

# Consideraciones sobre los contratos y convenios interadministrativos

JORGE ENRIQUE SANTOS RODRÍGUEZ\*

## SUMARIO

Introducción. I. La diversidad de forma de la actividad comercial de la administración pública y los conceptos de contrato y convenio interadministrativo. A. Contrato de la administración, acto administrativo complejo y convenio de la administración. B. Los convenios de la administración: definición y características. C. Relaciones interorgánicas y relaciones interadministrativas. D. Concepto de convenio y contrato interadministrativo. II. Régimen general de los contratos y convenios interadministrativos en Colombia. A. Convenios y contratos interadministrativos en el Decreto 222 de 1983. B. Convenios y contratos interadministrativos en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

## INTRODUCCIÓN

Es tradicional reconocer la existencia de unas relaciones con auténticas implicaciones jurídicas entre las diferentes administraciones públicas, las cuales son indispensables para el normal funcionamiento del Estado. Así, puede evidenciarse fácilmente que entre las administraciones públicas existen relaciones de coordinación, de cooperación, de jerarquía, consultivas, de conflicto, de control, etc.

Ahora bien, también es cierto que el ordenamiento jurídico establece diversas formas jurídicas mediante las cuales se instrumentalizan esas relaciones entre las

\* Abogado y candidato a magíster en derecho administrativo de la Universidad Externado de Colombia. Docente del Departamento de Derecho Administrativo de la misma universidad.

administraciones públicas, todas las cuales implican la aplicación de fundamentos teóricos y regímenes jurídicos muy diversos.

En este estudio, en especial nos interesa distinguir entre dos formas jurídicas particulares a través de las cuales las administraciones tienen vínculos, formas jurídicas que tienen como común denominador que se trata de especies de la actividad negocial de la administración: los contratos y los convenios celebrados entre dos administraciones públicas.

Para el efecto, en primer lugar estudiaremos la diversidad de forma de la actividad negocial de la administración pública y los conceptos de contrato y convenio interadministrativo (I) y luego analizaremos detalladamente el régimen general de los contratos y convenios interadministrativos en Colombia (II).

## I. LA DIVERSIDAD DE FORMA DE LA ACTIVIDAD NEGOCIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y LOS CONCEPTOS DE CONTRATO Y CONVENIO INTERADMINISTRATIVO

Una revisión general de la actividad administrativa y, en especial, una revisión detallada de la actividad negocial de la administración revela que ella puede tomar diversas facetas o revestirse de diferentes ropajes, marcados por todo el complejo sistema de actos jurídico-públicos en los cuales aparece la expresión de la voluntad de la administración<sup>1</sup>.

De esta manera, para poder identificar con absoluta claridad la existencia de la figura de los convenios de la administración como figura autónoma y diferenciada de los contratos que ella misma suscribe, así como de los actos administrativos proferidos en desarrollo de la actividad administrativa, lo primero que debemos hacer es explorar algunas de las diversas formas de la actividad negocial de la administración dentro del sistema de actos jurídico-públicos, para lo cual es preciso distinguir las figuras del contrato de la administración, el acto administrativo complejo y el contrato de la administración, como pasamos a continuación a hacerlo.

### A. CONTRATO DE LA ADMINISTRACIÓN, ACTO ADMINISTRATIVO COMPLEJO Y CONVENIO DE LA ADMINISTRACIÓN

Una primera distinción que debe hacerse y que resultará útil para nuestro fin, esto es, llegar a establecer la existencia de los convenios de la administración como una figura jurídica especial y particularmente compleja, es la identificación de la

1 Cfr. ALFREDO GALLEGU GALLEGU. *Derecho administrativo I. Materiales*, 8.ª ed., Madrid, Fotjae, 1996, pp. 311 y ss.; JOSÉ LUIS VILLAR PALASÍ y JOSÉ LUIS VILLAR EZCURRA. *Principios de derecho administrativo*, t. III, Contratación administrativa, Madrid, Universidad de Madrid, 1983, pp. 20 y ss., y JOSÉ LUIS MEILÁN GIL. *La estructura de los contratos públicos*, Madrid, Lustel, 2008, pp. 17 y ss.

existencia de los actos administrativos complejos y los contratos de la administración.

