por lo mismo, se observa que no distinguen ni consagran excepciones frente al tipo de contrato estatal ni frente a la calidad del contratista. La noción “contrato” corresponde a todo tipo de contratos estatales cuya ejecución se rige por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, incluidos los interadministrativos, y “contratista”, no solo incluye a los particulares, sino a las entidades públicas que voluntariamente han asumido dicha posición contractual.

Respecto de los **convenios interadministrativos**, en atención a su naturaleza, finalidad y alcance que los hace diferentes de los **contratos interadministrativos**, la Sala estima que en relación con los mismos no es procedente ejercer la competencia unilateral de la Administración para la imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento previstas en los artículos 17 de la Ley 1150 de 2007 y 86 de la Ley 1474 de 2011, porque:

- i) Los convenios no involucran un contenido patrimonial a título de remuneración o precio por la prestación de un servicio, el suministro de un bien o la realización de una obra a favor de una entidad por la otra y, por ello, no tienen un interés puramente económico (es decir, destinados a obtener una ganancia);
- ii) Su objeto es ejecutar actividades que contribuyen directamente al fin común de los sujetos vinculados al convenio, toda vez que cada entidad partícipe está vinculada desde su ámbito funcional con un ánimo de colaboración y cooperación; en tal sentido, las partes no tienen intereses contrapuestos;
- iii) La voluntad de colaboración, cooperación y coordinación entre las entidades ocurre, por ende, en un plano de igualdad o equivalencia y, por lo mismo, no existe un ámbito de superioridad y, por ende, de control y dirección del “contratante” frente al “contratista”, como sí sucede con los contratos interadministrativos, y
- iv) Por último, la noción de **convenio** interadministrativo es diferente a la de **contrato** interadministrativo, según se estudió, por lo que no es posible establecer extensiones o analogías en la interpretación de una competencia unilateral y sancionatoria habida cuenta de su carácter restrictivo.

En consecuencia, en los convenios interadministrativos puros u originales no es procedente ejercer la competencia unilateral de la Administración para la imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento. Exceptúese el caso de los “convenios interadministrativos” que comporten el pago de una remuneración, es decir, que su objeto tenga obligaciones de contenido patrimonial, los cuales se someterán al mismo régimen de los contratos interadministrativos, conforme a lo ya analizado, pues no interesa cómo las entidades estatales partes denominen sus negocios jurídicos y acuerdos dado que son los elementos esenciales de estos los que permiten no solo nominarlos sino tipificarlos y darles los efectos jurídicos que le correspondan según la legislación.<sup>93</sup>

Finalmente, en el evento en que se hayan pactado multas o cláusulas penales<sup>94</sup> en los convenios interadministrativos propiamente dichos, la declaratoria de incumplimiento o la imposición de las multas o cláusulas penales así como su ejecución, corresponderá al juez del convenio y, si se ha pactado como garantía una póliza de cumplimiento, deberá realizarse la correspondiente reclamación a la aseguradora siguiendo para el efecto las normas del derecho común.

#### **E. Improcedencia de aplicar a las entidades la inhabilidad para contratar en los eventos de incumplimiento reiterado**

El artículo 90 de la Ley 1474 de 2011 establece para los “*contratistas*” la “*inhabilidad por incumplimiento reiterado*”, con fundamento en la imposición de multas o declaratorias de incumplimiento, lo que lleva a plantear el interrogante de si dicha inhabilidad surge frente a una entidad estatal contratista.

Las inhabilidades constituyen “*impedimentos o tachas*”, las cuales, en el ámbito contractual corresponden a circunstancias que imposibilitan para participar en procesos de selección, celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales<sup>95</sup>. Así, las personas que en virtud de este régimen se ven impedidos para contratar,

---

<sup>93</sup> La naturaleza del vínculo jurídico no depende exclusivamente del “*nomen juris*” otorgado por las partes. Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias de 18 de marzo de 2010, Exp. n.º 14390 y de 23 de junio de 2010, Exp. 1998-00261.

<sup>94</sup> Aspecto que como ya se dijo, tiene su fuente en la autonomía de la voluntad. Como su objetivo es conminar el cumplimiento del convenio (multas) o anticipar el cálculo de los perjuicios, en el derecho español se prevé como una de las materias que debe ser incluida en el texto de tales convenios. En efecto, la Ley 40 de 2015, establece lo siguiente: “*Artículo 49. Contenido del convenio. Los convenios a que se refiere el apartado 1 del artículo anterior (se refiere a los interadministrativos), deberán incluir, al menos, las siguientes materias: (...) e) Consecuencias aplicables en caso de incumplimiento de las obligaciones y compromisos asumidos por cada una de las partes y, en su caso, los criterios para determinar la posible indemnización por el incumplimiento*”.

<sup>95</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de 30 de octubre de 1996, Exp. n.º 925. En este sentido, la Sala se remite a los Conceptos 2260 y 2264 de 2015, en los cuales se analizó *in extenso* la mencionada temática.

encuentran afectada o limitada su capacidad, puesto que si bien continúan siendo capaces, en atención a precisas circunstancias derivadas de *“su situación, posición, condición o relación o por la necesidad de preservar intereses superiores, no pueden disponer de los suyos mediante la celebración de negocios jurídicos y contratos o carecen de la habilidad para su recepción y soportar sus efectos, los cuales, en condiciones normales podrían celebrar”*<sup>96</sup>. En fin, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades se traduce en una situación que atañe al particular contratista que le impide participar en procesos de selección contractual, celebrar y ejecutar contratos con el Estado.

Pues bien, estima la Sala que la inhabilidad prevista en el artículo 90 de la Ley 1474 de 2011 no se predica de las entidades públicas, toda vez que desde la Constitución Política (artículos 2, 6, 121, 122 y 209) se les ha dotado de funciones que no pueden dejar de cumplir, ya que su actividad no se fundamenta exclusivamente en la libertad de contratación y en la autonomía de la voluntad, sino en valores y principios superiores que imponen garantizar la continuidad de la función administrativa a ellas asignadas.

En efecto, el artículo 2 C.P. dispone que son fines esenciales del Estado *“servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución”* y agrega que las *“autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”*, funciones y actividades que por definición son de imperativo cumplimiento y no admiten interrupción, so pena de una omisión que genera responsabilidad en los términos del artículo 6 C.P.

En este sentido, debe recordarse que uno de los fines de la contratación estatal es la *“continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los intereses y derechos de los administrados”*, de conformidad con el artículo 3 de la Ley 80 de 1993. De ahí que el artículo 2 *ibídem*, dispone: *“Para los solos efectos de esta ley (...) “3o. Se denominan servicios públicos: Los que están destinados a satisfacer necesidades colectivas en forma general, permanente y continua, bajo la dirección, regulación y control del Estado, así como aquéllos mediante los cuales el Estado busca preservar el orden y asegurar el cumplimiento de sus fines”*.

Por su parte, de acuerdo con lo preceptuado en los artículos 6, 121 y 122 de la C.P. el ejercicio de las funciones y competencias por parte de las autoridades está sometido a la Constitución y la Ley, normas superiores que encuentran desarrollo,

---

<sup>96</sup> NAMÉN Vargas, William, *“Las limitaciones a la libertad de acceso a la contratación con las entidades estatales. Régimen de inhabilidades e incompatibilidades”*, en Misión de Contratación: Hacia una política para la eficiencia y la transparencia en la contratación pública. Tomo II, Departamento Nacional de Planeación, 2002, pág. 495.

entre otras disposiciones, en los artículos 4 y 5 de la Ley 489 de 1998, por cuya inteligencia:

*“Artículo 4.- Finalidades de la función administrativa. La función administrativa del Estado busca la satisfacción de las necesidades generales de todos los habitantes, de conformidad con los principios, finalidades y cometidos consagrados en la Constitución Política.*

*Los organismos, entidades y personas encargadas, de manera permanente o transitoria, del ejercicio de funciones administrativas deben ejercerlas consultando el interés general.”*

*“Artículo 5.- Competencia Administrativa. Los organismos y entidades administrativos deberán ejercer con exclusividad las potestades y atribuciones inherentes, de manera directa e inmediata, respecto de los asuntos que les hayan sido asignados expresamente por la ley, la ordenanza, el acuerdo o el reglamento ejecutivo”.*

Según las normas citadas, la función administrativa y las competencias respecto de los asuntos que les hayan sido asignados expresamente a las autoridades por la Constitución, la ley, la ordenanza, el acuerdo o el reglamento ejecutivo, deben ser ejercidas por ellas con exclusividad, de forma directa, inmediata y permanente, consultando el interés general y de conformidad con los principios, finalidades y cometidos consagrados en la Constitución Política.