En los actos administrativos complejos, si bien existen varias expresiones de la voluntad, es decir, en la elaboración y formación del acto concurren diversas voluntades, éstas, por ser concurrentes o paralelas, se unifican en una sola declaración, de tal manera que las mismas resultan inescindibles una vez hayan concurrido y se hayan unificado en una sola manifestación con efectos jurídicos. En otras palabras, en el acto administrativo complejo, a pesar de que existen diferentes voluntades, estas se unifican en una sola declaración de voluntad cuya finalidad es la satisfacción de intereses comunes a todos los sujetos que expresan su voluntad<sup>2</sup>.

Por el contrario, la definición más tradicional del concepto de contrato, que corresponde con la definición liberal decimonónica del concepto, implica que contrato es cualquier acuerdo de voluntades que modifica el ordenamiento jurídico en el sentido de crear, modificar o extinguir obligaciones<sup>3</sup>. No obstante, a partir de la teoría de la causa, aceptada dentro de nuestro derecho positivo, esta definición general y tradicional de contrato puede ser susceptible de ser reducida. En efecto, en aplicación de un criterio material que envuelve la causa tenida en cuenta para contratar, es posible llegar a precisar con mayor detalle el contenido del concepto de contrato<sup>4</sup>.

Según el anterior orden de ideas, es posible afirmar que el contrato es en efecto un acuerdo de voluntades que modifica las situaciones jurídicas subjetivas de

- 2 Cfr. JOSÉ ANTONIO GARCÍA-TREVIJANO FOS. *Los actos administrativos*, 2.ª ed., Madrid, Civitas, 1991, p. 234: "Acto complejo. Es el que resulta del concurso de varios órganos o de varios entes. La característica es que las voluntades tienen un único contenido y una única finalidad, y se funden para formar un acto único". La doctrina también ha dicho que el acto complejo "es el que resulta o se forma del concurso de dos o más voluntades, públicas o privadas, varios órganos o personas, que se unen en una sola voluntad" (ANDRÉS SERRA ROJAS. *Derecho administrativo. Primer curso*, 21.ª ed., México, Porrúa, 2000, p. 247). En igual sentido, cfr. MANUEL MARÍA DíEZ. *El acto administrativo*, Buenos Aires, Tipográfica Argentina, 1973, pp. 123 y ss.; FERNANDO GARRIDO FALLA. *Tratado de derecho administrativo*, vol. 1, *Parte general*, 12.ª ed., Madrid, Tecnos, 1994, p. 486, y CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO. *Curso de derecho administrativo*, traducción de la 18.ª ed. brasileña, México, Porrúa, 2006, p. 368.
- 3 Según el artículo 1495 del Código Civil, el contrato es simplemente "un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa". Concordante con la anterior definición, la doctrina ha dicho que el contrato, de forma general, es "un acto jurídico voluntario, una declaración de voluntad, que tiene por objeto establecer un relación jurídica entre dos personas, obligando a la una para con la otra a determinada prestación" (LUIS CLARO SOLAR. *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, t. X, *Obligaciones y contratos 1*, Santiago de Chile, Nascimento, 1936, n.º 629). En igual sentido, ARTURO ALESSANDRI RODRÍGUEZ. *De los contratos*, Bogotá, Temis–Jurídica de Chile, 1999, p. 5.
- 4 La teoría de la causa es aceptada por nuestro Código Civil en el artículo 1524, de conformidad con el cual, "no puede haber obligación sin causa real y lícita [...] se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato". Sobre las diversas teorías de la causa y su aplicación a los negocios jurídicos, cfr. MIGUEL BETANCOURT REY. *Derecho privado: categorías básicas*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 1996, pp. 203 y ss.

las partes intervinientes, pero no se trata de cualquier clase de voluntades, sino únicamente de aquellas manifestadas por sujetos de derecho que tienen pretensiones o interés disímiles que se pueden ver como opuestos. En otras palabras, el contrato es un acuerdo de voluntades, en el cual cada uno de los participantes tiene finalidades opuestas<sup>5</sup>.

Frente a las voluntades que buscan satisfacer necesidades disímiles, como nota particular de los contratos, en este punto resulta preciso hacer notar que dichas manifestaciones de la voluntad pueden ser separadas, es decir, las voluntades son, en efecto, separables para efectos de su análisis y juzgamiento.

Ahora bien, en tal contexto, basta agregar un ingrediente subjetivo para poder deducir la existencia del contrato de la administración, cual es la necesaria e imprescindible presencia de un sujeto especial de derecho llamado administración pública, lo cual implica que el contrato de la administración es un acuerdo de voluntades en el cual cada uno de los participantes pretende satisfacer necesidades o finalidades opuestas, donde necesariamente una de las partes tiene que ser una administración pública<sup>6</sup>.

Como consecuencia de lo anterior, la primera diferencia que aparece entre el acto administrativo complejo y el contrato de la administración no se encuentra en el hecho de que existan diversas voluntades, sino, en realidad, en la dirección a la cual apuntan las voluntades: en el acto administrativo complejo, las voluntades buscan alcanzar un interés común, mientras que en el contrato de la administración pretenden satisfacer intereses disímiles.

Pero las diferencias no acaban allí: es así como, de acuerdo con lo expuesto, la otra diferencia radica en el hecho de que en el acto administrativo complejo las voluntades se fusionan de tal manera que no es posible separarlas, en tanto que en el contrato de la administración, si bien existe un encuentro de voluntades, éstas permanecen independientes y su separación siempre será posible.

5 Sobre el concepto causalista de contrato y sus efectos respecto de la actividad negocial de la administración, cfr. AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN. *Los convenios de la administración: entre la gestión pública y la actividad negocial*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2008, pp. 41 y ss.

6 Sobre el criterio subjetivo de identificación de los contratos de la administración, cfr. Tribunal de Arbitramento de *Caja de Compensación Familiar Camacol—Comfamiliar Camacol* contra *Caja Nacional de Previsión—Cajanal EPS*. Laudo del 29 de mayo de 2003: "Nótese que de conformidad con la definición legal que se transcribe [artículo 32 de la Ley 80 de 1993], el criterio vigente para determinar la existencia de un contrato estatal es el subjetivo u orgánico, según el cual basta con que una de las partes del respectivo contrato pueda ser identificada como un sujeto o un órgano que encaje dentro de la clasificación de entidades estatales, para concluir entonces que el respectivo contrato tendrá la connotación de estatal". En igual sentido, JUAN CARLOS EXPÓSITO VÉLEZ. *La configuración del contrato de la administración pública en derecho colombiano y español*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 254: "Ahora bien, de la misma definición se colige que el aspecto subjetivo, o sea la presencia de la administración, está otorgándole la característica de estatal al contrato que celebra la administración pública colombiana".

Como lo acabamos de enunciar y explicar, la aplicación de la teoría de la causa consagrada dentro de nuestro derecho positivo (cfr. artículo 1524 del Código Civil) implica que el contrato es un verdadero acuerdo de voluntades productor de efectos jurídicos, en el cual los sujetos de derecho que intervienen en la relación jurídico-negocial acuden con intereses disímiles y contrapuestos. A su vez y de acuerdo con lo expuesto, el contrato de la administración tiene el mismo contenido, pero tiene como especialidad que uno de los sujetos que interviene en el acuerdo de voluntades—la administración pública—goza de una calificación jurídica especial que hace que el régimen jurídico aplicable sea igualmente especial<sup>7</sup>.

En oposición a lo anterior, pero también teniendo en cuenta el ingrediente subjetivo que implica la presencia de la administración pública como sujeto jurídico cualificada, puede afirmarse que el convenio de la administración es también un negocio jurídico pues existe una expresión de voluntades que también genera efectos jurídicos en el sentido de crear, modificar o extinguir una o varias obligaciones, por lo cual deben rechazarse de entrada las manifestaciones de un sector de la doctrina en el sentido de que los convenios no generan obligaciones<sup>8</sup>.

No obstante, a pesar de ser un acuerdo de voluntades generador de obligaciones para sus intervinientes, en el convenio de la administración, la vinculación jurídica entre las partes se da con el ánimo de obtener la realización de fines comunes a ambas partes<sup>9</sup>.

La idea expresada es aceptada tanto por la doctrina extranjera como por la jurisprudencia nacional, llegando incluso a distinguir entre el negocio jurídico administrativo de colaboración y el negocio jurídico administrativo de cooperación, en los cuales: en el de colaboración, las partes tienen intereses disímiles y buscan satisfacer necesidades que pueden verse como opuestas, en tanto que en los negocios de cooperación, las partes intervienen con intereses convergentes,

7 Sobre la especial posición de la administración en las relaciones jurídicas, cfr. RENATO ALESSI. *Instituciones de derecho administrativo*, t. 1, traducción de la 3.ª ed. italiana, Barcelona, Bosch, 1970, pp. 181 y ss.