En consecuencia, las autoridades, organismos y entidades que conforman las ramas del poder público en sus distintos órdenes, sectores y niveles, órganos autónomos e independientes del Estado, y que, por mandato de la Constitución o de la ley, tienen a su cargo la titularidad y el ejercicio de funciones administrativas, prestación de servicios públicos o provisión de obras y bienes públicos<sup>97</sup>, deben cumplirlas, desarrollarlas y acometerlas de acuerdo con los principios que rigen dicha función (artículo 209 CP), entre ellos los de celeridad y eficacia.<sup>98</sup>

Por lo anterior, es preciso sostener la existencia del principio constitucional de continuidad en la prestación de la función administrativa<sup>99</sup>, el cual no puede ser

---

<sup>97</sup> Se recuerda que la función administrativa es ejercida primordialmente pero no únicamente por las autoridades y entidades que integran la rama ejecutiva del Poder Público (artículo 115 C.P.), la cual cuenta, por lo demás, con una estructura administrativa para el efecto (artículos 38 y 39 de la Ley 489 de 1998).

<sup>98</sup> Ley 489 de 1998: *“Artículo 3º.- Principios de la función administrativa. La función administrativa se desarrollará conforme a los principios constitucionales, en particular los atinentes a la buena fe, igualdad, moralidad, celeridad, economía, imparcialidad, eficacia, eficiencia, participación, publicidad, responsabilidad y transparencia. Los principios anteriores se aplicarán, igualmente, en la prestación de servicios públicos, en cuanto fueren compatibles con su naturaleza y régimen...”*

<sup>99</sup> En palabras de la Corte Constitucional, *“la función pública requiere continuidad y, además, debe cumplir los principios de celeridad y eficacia, entre otros, consagrados en el Art. 209 de la Constitución,*



desconocido por los efectos de una inhabilidad de carácter legal como es la generada por el incumplimiento reiterado de que trata el artículo 90 de la Ley 1474 de 2011.

Además, admitir la inhabilidad de una entidad estatal derivada de la declaratoria de incumplimiento, también iría en contra de los fines sociales del Estado, cuya actividad se enfoca en el objetivo fundamental de solucionar “*las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y agua potable*”, por expreso mandato del artículo 366 CP, necesidades que, por definición, requieren de la gestión continua de las entidades estatales competentes.

Igualmente, tampoco resultaría admisible teniendo en cuenta que la capacidad de las personas públicas y los órganos administrativos para contratar se traduce en una competencia que se encuentra otorgada, de manera general, tanto por la Ley 80 de 1993 (artículos 2 numeral 1 y 11), como especialmente por las normas orgánicas del presupuesto (artículo 110 del Decreto 311 de 1996, “[p]or el cual se compilan la Ley 38 de 1989, la Ley 179 de 1994 y la Ley 225 de 1995 que conforman el estatuto orgánico del presupuesto”), según mandato expreso del artículo 352 constitucional.<sup>100</sup>

Por tal motivo, la declaración de incumplimiento o la imposición de multas en un contrato interadministrativo genera todas las consecuencias legales con excepción de la inhabilidad prevista en el citado artículo 90 de la Ley 1474, porque dichas decisiones no pueden limitar las situaciones jurídicas fijadas por una ley superior como son aquellas de carácter orgánico<sup>101</sup>, ni menos aún resultaría admisible que un acto administrativo pudiera suspender temporalmente tal competencia prevista en normas legales, afectándose de esta manera, por contera, el principio de legalidad que rige la función administrativa, así como las funciones y objetivos del Estado que deben cumplir tales entidades, según ya se explicó.

De esta forma se evidencia que la actuación de las entidades estatales en el cumplimiento de los fines asignados al Estado tiene un fundamento constitucional diferente al que sirve de soporte a la actividad de los particulares, circunstancia que ya había sido sostenida por la Sala en el Concepto 1283 de 4 de septiembre de 2000.<sup>102</sup>

---

*los cuales son condiciones para alcanzar los fines esenciales del Estado consagrados en el Art. 2º ibidem*”. Sentencias C – 077 de 2004 y C – 753 de 2008.

<sup>100</sup> De acuerdo con el cual la Ley Orgánica del Presupuesto regulará, entre otros aspectos, la capacidad de los organismos y entidades estatales para contratar.

<sup>101</sup> SANTOS Rodríguez, Jorge Enrique, op. cit., pág. 20. En igual sentido, PINO Ricci. El régimen jurídico de los contratos estatales, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, págs. 451 y 452.

<sup>102</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de 4 de septiembre de 2000, Radicado n.º 1283. Actor: Ministerio de Transporte.

En esa oportunidad se dijo que las entidades estatales no pueden ser inhabilitadas por la declaratoria de caducidad, toda vez que no se equiparan a los particulares, en consideración a los **objetivos del Estado que deben cumplir tales entidades**, “...lo cual resulta entendible por cuanto mal podría el mismo Estado en algunos eventos, como en el de la declaratoria de caducidad, inhabilitar a sus organismos o entidades para la realización de los fines atribuidos por la Constitución, contrariando de esta manera los principios generales de la función administrativa”; y, además, “si se tiene en cuenta que aquéllas tienen por disposición del legislador prerrogativas propias del derecho público, no permisibles a los particulares, por estar autorizadas para desarrollar competencias propias del Estado. Esas potestades obedecen a la relación que la contratación administrativa guarda con el interés público y a los recursos de naturaleza pública que se comprometen con su celebración.”

Con base, entre otras, en las anteriores consideraciones respondió la Sala: “La administración no puede inhabilitar para participar en concursos o licitaciones, ni para contratar con el Estado, a entidades administrativas que aparezcan como socios de la sociedad concesionaria a la cual se le declaró la caducidad del contrato, por las razones expuestas en la parte motiva de esta consulta. En consecuencia, en nada se afectan los contratos que dichas entidades ejecutan en la actualidad”.<sup>103</sup>

En los anteriores términos la Sala concluye que la inhabilidad por incumplimiento reiterado prevista en el artículo 90 de la Ley 1474 de 2011, con fundamento en la imposición de multas o declaratorias de incumplimiento en contratos interadministrativos, no se predica ni se puede hacer efectiva respecto de las entidades estatales contratistas destinatarias de las mencionadas potestades unilaterales.

#### **F. Otros instrumentos y herramientas jurídicas para la planeación y exigencia del cumplimiento de las obligaciones asumidas en los contratos y convenios interadministrativos**

La Sala ha sostenido de manera reiterada<sup>104</sup> que la contratación estatal tiene un claro fundamento constitucional, razón por la cual toda la actividad contractual, desde la planeación de los futuros procesos de contratación hasta la liquidación de los contratos celebrados y ejecutados, debe tener en cuenta los principios consagrados en la Constitución Política, entre otros, los de legalidad (arts. 6, 121 y 122 C.P), igualdad (art. 13 C.P, que se plasma en el derecho a la libre concurrencia u oposición), debido proceso (art. 29), buena fe (art. 83 C.P), responsabilidad (art. 90 C.P), prevalencia del derecho sustancial (art. 228 C.P), interés público (art. 2 C.P. y

---

<sup>103</sup> *Ibídem.*

<sup>104</sup> Cfr. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Conceptos n.º 2148, 2150 y 2156 de 2013, 2227 de 2014 y 2260 de 2015, solo por citar los más recientes.

concordantes), libertad de competencia (art. 333 C.P.) imparcialidad, eficacia, moralidad, celeridad y publicidad (art. 209 C.P.), así como los principios de transparencia, economía y responsabilidad (particulares de esta actividad y contenidos en la Ley 80 de 1993, arts. 23 a 27), junto con la selección objetiva que ordena la Ley 1150 de 2007 (art. 5).

Cabe mencionar que estos principios de la contratación estatal que el Legislador enuncia, precisa y regula de manera concreta en los artículos 23 y siguientes de la Ley 80 de 1993, según señaló la Corte Constitucional “...*no son simples definiciones legales, sino normas de contenido específico, de obligatorio acatamiento en toda la contratación estatal, sea cual fuere la modalidad en que ésta se realice.*”<sup>105</sup>

Así las cosas, comoquiera que la Administración tiene vedado asumir una posición inactiva o pasiva en el ejercicio de sus funciones, con el fin de prevenir el incumplimiento en los contratos y convenios interadministrativos, es imperativo que, en aplicación de los principios constitucionales y legales de la contratación estatal en función a su cabal cumplimiento, las entidades estatales adopten, entre otras, las siguientes medidas que resultan aconsejables en los estudios previos que sustentan la contratación, en las cláusulas contractuales y en la disposición final del vínculo cuando se presenten ciertos supuestos convenidos:

### **1. En los estudios previos**

La obligatoriedad de los estudios previos y los pliegos de condiciones o sus equivalentes se deriva, entre otros, de los principios de transparencia, economía, planeación y precaución (arts. 24 numeral 5, 25, numerales 7 y 12, de la Ley 80 de 1993, y artículo 8 de la Ley 1150 de 2007), los cuales imponen varias cargas en su adelantamiento, elaboración y contenido.

El Decreto 1082 de 2015, *por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector administrativo de planeación nacional*, dispone en el artículo 2.2.1.1.2.1.1 (sección 2, estructura y documentos del proceso de contratación, subsección 1, planeación), que los estudios previos son el soporte para elaborar el proyecto de pliegos, los pliegos de condiciones y el contrato, y al señalar el contenido de los mismos, destaca que deben incluir, entre otros aspectos, lo relacionado con la modalidad de selección del contratista y su justificación, incluyendo los fundamentos jurídicos; el análisis de riesgo y la forma de mitigarlo, y las garantías que la entidad estatal contratante exigirá para el efecto.<sup>106</sup>

---

<sup>105</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-508 de 2002, citada por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 3 de diciembre de 2007, Exp. n.º 24715.

<sup>106</sup> “Artículo 2.2.1.1.2.1.1. Estudios y documentos previos. Los estudios y documentos previos son el soporte para elaborar el proyecto de pliegos, los pliegos de condiciones, y el contrato. Deben permanecer a disposición del público durante el desarrollo del Proceso de Contratación y contener los

Los principios de transparencia<sup>107</sup>, economía<sup>108</sup>, planeación<sup>109</sup>, precaución<sup>110</sup> y buena fe<sup>111</sup> aplicables a la contratación estatal, y en particular a los contratos y convenios interadministrativos, imponen una serie de deberes a las entidades estatales que

---

*siguientes elementos, además de los indicados para cada modalidad de selección:// 1. La descripción de la necesidad que la Entidad Estatal pretende satisfacer con el Proceso de Contratación.// 2. El objeto a contratar, con sus especificaciones, las autorizaciones, permisos y licencias requeridos para su ejecución, y cuando el contrato incluye diseño y construcción, los documentos técnicos para el desarrollo del proyecto.//3. La modalidad de selección del contratista y su justificación, incluyendo los fundamentos jurídicos.// 4. El valor estimado del contrato y la justificación del mismo(...).//5. Los criterios para seleccionar la oferta más favorable.//6. El análisis de Riesgo y la forma de mitigarlo.//7. Las garantías que la Entidad Estatal contempla exigir en el Proceso de Contratación.//8. La indicación de si el Proceso de Contratación está cobijado por un Acuerdo Comercial.//El presente artículo no es aplicable a la contratación por mínima cuantía". (Se subraya).*

<sup>107</sup> El principio de transparencia (art. 24 de la Ley 80 de 1993, art. 2 Ley 1150 de 2007) es de imperativa aplicación en los contratos y convenios interadministrativos celebrados por las entidades estatales, pues si bien a través de estos negocios jurídicos -en los que se compromete su gestión y los recursos del patrimonio público para facilitar el cumplimiento de las funciones a ellas asignadas- se flexibiliza el régimen jurídico contractual en algunos aspectos -por ejemplo, la modalidad de selección o la exigencia de garantías, entre otros-, su celebración y ejecución, además de ser imparcial, alejada de todo favoritismo y, por ende, extraña a cualquier motivo de carácter subjetivo (político, económico o familiar, etc.), es decir, objetiva, debe hacerse en forma visible, diáfana, clara, motivada, pública, abierta y accesible a los interesados y a la comunidad, quienes así pueden controvertirla y ejercer un control de esta forma de contratación.

<sup>108</sup> En cumplimiento del principio de economía (art. 25 de la Ley 80 de 1993), y también del deber de planeación y del principio de buena fe precontractual, las entidades estatales no pueden iniciar procesos de contratación si con antelación al inicio del proceso de selección del contratista no han analizado la conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar y obtenido las autorizaciones y aprobaciones para ello (No. 7 art. 25), o no han elaborado los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones (No. 12 art. 25).

<sup>109</sup> El principio constitucional de planificación y el deber de planeación contractual que surge del mismo, implica la necesidad de una política y conducta Estatal anticipadora y preventiva, con la cual se evite la producción de un daño con ocasión de posibles comportamientos que puedan generar incumplimientos por las entidades estatales involucradas en general en los contratos, incluyendo los contratos y convenios interadministrativos (arts. 1, 2, 90, 334, 339, 341 y 365 C.P., 25, 26 y 50 y ss. Ley 80 de 1993).

<sup>110</sup> El deber contractual de planeación permite desplegar una conducta preventiva frente a circunstancias concretas de riesgo y, por ende, aplicar el principio de precaución en la contratación estatal, de acuerdo con el cual las autoridades tienen el deber jurídico de proceder, frente a una situación concreta de riesgo, con prudencia y con la adopción de las medidas efectivas que eviten su concreción y la generación de daños y perjuicios con grave afectación del interés general y la satisfacción de las necesidades públicas.

<sup>111</sup> Los contratos deben celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligan no solo a lo pactado expresamente en ellos sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural (artículos 1603 C.C. y 871 C.Co.). En el ámbito de la contratación estatal la buena fe, principio general del derecho elevado a canon constitucional en el artículo 83 C.P., se traduce en la obligación de rectitud y honradez recíproca que deben observar las partes en la celebración, interpretación y ejecución de negocios jurídicos, esto es, el cumplimiento de los deberes de fidelidad, lealtad y corrección tanto en los actos, tratos o conversaciones preliminares enderezados a preparar la producción o formación del contrato, como durante el transcurso y terminación del vínculo jurídico contractual ya establecido.

deseen vincularse con otras de la misma naturaleza pública, relacionadas con: (i) el conocimiento acerca de la idoneidad, experiencia, capacidad institucional y antecedentes de la conducta contractual de la otra entidad pública contratante; (ii) identificación de los riesgos que puedan amenazar su ejecución y la concepción de instrumentos para impedir su realización o la mitigación de sus efectos en caso de materializarse y (iii) de actuar con alto grado de prudencia con el fin de prevenir conductas de incumplimiento.

En concreto, los citados principios implican que en los estudios previos que sustentan la contratación, la entidad estatal contratante cuente con toda la información disponible sobre la entidad contratista -según el evento-, para lo cual podrá requerirla si fuere el caso de la otra entidad con la que celebrará el negocio jurídico, de manera que sea dicho conocimiento el que sustente objetivamente la conveniencia de contratar o no con otra entidad estatal en su carácter de contratista.

Es decir, el solo hecho de que sea una entidad estatal la que asumirá el rol de contratista, no es criterio suficiente para asegurar que cumplirá el contrato y relevar a la entidad contratante de la carga de conocimiento que tiene asignada, según se desprende de los principios de economía, responsabilidad, precaución y transparencia, y el deber de planeación en su enfoque dirigido al cumplimiento contractual.

En otros términos, las entidades estatales deben observar la “*carga de conocimiento*”, la cual consiste en conocer a fondo la futura entidad estatal contratista o cocontratante, según el caso, para lo cual habrán de exigir la información necesaria acerca de la conducta observada en otros contratos y convenios interadministrativos, la idoneidad de su equipo humano y su disponibilidad y grado de alistamiento para cumplir con el objeto del contrato o del convenio interadministrativo proyectado, entre otros aspectos.

De otra parte, en armonía con lo anterior, en desarrollo del principio de buena fe, surge un correlativo “*deber de diligencia*” de las entidades de suministrar la información relacionada con su comportamiento en la ejecución de sus obligaciones contractuales, de manera que el ocultamiento o falta de suministro de información relativa a los antecedentes o comportamiento contractual anterior (incumplimientos de contratos o convenios interadministrativos) podría tener consecuencias desfavorables desde el punto de vista negocial.

Dicho de otro modo, el principio de buena fe impone a la administración y a los interesados en contratar con el Estado un proceder caracterizado por la mutua confianza, diligencia, prudencia y colaboración en la construcción del vínculo jurídico para la satisfacción de la necesidad colectiva y de interés público que se persigue con la contratación estatal; asimismo, implica el deber jurídico de cumplir los contratos y convenios interadministrativos con lealtad, fidelidad, rectitud, corrección y honradez.

Es menester hacer notar que la confianza depositada en la entidad estatal contratista, dada la naturaleza "*intuitio personae*" del contrato estatal (artículo 41 de la Ley 80 de 1993), involucra en mayor medida el principio de la buena fe (arts. 5 numeral 2, 23 y 28 *ibídem*), toda vez que el comportamiento esperado de tales entidades no es otro que su compromiso recto y leal con el interés general que se pretende satisfacer con la actividad contractual.