8 Entre quienes niegan que los convenios de la administración son negocios generadores de obligaciones, cfr. EXPÓSITO VÉLEZ. *La configuración del contrato de la administración pública en derecho colombiano y español*, cit., pp. 361 y ss., y JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. *Tratado de derecho administrativo*, t. IV, *Contratación indebida*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, p. 248, quien señala: "[...] encontramos, entonces, que es posible que existan relaciones jurídicas entre entidades públicas que, fundadas en criterios de colaboración, ayuda o cooperación, no configuren un estricto régimen obligacional, y que por lo tanto no se trate de verdaderos contratos sino que constituyen simples convenciones entre sujetos administrativos". A favor de la idea de que los convenios de la administración sí dan lugar al surgimiento de relaciones obligacionales, cfr. CHÁVEZ MARÍN. *Los convenios de la administración: entre la gestión pública y la actividad negocial*, cit., pp. 84 y 85.

9 Cfr. ENRIQUE SAYAGUÉS LASO. *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, 8ª ed., Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2002, p. 395, y HÉCTOR JORGE ESCOLA. *Tratado integral de los contratos administrativos*, t. 1, *Parte general*, Buenos Aires, Depalma, 1977, p. 310.

por lo cual en los primeros se afirma que existe subordinación, mientras que en los segundos existe igualdad, por lo tanto en los primeros se permite la exorbitancia y en los segundos se impide<sup>10</sup>.

En este orden de ideas, resulta útil diferenciar los negocios jurídicos administrativos compositivos, que son aquellos que buscan eliminar o precaver un litigio (el caso de una transacción); los negocios jurídicos administrativos de intercambio patrimonial, que pretenden el intercambio de prestaciones de contenido económico y la satisfacción de necesidades opuestas (el caso de un contrato de obra o de concesión) y los convenios administrativos de colaboración, en los cuales las dos partes intervinientes acuden a satisfacer un mismo interés, el cual debe coincidir necesariamente con el interés general<sup>11</sup>.

En consecuencia, de acuerdo con lo expresado, la diferencia entre contrato y convenio de la administración salta a la vista: en el primero, los intereses y finalidades de las partes intervinientes pueden verse como opuestos, en tanto que en el segundo, las necesidades que se pretenden satisfacer por las partes son idénticas y coinciden con el interés general.

Vistos los conceptos de convenio de la administración y de acto administrativo complejo, ellos resultan aparentemente idénticos en el sentido de que, por una parte, existen diferentes manifestaciones de la voluntad de diversos sujetos jurídicos intervinientes y, por otra, todas las voluntades que intervienen pretenden la satisfacción de intereses comunes a las dos partes.

Ahora bien, a pesar de esa aparente identidad entre los dos conceptos jurídicos enunciados, es posible hacer una distinción certera entre ellos, en cuanto difieren en el hecho de que el acto administrativo complejo es en realidad un acto unilateral, mientras que el convenio de la administración es un negocio jurídico bilateral.

10 Cfr. RAFAEL ENTRENA CUESTA. "Consideraciones sobre la teoría general de los contratos administrativos", en *Revista de Administración Pública*, n.º 24, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, septiembre–diciembre de 1957, p. 41, quien formula la siguiente división de contratos de la administración pública: "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 porque ninguna de las partes puede actuar unilateralmente sin el acuerdo de la obra. Estos serían los contratos públicos *stricto sensu* (ya que *lato sensu* lo son todos)". En igual sentido, cfr. FERNANDO GARRIDO FALLA. *Tratado de derecho administrativo*, vol. II, *Parte general: conclusión*, 12.ª ed., Madrid, Tecnos, 2005, pp. 63 y 64. Desde el punto de vista de la jurisprudencia, cfr. Tribunal de Arbitramento de *Fiducia Ciudad Salitre* contra *Instituto de Desarrollo Urbano (IDU)*. Laudo del 21 de julio de 1995.

11 Cfr. JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DE SANTIAGO. *Los convenios entre administraciones públicas*, Madrid, Marcial Pons, 1997, pp. 105 y ss., y 143 y ss., y ROBERTO BUSTILLO BOLADO. *Convenios y contratos administrativos*, Elcano (Navarra), Aranzadi, 2001, pp. 183 y ss.

En efecto, en el convenio de la administración son dos voluntades que si bien convergen en un solo fin y existe un acuerdo entre ellas, las mismas permanecen independientes y es posible separarlas para efectos de su valoración y juzgamiento. En cambio, en el acto administrativo complejo, a pesar de existir diversas expresiones de la voluntad, todas ellas se fusionan llegando a convertirse en una sola voluntad en la cual no es posible identificar y separar cada una de las voluntades. Por lo anterior, no resulta posible aceptar la posición de un sector de la doctrina en el sentido de identificar estas dos especies de actuación administrativa<sup>12</sup>.