Por lo demás, es conveniente advertir que la tipificación, estimación y asignación de riesgos, dentro de los cuales se destaca el de cumplimiento, en un adecuado ejercicio del deber de planeación, hace necesario determinar e indicar las garantías que se exigirán en la contratación, como quiera que requerir garantías en los contratos y convenios interadministrativos, además de no estar prohibido por la ley, constituye una medida proporcionada para evitar el riesgo sospechado, en clara aplicación del deber de planeación y el principio de precaución.

Finalmente, la Sala estima que los aspectos a tener en cuenta sugeridos en precedencia no solo se derivan del carácter vinculante de los principios enunciados, sino que se desprenden también del Decreto 1082 de 2015 (artículo 2.2.1.2.1.4.1); de esta manera, desde el mismo proceso precontractual la norma reglamentaria dispone para la entidad contratante cargas de diligencia y conocimiento en relación con la entidad estatal contratista, así como la valoración del riesgo de cumplimiento, entre otros, y las garantías para mitigar ese riesgo.

## **2. En las cláusulas de los contratos y convenios**

Según el caso y de acuerdo con lo expuesto, la Sala también sugiere incluir las siguientes cláusulas en los contratos y convenios interadministrativos, las cuales deben plantearse desde los estudios previos y analizarse en las tratativas previas a su perfeccionamiento, en desarrollo del principio de buena fe y en observancia de las *cargas de claridad y lealtad* que exige la construcción del vínculo:

- a. Se podrá exigir que el contrato proyectado incluya un "*pacto de conocimiento y diligencia*", por ejemplo, en el sentido de que las partes contratantes conocen la trascendencia o importancia del contrato o convenio en atención a los deberes constitucionales y legales radicados en la entidad contratante que con ese negocio jurídico se pretenden atender, así como la capacidad institucional, la idoneidad de su equipo humano y la disponibilidad de la futura entidad estatal contratista o copartícipe para cumplir con el objeto del contrato y convenio interadministrativo, respectivamente;
- b. En atención a los principios de transparencia y precaución, lo que se refleja en el deber especial de supervisar en forma permanente la ejecución del objeto

negocial, se señalará la necesidad de actuar a través de un supervisor o interventor del contrato o convenio, según el caso;

- c. En concordancia con los estudios previos, señalarán expresamente que uno de los riesgos asociados al contrato y convenio es el de cumplimiento. Por tanto, deberán ofrecerse garantías a juicio de la entidad estatal contratante o convenirse entre las entidades partícipes del convenio;
- d. Con base en las facultades de dirección y control del contrato, se estipularán causales de incumplimiento grave de las obligaciones del contratista. En este sentido, se recomienda pactar multas para conminar al contratista y clausula penal, en los términos del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, en concordancia con el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, y
- e. En los convenios interadministrativos, establecer los mecanismos de seguimiento, vigilancia y control de la ejecución del convenio y de los compromisos adquiridos por los firmantes, así como pactar expresamente las consecuencias aplicables en caso de incumplimiento de las obligaciones y compromisos asumidos por cada una de las partes y, en su caso, los criterios para determinar la posible indemnización por el incumplimiento. En consecuencia, será posible pactar multas y cláusulas penales, pero su imposición corresponderá al juez del convenio.

### **3. La terminación anticipada del contrato y convenio interadministrativo**

Los artículos 32 y 40 de la Ley 80 de 1993 reiteran el ejercicio de la autonomía de la voluntad en la contratación estatal, permitiéndola en la negociación de las estipulaciones contractuales, en el contexto de los fines estatales, las cuales según la última disposición estarán *“de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, (que) correspondan a su esencia y naturaleza”*. Agrega además que en los contratos celebrados por las entidades estatales *“podrán incluirse las modalidades, condiciones y en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración”* (inciso 4º *ibídem*).

En concordancia con el principio anterior, es jurídicamente viable, además de lo expuesto en precedencia, acudir al mutuo disenso o a la condición resolutoria expresa<sup>112</sup>, como instrumentos y herramientas jurídicas para poder precaver o exigir el cumplimiento de las obligaciones asumidas en los contratos y convenios interadministrativos, so pena de extinción anticipada del vínculo, cuando se presenten determinadas circunstancias previamente pactadas por las partes.

---

<sup>112</sup> Así lo estudió esta Sala en el Concepto 2150 de 2013.

Las causales de dicha terminación pueden ser, entre otras, el consenso de las partes (resciliación o mutuo disenso o distracto contractual), o porque ellas en ejercicio de la autonomía de la voluntad ceñida a la ley y a la buena fe han dispuesto de manera clara, expresa e inequívoca la terminación unilateral del contrato, esto es, la cesación o extinción del negocio jurídico por acto unilateral de una parte mediante una condición resolutoria expresa.<sup>113</sup>

### 3.1. El mutuo disenso del contrato y convenio interadministrativo

La jurisprudencia de la Corporación, al examinar la posibilidad de terminación anticipada del contrato estatal mediante mutuo disenso, conforme a los artículos 1602 y 1625 C.C.<sup>114</sup>, la estimó procedente en el entendido de que *“las mismas voluntades que se concertaron para dar nacimiento al contrato, se ponen de acuerdo para darle fin, sin esperar el cumplimiento del objeto del contrato, o sin aguardar la expiración del término fijado como de duración de aquél”*.<sup>115</sup>

De esta manera, la entidad estatal deberá evaluar que los fines estatales, el interés y servicio público que se pretenden satisfacer con la contratación, se observarán de forma más efectiva con la inclusión de manera clara, expresa e inequívoca de una cláusula que permita la terminación anticipada por mutuo disenso del contrato y del convenio al presentarse determinadas condiciones previamente señaladas los mismos. Y antes de plantear la posibilidad de hacerla efectiva, igualmente deberá valorar si tales condiciones inicialmente previstas se mantienen o han variado, todo con el fin de conservar el interés público perseguido con la cláusula de terminación consensual. Similar análisis debe hacerse cuando resulte procedente y hasta necesaria la terminación del contrato y convenio por mutuo acuerdo por circunstancias sobrevinientes a su celebración que hacen nugatoria la necesidad de

---

<sup>113</sup> Sentencia de 14 de diciembre de 2010. Exp. No. 41001-31-03-001-2002-08463-01. También la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 30 de agosto de 2011, radicación 11001-3103-012-1999-01957-01. Según la primera jurisprudencia señalada, la terminación unilateral *“engloba un conjunto heterogéneo de supuestos señalados con expresiones polisémicas, disimiles y anfibológicas, tales las de desistimiento unilateral, receso, retracto, destrato, disolución, renuncia, revocación, rescisión, resiliación o resolución unilateral convencional, cláusulas resolutorias o de terminación unilateral expresas, denuncia de contrato a término indefinido, terminación in continenti por incumplimiento esencial, grave e insuperable, etc.”* (Resalta la Sala).

<sup>114</sup> Tal como lo enseña el primer inciso del artículo 1625 del Código Civil, en cuanto dice que *“toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consientan en darla por nula.”*

<sup>115</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 26 de julio de 2012, Exp. 23.605. *“El mutuo consentimiento, que fue el que creó la relación contractual, es también el que la extingue, y será igualmente la voluntad acordada de las partes la que habrá de determinar los efectos que producirá la extinción del contrato, que por lo general se limitarán al pago de la parte del precio contractual correspondiente a los trabajos o prestaciones que se hubieren cumplido y a la liquidación definitiva de la situación contractual, según su estado”*. Escola, Héctor Jorge. *Tratado Integral de los Contratos Administrativos*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1977, Volumen I pág. 476.



ejecutarlos (por ejemplo, exigencias del servicio público, orden público) so pena de afectar el interés público.

Por lo tanto, circunscritos a las actuaciones negociales estatales, en aquellos contratos y convenios interadministrativos en donde se pacte la posibilidad de terminación anticipada por disenso mutuo del negocio jurídico, se deberán observar las cláusulas correspondientes, verificando en cada caso los requisitos y condiciones previamente acordados para proceder a la terminación, las circunstancias particulares que originaron dicho pacto, el interés público que con la extinción del vínculo se satisface y la protección del patrimonio público comprometido en el negocio jurídico.