## B. LOS CONVENIOS DE LA ADMINISTRACIÓN: DEFINICIÓN Y CARACTERÍSTICAS

Todo lo anteriormente expuesto corrobora la teoría de que junto a la actividad administrativo unilateral y al lado de la actividad contractual, puede afirmarse que existe una actividad convencional de la administración como actividad autónoma y diferenciada.

En ese orden de ideas y de acuerdo con lo expresado en el acápite anterior, el convenio de la administración puede sintetizarse como es el negocio jurídico bilateral de la administración en virtud del cual ésta se vincula con otra persona jurídica pública o con una persona jurídica o natural privada para alcanzar fines de interés mutuo en el marco de la ejecución de funciones administrativas, fines que, como es obvio, siempre deberán coincidir con el interés general (art. 209 de la Constitución Política).

De acuerdo con la anterior definición, como características más importantes de los convenios de la administración podemos citar las siguientes<sup>13</sup>:

– Desde un punto de vista simplemente formal, la actividad convencional es una modalidad de la actividad negocial de la administración pues involucra y se realiza mediante la manifestación y el acuerdo de voluntades. En ese orden de ideas, el concepto de convenio de la administración formaría parte del concepto más tradicional de contrato que no incluye la teoría de la causa, la cual resulta imprescindible en nuestro ordenamiento positivo.

– Las relaciones jurídicas surgidas del vínculo negocial generado por el convenio de la administración son de obligatorio cumplimiento por las partes involucradas, es decir, tienen plenos efectos jurídicos en el sentido de que las prestaciones deben ser ejecutadas, por lo cual se encuentran disponibles las herramientas legales

12 Sobre esta posición de la doctrina que asimila a los convenios administrativos con los actos administrativos complejos, cfr. MIGUEL ÁNGEL BERCAITZ. *Teoría general de los contratos administrativos*, 2.ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1980, n.º 70.

13 Sobre el concepto y las principales características de los convenios de la administración, cfr. CHÁVEZ MARÍN. *Los convenios de la administración: entre la gestión pública y la actividad negocial*, cit., pp. 81 y ss.

y judiciales de coerción para lograr el efectivo cumplimiento de las prestaciones asumidas por cada una de las partes.

– El objeto de los convenios de la administración implica siempre el acuerdo de voluntades, las cuales permanecen como autónomas y separables, alrededor de unos fines e intereses comunes a las partes que intervienen en el vínculo.

– En el convenio de la administración sólo es indispensable que una de las partes sea pública; no es necesario que ambas lo sean, puesto que aquél puede ser celebrado también con particulares (v. gr. convenios de apoyo a los que se refiere el artículo 355 de la Constitución o convenios de ciencia y tecnología regulados en los decretos 393 y 591 de 1991). En todo caso, independiente de si se celebra con otra administración pública o con particular, con el convenio debe buscarse el cumplimiento conjunto de funciones administrativas sin llegar a delegarlas, salvo en el convenio de descentralización por colaboración.

– El convenio de la administración constituye un objeto o una técnica especial para la gestión pública, esto es, para lograr la realización de los fines atribuidos por el ordenamiento a las entidades estatales.

### C. RELACIONES INTERORGÁNICAS Y RELACIONES INTERADMINISTRATIVAS

Con base en la teoría del órgano elaborada por GIERKE, actualmente resulta un lugar común de la doctrina, tanto de derecho público como de derecho privado, la afirmación en el sentido de que las personas jurídicas (públicas o privadas) no pueden actuar por sí mismas, sino que deben hacerlo por medio de sus órganos, los cuales forman parte de ellas como un elemento inescindible formado por un componente estático relacionado con la estructura de la persona misma y otro elemento dinámico que más bien hace relación a la intervención humana en la actuación de las personas jurídicas<sup>14</sup>.