### **3.2. El pacto de la condición resolutoria expresa en los convenios interadministrativos**

En cuanto a la terminación unilateral, la falta de enunciación expresa en el Código Civil de la misma dentro de los modos extintivos, a juicio de la Corte Suprema de Justicia, no es obstáculo ni argumentación plausible para descartar su procedencia jurídica, por cuanto, además de que la misma ley la consagra en numerosas hipótesis y contratos de derecho privado<sup>116</sup>, una previsión pactada en ese sentido por las partes es válida al auspicio del artículo 1602 del C.C., o sea del principio "*lex contractus, pacta sunt servanda*", que supone el carácter obligatorio para las partes y con efectos frente a terceros de un contrato celebrado que no esté afectado por vicio de invalidez. No obstante, en virtud de este mismo principio y como corolario de la autonomía de la voluntad de las partes, el negocio bien puede modificarse o extinguirse si estas así lo convienen, excepciones que proceden según las estipulaciones y cláusulas del negocio y que encuentran en el pacto de una condición resolutoria expresa una de sus modalidades.

Al respecto el artículo 1530 del Código Civil establece que la obligación condicional es la que depende de una condición -"*pendente conditione*"-, de un acontecimiento futuro e incierto, que puede suceder o no. En este caso, la obligación está supeditada al acontecimiento futuro e incierto que constituye la condición y queda subordinada a esta, permaneciendo en suspenso hasta que se realice o resolviéndose, según ella ocurra. Por consiguiente, la condición puede ser suspensiva o resolutoria; la primera "suspende la exigibilidad de un derecho" mientras se cumple, en tanto que la segunda "extingue un derecho" con su cumplimiento (art. 1536 C.C.). Esta última sería la condición resolutoria expresa.

---

<sup>116</sup> "*En general, ante la ausencia de prohibición normativa expresa, es ineluctable concluir la validez de estas cláusulas, por obedecer a la libertad contractual de las partes, facultadas para celebrar el acto dispositivo y disponer su terminación, aún sin declaración judicial, previendo el derecho a aniquilarlo, lo cual no significa ni puede conducir en forma alguna a tomar justicia por mano propia, por cuanto toda controversia respecto de su eficacia o ejercicio, corresponde definirla a los jueces (...)*". *Ibidem*. Sentencia de 14 de diciembre de 2010. Exp. No. 41001-31-03-001-2002-08463-01.

Según lo explica la doctrina mediante este pacto el negocio está subordinado “...a una condición de mantenimiento del acto o contrato; y particularmente en los contratos el no cumplimiento por ambas partes o por una de ellas de las obligaciones que han tomado a su cargo que se indica expresamente por las partes en el contrato o va envuelta tácitamente en él...”<sup>117</sup>; es decir, “por ella se subordina el nacimiento o el desaparecimiento del vínculo jurídico a un suceso futuro que debe o no acontecer según la voluntad declarada. Si es el desaparecimiento futuro lo que se halla subordinado al suceso futuro que debe o no acontecer, la condición es resolutoria en cuanto desata o resuelve la relación creada por la declaración de voluntad...”<sup>118</sup>

La condición resolutoria expresa opera de pleno derecho, ella se cumple sin decisión judicial y la parte que denuncia al otro su ocurrencia extingue las obligaciones pendientes del negocio. El hecho de que se controvierta ante el juez su ocurrencia no limita este efecto extintivo del vínculo, dado que el pronunciamiento judicial es meramente declarativo, siendo la voluntad de las partes la que hace obrar por su iniciativa la disolución del vínculo negocial; el juez “[v]erifica solamente si los hechos pertinentes se han realizado, y si los hechos han sido de la manera preestablecida. Pero la resolución no la pronuncia, es decir, no nace por su declaración en la sentencia...”<sup>119</sup>

En este orden de ideas, para la Sala, la cual a su vez sigue la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado<sup>120</sup>, el pacto expreso de las partes para terminar anticipadamente los convenios interadministrativos por el acaecimiento de una condición resolutoria expresa, es plenamente legal, válido y procedente.

Es decir, en los convenios interadministrativos podría pactarse una condición resolutoria expresa<sup>121</sup>, mediante la cual ante el incumplimiento grave de las

---

<sup>117</sup> CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, De las Obligaciones III*, Tomo Duodécimo, págs. 579 a 580.

<sup>118</sup> *Ibidem*.

<sup>119</sup> FUEYO LANERI, Fernando, *Derecho Civil, De las Obligaciones*, Tomo Cuarto, Volumen I, 1958, pág. 117.

<sup>120</sup> Esta modalidad fue examinada por el Consejo de Estado, Sección Tercera, providencia de 18 de julio de 2007, Exp. 31838, Actor: Sociedad Sadeico S.A., oportunidad en la que se sostuvo que la siguiente cláusula contractual: “59. Rescisión// 59.1 El Contratante o el Contratista podrá rescindir el contrato si la otra parte incurriese en incumplimiento grave del Contrato.// 59.2 Los incumplimientos graves del Contrato incluirán, pero no se limitarán, a los siguientes: (...) 59.3. Cuando cualquiera de las partes del Contrato notifica al Gerente de Obra un incumplimiento del contrato, por una causa diferente a las indicadas en las cláusula 59.2, el Gerente de Obra deberá determinar si el incumplimiento es grave o no...”, se trataba de una condición resolutoria expresa que bien podía pactarse en los contratos.

<sup>121</sup> El texto sugerido de una cláusula con tal efecto, podría contener, a manera de ejemplo, lo siguiente:

a. Será causa de resolución del convenio el incumplimiento grave de las obligaciones y compromisos asumidos por parte de alguno de los suscriptores (incumplimientos graves del convenio que se incluirán en la cláusula o una independiente, y que podrán ser o no limitados a los que se señalen).

obligaciones y compromisos asumidos, cualquiera de las partes, previamente al fin del plazo del convenio, puede darlo por terminado, esto es, verificar e informar el cumplimiento de la condición (hecho futuro e incierto), lo cual hace desaparecer el vínculo jurídico<sup>122</sup>.

Por consiguiente, dentro del género *acuerdo extintivo*, los contratos y convenios interadministrativos pueden terminar anticipadamente bajo las modalidades de mutuo disenso, y en los convenios interadministrativos, además, por la condición resolutoria expresa por incumplimiento, cuya operatividad deberá ser analizada en cada caso concreto.

En síntesis, con el fin de proteger los intereses de la Administración contratante o de las entidades en los contratos y en los convenios interadministrativos, frente al incumplimiento de las obligaciones asumidas por las otras entidades parte de los mismos, es posible y recomendable pactar la terminación anticipada del negocio jurídico, bien sea por el mutuo disenso o a través de condiciones resolutorias expresas, figuras que tienen su génesis en el derecho privado pero que resultan plenamente aplicables en la contratación estatal (art. 13, Ley 80 de 1993).

#### **4. El deber de supervisión y vigilancia de los contratos y convenios interadministrativos**

- 
- b. En ese caso, cualquiera de las partes podrá requerir a la parte incumplida para que cumpla en un determinado plazo con las obligaciones o compromisos que se consideran incumplidos.
  - c. Este requerimiento será comunicado al responsable del seguimiento, vigilancia y control de la ejecución del convenio y a las demás partes suscriptoras, si las hay.
  - d. Si trascurrido el plazo indicado en el requerimiento persistiera el incumplimiento, la parte que lo dirigió, comunicará a todas las partes suscriptoras la concurrencia de la causa de resolución y se entenderá resuelto o rescindido el convenio.
  - e. La resolución del convenio por esta causa podrá conllevar la indemnización de los perjuicios causados correspondiente a la cláusula penal pactada (si así se hubiera previsto), la cual se haría exigible en esos eventos, según se ha sostenido en este concepto.

Texto en términos similares a los previstos en el derecho español, en el literal a. del numeral 2 del artículo 51 de la Ley 40 de 2015, el cual establece como causa de extinción de los convenios interadministrativos la condición resolutoria, pero a la manera de elemento natural en estos acuerdos, esto es, aquellos que se entienden pertenecerle sin estipulación de las partes.

<sup>122</sup> *“En atención a la naturaleza del instituto depende que las cosas se pongan o no en el mismo estado que estarían si las partes no hubieran contratado, toda vez que ‘[l]as partes, pueden, por lo demás, arreglar como ellas deseen, los efectos de la resolución del contrato, con respecto a las restituciones que recíprocamente tengan que hacerse y su convención es la ley entre ellas...’. Y en los contratos de tracto sucesivo puede ocurrir que no sea posible la devolución de las prestaciones y, por ende, que los efectos de la condición no operen ex tunc, es decir, con efectos retroactivos, sino ex nunc, o sea con efectos hacía el futuro, porque la intención de la partes no ha sido borrarlo, sino ponerle término”.* Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Providencia de 18 de julio de 2007, Exp. 31838, actor: Sociedad Sadeico S.A.

El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (contenido en las Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y 1474 de 2011, entre otras), impone el deber a las entidades estatales contratantes de supervisar en forma permanente la ejecución del contrato por parte del contratista, con el fin de verificar el estricto cumplimiento de sus obligaciones, exigir o tomar los correctivos que se requieran cuando dicho cumplimiento no se dé, y exigir la responsabilidad del contratista y de los garantes cuando se presente un incumplimiento que ocasione perjuicios a la entidad estatal.

En particular, los artículos 83 y 84 de la ley 1474 de 2011, establecen como obligación esencial de responsabilidad del interventor o supervisor, según el caso, deberes de información respecto del contrato principal, especialmente frente a tres situaciones: (i) los incumplimientos del contrato; (ii) las circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, y (iii) aquellas que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato, hasta el punto que su pretermisión se tipifica como falta gravísima y como causal de inhabilidad para contratar.

Así, *mutatis mutandi*, este deber y la cláusula correspondiente de supervisión y vigilancia resulta necesaria en los contratos interadministrativos y también es aplicable en los convenios interadministrativos, con el fin de cerciorarse en estos últimos que los compromisos adquiridos por los firmantes, el objeto del convenio, la gestión y ejecución de los gastos financieros estén justificados y los resultados esperados se cumplan en los términos y a satisfacción de ambas partes.

Por tal razón, una vez detectado un posible incumplimiento del contratista (entidad estatal) de cualquiera de sus obligaciones contractuales o deberes convencionales, la entidad estatal contratante debe actuar de manera **ágil, eficiente y efectiva** para advertir al contratista o a la otra parte suscriptora sobre el incumplimiento, iniciar la actuación administrativa que corresponda, en los términos de los artículos 17 de la Ley 1150 de 2011 y 86 de la Ley 1474 de 2011, según se explicó, o acudir a la terminación anticipada del contrato o convenio en los términos pactados, entre otras actuaciones, por lo que no resulta de recibo incurrir en omisiones, dilaciones o demoras injustificadas, ni permitir las, ya que la prolongación indebida e innecesaria del incumplimiento puede afectar el interés general, así como los intereses patrimoniales de la entidad contratante.

#### **G. Los “contratos” y “convenios” interadministrativos del Ministerio del Interior conocidos por la Sala**

Para conocer si los supuestos de hecho de los artículos 7 y 17 de la Ley 1150 de 2007 y del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 se aplican a los convenios interadministrativos de cofinanciación, es menester desentrañar o dilucidar si los mismos se tratan de verdaderos “convenios interadministrativos” o de “contratos

interadministrativos”, que si bien se suelen utilizar como si fueran sinónimos y se refieren ordinariamente a ellos como si se tratarán de la misma figura, según quedó explicado, no lo son, pues tienen elementos y características que los diferencian, individualizan y particularizan.

Dependiendo de esta distinción, es posible colegir si resulta procedente que las multas y la cláusula penal pactadas y las garantías exigidas en los mismos puedan imponerse unilateralmente y hacerse efectivas directamente por el Ministerio del Interior en los supuestos de incumplimiento por las cuales operan, pues respecto de los primeros (convenios) no es viable, mientras que tratándose de los segundos (contratos) sí. Es decir, el objeto del contrato así como la intención común o dispar que motivó su celebración permiten precisar la aplicación de tales normas, pues solo se excluyen los poderes unilaterales en los convenios interadministrativos y no en los contratos interadministrativos.

La Sala hará una breve mención sobre los contratos y convenios interadministrativos que el Ministerio consultante puso en conocimiento de la Sala para ilustrar la problemática que originó la consulta y dar respuesta a los interrogantes planteados con fundamento en lo expuesto.

### **1. Contrato Interadministrativo 122 de 2013**

En el mencionado contrato aparecen como partes el Ministerio del Interior como administrador del Fondo Nacional de Seguridad y Convivencia Ciudadana – FONSECON-, la Policía Nacional y el Fondo Rotatorio de la Policía Nacional – FORPO (Establecimiento público), motivo por el cual su régimen jurídico no puede ser otro que el previsto en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública dada la calidad de entidades estatales de las partes que intervienen, en los términos definidos por el artículo 2 de la Ley 80 de 1993.<sup>123</sup>

En la cláusula primera se define su objeto así: *“Aunar esfuerzos técnicos, administrativos y financieros con el fin de desarrollar los estudios, diseños, construcción, adecuación e interventoría de infraestructura física y adquisición de movilidad para el servicio de la fuerza pública, según la priorización que imparta el comité del FONSECON, mediante comunicación escrita del ordenador del gasto FONSECON, dirigida al FONDO ROTATORIO”*. A su vez la cláusula segunda es del siguiente tenor, al disponer sobre el alcance del objeto indica que *“con las entidades*

---

<sup>123</sup> “Artículo 2. De la Definición de Entidades, Servidores y Servicios Públicos. Para los solos efectos de esta Ley: //1o. Se denominan entidades estatales: //a) La Nación (...) los municipios; los establecimientos públicos, (...)// b) (...) los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, las unidades administrativas especiales y, en general, los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos”. (Resalta la Sala).

*cofinanciadoras se suscribirán contratos derivados a que haya lugar, una vez el comité FONSECON les apruebe los proyectos”.*

Dentro de las obligaciones del FORPO contenidas en la cláusula tercera se destacan: “1. Realizar las etapas precontractuales, contractuales y post contractuales para dar cumplimiento al objeto del contrato interadministrativo. 2. Incorporar al presupuesto del FONDO ROTATORIO la totalidad de los recursos que gire el MINISTERIO – FONSECON a través del presente contrato”. Por su parte, la obligación principal del “MINISTERIO – FONSECON”, es “desembolsar los recursos que por medio de este Contrato se destinan al desarrollo de su objeto, previo el cumplimiento de los requisitos legales”. (Cláusula cuarta). La Policía Nacional, a su vez, tiene la obligación, entre otras, de “7. Recibir, a través de la Dirección Administrativa y Financiera (...) los proyectos de infraestructura y movilidad adquiridos con ocasión del presente contrato administrativo”. (Cláusula quinta).

Respecto del valor del contrato, la cláusula séptima señala que corresponde a la suma de “\$36.935.708.860” incluidos los impuestos, gastos que se generen por la **comisión** de gastos administrativos del 3% del valor ejecutado de los aportes del Ministerio FONSECON **a favor** del FONDO ROTATORIO”. Es preciso mencionar que el párrafo primero de la cláusula octava del contrato dispone: “Del valor total del convenio, las partes convienen un pago de una **comisión** de gastos administrativos del 3% del valor ejecutado de los aportes del Ministerio FONSECON **a favor** del FONDO ROTATORIO”.

Como puede advertirse el objeto del contrato es, por una parte, la construcción de obra pública (denominada infraestructura), consistente en estaciones de policía y, por la otra, la adquisición de vehículos y motocicletas para la Policía Nacional, según se desprende no solo del objeto transcrito, sino del considerando 11 de dicho contrato, para lo cual se contrata los servicios de un intermediario, esto es, el FORPO, quien recibe como contraprestación una “comisión” del 3% del valor ejecutado.

Nótese que las entidades intervinientes se obligan patrimonialmente y acuerdan una obligación a favor de la otra o con reciprocidad, es decir, en forma conmutativa. Para una -el Ministerio- será la realización de una obra (o prestación de un servicio o la transferencia de un bien, etc.) y para la otra (el FORPO) será el pago de una contraprestación económica (precio o valor económico) llamado “comisión”, lo que además implica que existe un precio como elemento esencial del contrato, de manera que, a juicio de la Sala, el negocio jurídico bajo estudio es un contrato en toda la extensión del concepto y con todos los efectos de esa particular institución jurídica.

De ahí que en su texto se destaquen cláusulas sobre las obligaciones que asume la entidad contratista frente a las de la entidad contratante, así como el valor del convenio (precio), según se ha dicho; el plazo de ejecución y liquidación del contrato

(sexta y vigésima quinta); la forma de los desembolsos o pagos (cláusula octava); las garantías de cumplimiento que debe otorgar la entidad estatal contratista a favor de la entidad contratante (décima sexta); la autonomía técnica y administrativa para la ejecución del objeto (décima primera) y la exclusión de la relación laboral para con el personal utilizado por aquella para el cumplimiento del objeto contractual (décima segunda); la supervisión del contrato (décima); su perfeccionamiento y ejecución (vigésima séptima), entre otras, todas las cuales, se reitera, permiten deducir que se trata, como en efecto lo denominaron las partes, de un contrato interadministrativo.

Por otra parte, no se observa que las partes hayan pactado multas o cláusulas penales, lo que significa que en caso de incumplimiento parcial o total del objeto contractual, estas no son procedentes. No obstante, como en el contrato se exigió la garantía única de cumplimiento (cláusula décima sexta), la entidad estatal contratante en ejercicio de las facultades unilaterales conferidas en los artículos 7 y 17 de la Ley 1150 y 86 de la Ley 1474 de 2011, según se analizó, tiene la competencia para declarar unilateralmente incumplido el contrato y hacer efectiva la garantía en los términos expuestos en este concepto.

## **2. “Convenio” interadministrativo No. F - 113 de 2015**

En las consideraciones del “convenio” se alude a los principios de colaboración y coordinación que guían la actividad de las entidades públicas, previstos en los artículos 113 de la Constitución Política y 6 de la Ley 489 de 1998. Asimismo, se acoge lo dispuesto en el artículo 95 de la citada ley, sobre la facultad que tienen las entidades públicas de celebrar convenios interadministrativos.

Son parte del “convenio” el Ministerio del Interior como administrador del Fondo Nacional de Seguridad y Convivencia Ciudadana –FONSECON- y el municipio de El Castillo (Meta). En la cláusula primera se define su objeto así: *“Aunar esfuerzos técnicos, administrativos y financieros entre el Ministerio del Interior y el municipio de El Castillo – Meta, para la ejecución de los estudios, diseño y construcción del Centro Administrativo Municipal”*.

En la cláusula segunda relativa a las obligaciones del municipio se destaca que esta entidad territorial debe adelantar *“bajo su exclusivo riesgo y responsabilidad, todas las gestiones administrativas, contractuales y financieras necesarias para la ejecución del proyecto, objeto del Convenio”, “entregar antes del inicio del contrato de obra el lote en condiciones óptimas para iniciar la obra”, “incorporar al presupuesto del MUNICIPIO la totalidad de los recursos que gire el MINISTERIO – FONSECON”* y *“Dar al inmueble construido el uso señalado del proyecto (...) como requisito para proceder a la liquidación”*, entre otras.

En cuanto a las obligaciones del Ministerio – FONSECON, la cláusula tercera dispone, principalmente, “1.- *Desembolsar los recursos que por medio de este convenio se destinan al desarrollo de su objeto, previo el cumplimiento de los requisitos legales*”, además de adelantar labores de seguimiento y supervisión del convenio, así como la aprobación de garantías.

La cláusula quinta dispone aportes del Ministerio – FONSECON por \$1.551.627.404 y por el municipio por \$273.816.600, para un total de \$1.825.444.004.

Como puede apreciarse, el “Convenio” interadministrativo 113 de 2015, reúne los elementos distintivos de los convenios administrativos propiamente dichos señalados en este concepto, destacándose particularmente su objeto, como es ejecutar actividades que contribuyen directamente al fin común de los sujetos vinculados al convenio, en este caso, la construcción del centro administrativo del municipio de El Castillo, en el que cada entidad partícipe está vinculada desde su ámbito funcional con un ánimo de colaboración y cooperación, según se ha explicado.

Se observa que existen aportes de las dos partes y que si bien se trata de la construcción de una obra pública, esta se realizará con recursos aportados por el Ministerio – FONSECON para lograr el fin común del Estado, como es que una de sus entidades territoriales (municipio) cuente con un inmueble (Centro Administrativo Municipal) para prestar el servicio a su cargo. Además, es el municipio directamente, esto es, sin intermediarios, el encargado de desarrollar el proceso de contratación y, consiguientemente, ejecutar el contrato de obra pública correspondiente, al cual, no sobra mencionar, también está aportando recursos. Incluso, la manera como se pactó el desembolso de recursos, da cuenta que ello ocurrirá en la medida en que se adelante por parte del municipio el proceso contractual y la posterior ejecución del contrato (cláusula sexta), lo que demuestra que el interés de las partes es que los aportes se apliquen al objeto contractual y se cumpla el propósito común acordado.

De esta forma no se evidencia un contenido oneroso, ni una remuneración o precio a título de contraprestación por el objeto del convenio. Ahora, si bien existen obligaciones para ambas partes, es explícita la voluntad de colaboración, cooperación y coordinación entre las entidades, por lo que el convenio se ejecuta en un plano de igualdad o equivalencia de prestaciones.

En cuanto a las demás cláusulas del convenio, las relativas al plazo de ejecución (cuarta); las garantías de cumplimiento acordadas (octava); la autonomía técnica y administrativa para la ejecución del objeto y la exclusión de la relación laboral para con el personal utilizado por aquella para el cumplimiento del objeto contractual (novena); la supervisión del convenio (décima tercera); su perfeccionamiento y ejecución (vigésima segunda), entre otras, se observa que son comunes a los convenios interadministrativos, bajo el contexto de cooperación y coordinación entre entidades públicas



No obstante, llama la atención de la Sala el contenido de la cláusula décima séptima en la cual se establece que el Ministerio puede declarar el incumplimiento o imponer sanciones de manera unilateral<sup>124</sup>. Como se ha explicado, en los convenios interadministrativos, dado el plano de igualdad en que las partes participan en ellos, no es procedente la utilización de potestades unilaterales sancionatorias mediante acto administrativo, toda vez que ello rompe el mencionado paralelismo de intereses y pone a quien las utiliza en una situación de preeminencia que resulta ajena a la naturaleza de tales convenios. En este mismo sentido, tampoco resulta procedente realizar la liquidación unilateral del convenio, según se prevé en el parágrafo tercero de la cláusula cuarta *ibídem*.

Por otra parte, no se observa que las partes hayan pactado multas o cláusulas penales, lo que significa que en caso de incumplimiento parcial o total del objeto del convenio, estas no son procedentes. No obstante, como en el convenio se exigió la garantía única de cumplimiento (cláusula octava), el Ministerio – FONSECON, si bien no puede mediante acto administrativo hacer efectiva unilateralmente dicha garantía, en todo caso podrá acudir ante la aseguradora para que de conformidad con las reglas generales del contrato de seguro ampare el riesgo asegurado una vez acaecido el siniestro.

Finalmente es preciso indicar que la Sala tuvo conocimiento de la existencia del Convenio Interadministrativo No. F-163 de 2015, cuyo objeto y texto es similar al estudiado en precedencia, motivo por el cual a él le resultan aplicables los parámetros expuestos.

### **3. Otros “convenios” a los que ha tenido acceso la Sala**

Por información pública que reposa en la sede electrónica del Ministerio del Interior, la Sala ha conocido “convenios” celebrados por el Ministerio del Interior con cargo al Fondo Nacional de Seguridad y Convivencia Ciudadana-FONSECON con los entes territoriales para que estos a su vez subcontraten las obras, servicios y suministros. Se observa que, aun cuando se especifica que su objeto es aunar esfuerzos técnicos, administrativos y financieros entre el Ministerio y la otra entidad estatal parte de los mismos (generalmente los municipios u otros entes de carácter territorial) para promover la convivencia ciudadana, lo cierto es que de las estipulaciones que emanan de los mismos, en realidad, se obligan las entidades intervinientes patrimonialmente y acuerdan una obligación a favor de la otra o con reciprocidad, es

---

<sup>124</sup> “CLAUSULA DECIMA SEPTIMA. DECLARATORIA DE INCUMPLIMIENTO O IMPOSICION DE SANCIONES. En caso de incumplimiento por parte del MUNICIPIO de las obligaciones, términos o condiciones establecidas en el presente convenio, EL MINISTERIO podrá declarar el incumplimiento, previo cumplimiento del debido proceso. Las partes aceptan que en el caso en que el supervisor por parte del MINISTERIO advierta un presunto incumplimiento, se acudirá al procedimiento previsto en el Manual de Contratación del Ministerio del Interior y los Fondos a su cargo”.

decir, en forma conmutativa. Para una -el Ministerio- será la realización de una obra (o prestación de un servicio o la transferencia de un bien, etc.) y para la otra (el Municipio) será el pago de una contraprestación económica (precio o valor económico), lo que además implica que existe un precio como elemento esencial del contrato, de manera que, a juicio de la Sala, se constituyen en contratos en toda la extensión del concepto y con todos los efectos de esa particular institución jurídica.

De ahí que en su texto se destaquen cláusulas sobre las obligaciones que asume la entidad contratista frente a las de la entidad contratante; el plazo de ejecución y liquidación del contrato; el valor del convenio (precio); la forma de los desembolsos o pagos; las garantías de cumplimiento que debe otorgar la entidad estatal contratista a favor de la entidad contratante; la autonomía técnica y administrativa para la ejecución del objeto y las obligaciones por parte de la entidad estatal contratista frente a la contratante y la exclusión de la relación laboral para con el personal utilizado por aquella para el cumplimiento del objeto contractual; la supervisión del acuerdo; las multas y la cláusula penal ante el incumplimiento de las obligaciones de la entidad contratista; la declaratoria de incumplimiento y demás sanciones contractuales; su perfeccionamiento y ejecución, entre otras, todas las cuales, se reitera, permiten deducir que se tratan más bien de “contratos interadministrativos”, pese a que se denominen como “convenios interadministrativos”.

En consecuencia, los “*convenios de cofinanciación*” descritos son contratos en toda la extensión del concepto y con todos los efectos de esa particular institución jurídica.

## **H. Conclusiones**

### **1. En cuanto a los contratos y convenios interadministrativos**

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).

En los denominados “*otros convenios a los que ha tenido acceso la Sala*” celebrados por el Ministerio del Interior con cargo al Fondo Nacional de Seguridad y Convivencia Ciudadana-FONSECON con los entes territoriales para que estos a su vez **subcontraten** las obras, servicios y suministros, se concluye que constituyen

contratos en toda la extensión del concepto y con todos los efectos de esa particular institución jurídica.

## **2. En cuanto a la imposición de multas y declaratorias de incumplimiento para la efectividad de la cláusula penal y las garantías en los contratos y convenios interadministrativos**

Los artículos 7 y 17 de la Ley 1150 de 2007 y 86 de la Ley 1474 de 2011 reiteran la competencia de las entidades estatales de imponer unilateralmente, mediante acto administrativo, las multas pactadas en el contrato, declarar el incumplimiento, hacer efectiva la cláusula penal y las garantías, previa la celebración de una audiencia en la cual se inicia y agota todo el procedimiento para la ejecutoria de la sanción o su terminación, si ha cesado el incumplimiento.

De acuerdo con tales disposiciones, el pacto de multas como una medida coercitiva contractual debe distinguirse de la imposición unilateral de las mismas por parte de la entidad estatal contratante y su efectividad. La exorbitancia de las multas no radica en su pacto que es fruto de la autonomía de la voluntad, dado que no se trata de una cláusula obligatoria o excepcional al derecho común en los contratos estatales, sino que consiste en que una vez han sido pactadas su imposición se realizará en virtud de una potestad o prerrogativa unilateral de la Administración que se concreta en un acto administrativo resultado del adelantamiento de un procedimiento sancionatorio previsto en la ley, sin que para ello deba acudir al juez del contrato.

La declaratoria de incumplimiento del contrato es una potestad unilateral de la Administración contratante con el fin de hacer efectiva la cláusula penal pactada (autonomía de la voluntad) y las garantías exigidas al momento de contratar, para lo cual debe seguirse el procedimiento previsto en el citado artículo 86.

Con base en las anteriores consideraciones,

### **III. LA SALA RESPONDE:**

*1. “¿Los supuestos de hecho del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 se aplican a cualquier tipo de contrato estatal, entre éstos a los convenios interadministrativos de cofinanciación?”*

La noción “*contrato*” prevista en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, corresponde a todo tipo de contratos estatales cuya ejecución se rige por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, incluidos los interadministrativos; y “*contratista*”, no solo incluye a los

particulares, sino a las entidades públicas que voluntariamente han asumido dicha posición contractual.

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

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

**2.** *“En el evento en que la respuesta anterior sea negativa ¿cuáles serían los casos en que no es posible aplicar lo previsto en las mencionadas disposiciones y cuál el fundamento jurídico de la restricción para su aplicación?”*

La Sala se remite a la respuesta anterior.

**3.** *“En el evento en que los convenios interadministrativos de cofinanciación sean considerados como uno de los contratos no cobijados por lo previsto en los artículos 17 de la Ley 1150 de 2007 y 86 de la Ley 1474 de 2011 ¿cuáles serían los instrumentos y/o herramientas jurídicos con los cuales contaría el Ministerio del Interior, para poder exigir el cumplimiento de las obligaciones asumidas por sus co-contratantes en los convenios de cofinanciación que celebra y salvaguardar los recursos públicos comprometidos a través de éstos?”*

Los convenios interadministrativos de cofinanciación celebrados por el Ministerio del Interior con cargo al FONSECON sí están cobijados por los artículos 17 de la Ley 1150 de 2007 y 86 de la Ley 1474 de 2011, siempre que en su objeto se incluyan obligaciones de contenido patrimonial o comporten intereses puramente económicos y, por lo mismo, se someterán al mismo régimen de los contratos interadministrativos.

En consecuencia, respecto de tales convenios de cofinanciación será posible aplicar las potestades y el procedimiento descrito en los artículos 17 de la Ley 1150 de 2007 y 86 de la Ley 1474 de 2011, en relación con la imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento para hacer efectiva la cláusula penal (previamente pactada) y la garantía (declaratoria de siniestro, artículo 7 de la Ley 1150 de 2007).

Con todo, la inhabilidad por incumplimiento reiterado prevista en el artículo 90 de la Ley 1474 de 2011, con fundamento en la imposición de multas o declaratorias de incumplimiento en contratos interadministrativos, no se predica respecto de las entidades estatales contratistas destinatarias de las mencionadas potestades unilaterales, de conformidad con las consideraciones de este concepto.

Además es posible en los contratos interadministrativos el ejercicio de otros poderes o potestades unilaterales señaladas en la ley como la liquidación unilateral (artículos 11 de la Ley 1150 de 2007 y 164 num. 2 literal j. de la Ley 1437 de 2011) y la terminación unilateral por nulidad absoluta en los casos previstos en la ley (artículo 45 de la Ley 80 de 1993).

Por otra parte, para exigir el cumplimiento de las obligaciones asumidas por los partícipes de un *convenio interadministrativo* propiamente dicho y salvaguardar los recursos públicos comprometidos, las entidades estatales al celebrar tales convenios y, con base en los estudios previos, pueden:

- a.** Exigir que el convenio incluya un “*pacto de conocimiento y diligencia*”, en el sentido de que los partícipes conocen la trascendencia o importancia del convenio en atención a los deberes constitucionales y legales que con ese negocio jurídico se pretenden atender, así como la capacidad institucional, la idoneidad de su equipo humano y la disponibilidad para cumplir con el objeto del convenio interadministrativo;
- b.** Requerir garantías como una medida proporcionada para prevenir el riesgo de cumplimiento, en clara aplicación del deber de planeación y los principios de economía, responsabilidad y precaución;
- c.** En atención a los principios de transparencia, responsabilidad y precaución, lo que se refleja en el deber especial de supervisar en forma permanente la ejecución del convenio, se señalará la necesidad de actuar a través de un supervisor o interventor del convenio, según el caso;
- d.** Con el fin de proteger el interés general al que las entidades partícipes del convenio aportan desde su ámbito funcional, puede pactarse la terminación anticipada del negocio jurídico, bien sea por el mutuo disenso o a través de condiciones resolutorias expresas por incumplimiento;

e. Con el fin de compeler a los partícipes del convenio a cumplirlo se podrán pactar multas o cláusulas penales, pero la declaratoria de incumplimiento o la imposición de las multas o cláusulas penales así como su ejecución, corresponderá al juez del convenio y, si se ha pactado como garantía una póliza de cumplimiento, deberá realizarse la correspondiente reclamación a la aseguradora siguiendo para el efecto las normas del derecho común.

f. Establecer los mecanismos de seguimiento, vigilancia y control de la ejecución del convenio y de los compromisos adquiridos por los firmantes, así como pactar expresamente las consecuencias aplicables en caso de incumplimiento de las obligaciones y compromisos asumidos por cada una de las partes y, en su caso, los criterios para determinar la posible indemnización por el incumplimiento.

Todo lo anterior sin perjuicio del deber jurídico concreto que tienen los servidores públicos que representan a las entidades que celebraron el convenio, en relación con su cumplimiento de buena fe, bajo la carga de especial *diligencia* que compromete a las entidades estatales en la garantía de la efectividad de los derechos consagrados en la Constitución y la satisfacción de los interés generales a los que está obligada la Administración (artículos 1, 2 y 209 CP), pues eventos de incumplimiento comprometen la responsabilidad contractual de las entidades y personal de los servidores públicos.

Remítase al señor Ministro del Interior y a la Secretaría Jurídica de Presidencia de la República.

**GERMÁN ALBERTO BULA ESCOBAR**  
Presidente de la Sala

**EDGAR GONZÁLEZ LÓPEZ**  
Consejero de Estado

**ÁLVARO NAMÉN VARGAS**  
Consejero de Estado

**LUCÍA MAZUERA ROMERO**  
Secretaria de la Sala