14 Sobre la teoría del órgano en general, cfr. JUAN ALFONSO SANTAMARÍA PASTOR. "La teoría del órgano en el derecho administrativo", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.ºs 40 y 41, Madrid, Civitas, enero-marzo de 1984, pp. 43 y ss. En particular, cfr. JULIO RODOLFO COMADIRA y HÉCTOR JORGE ESCOLA. *Derecho administrativo argentino*, México, Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, pp. 92 y 93: "La teoría del órgano parte del supuesto innegable de que la voluntad es un atributo propio e inherente a las personas físicas, las cuales son las únicas realmente capaces de querer, motivo por el cual, al disponerse la organización del Estado, se previó qué personas físicas tendrán el encargo de expresar la voluntad que sería imputada al ser colectivo, al Estado. Estas personas son los órganos de voluntad de la persona colectiva, de la persona jurídica, mediante los cuales ésta puede querer jurídicamente. El órgano, así entendido, no es un ente extraño a la persona jurídica, ni un sujeto diferente a ella, sino que, al contrario, forma parte de ella. El órgano nace con la persona jurídica, siendo uno de sus elementos constitutivos, y es el instrumento o medio para que exprese su voluntad y actúe". En el derecho privado, la doctrina ha dicho que "la realización del fin de la persona jurídica exige que ella revista cierta organización: necesita administradores, presidentes, representantes, gerentes, en una palabra, personas naturales que expresen la voluntad de la persona jurídica y actúen por ella. Esos sujetos se conocen

De tal manera que el órgano es el mecanismo mediante el cual actúa la persona jurídica y expresa su voluntad. No obstante, dentro de este contexto, es preciso hacer notar desde ya que no es cierta la identificación entre persona jurídica y órgano, puesto que dentro de una persona jurídica puede haber más de un órgano y entre los órganos de una misma persona jurídica pueden darse relaciones jurídicas internas que son llamadas relaciones interorgánicas, las cuales son unas relaciones simplemente internas y cuyos efectos no rebasan la esfera propia de la persona jurídica dentro de la cual se producen<sup>15</sup>.

Todo lo anterior, aplicado al derecho público, implica, en primer lugar, la necesidad de comprender que aceptada la personalidad jurídica del Estado, es posible identificar dentro de este la existencia de una multiplicidad de personas jurídicas: la Nación, los departamentos, los municipios, los distritos, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, etc. Estas personas jurídicas son denominadas *personas jurídicas públicas*<sup>16</sup>.

Estas personas jurídicas públicas actúan mediante órganos, como lo hacen todas las demás personas públicas, y entre sus órganos pueden darse actos y relaciones jurídicas internos, los cuales no son actos administrativos sino *actos de administración*, pues su alcance no llega al exterior de la persona jurídica sino que se queda en las nuevas relaciones jurídicas internas, interorgánicas (por ejemplo, las relaciones entre dos viceministerios o entre dos secretarías de un mismo departamento o municipio)<sup>17</sup>.

A su vez, en la actividad negocial de la administración, en el derecho administrativo colombiano, ese concepto general de órgano debe sufrir una matización adicional. En efecto, debe recordarse que el artículo 2.º de la Ley 80 de 1993 otorgó capacidad de contratación a múltiples órganos de la administración que carecen de la virtualidad de ser personas jurídicas públicas (por ejemplo, ministerios y departamentos administrativos)<sup>18</sup>.

con el nombre de 'órganos' de la persona jurídica. Así los ha denominado no sólo la doctrina sino la propia ley" (BETANCOURT REY. *Derecho privado: categorías básicas*, cit., p. 586).

15 Sobre las relaciones interorgánicas, cfr. ARTURO VALENCIA ZEA y ÁLVARO ORTIZ MONSALVE. *Derecho civil*, t. 1, *Parte general y personas*, 16.ª ed., Bogotá, Temis, 2006, pp. 494 y ss.

16 En relación con el concepto de persona jurídica pública, cfr. LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ. *Derecho administrativo general y colombiano*, 15.ª ed., Bogotá, Temis, 2007, n.ºs 55 y ss.

17 Al respecto, la doctrina ha dicho: "Se ha visto que los órganos no son sujetos de derecho, careciendo, por ende, de personalidad jurídica propia. Esta circunstancia no impide reconocer la existencia de vínculos jurídicos entre los órganos de una misma persona jurídica pública estatal. Ese tipo de relaciones, denominadas inter-orgánicas, permite sustentar la idea de una subjetividad interna, limitada a las vinculaciones que se traban en el seno de una misma persona jurídica. La actividad interorgánica es considerada una actividad jurídica que debe encuadrarse en el ordenamiento", dando lugar a la existencia de actos de administración y no de actos administrativos. Cfr. JUAN CARLOS CASSAGNE. *Derecho administrativo*, t. 1, 8.ª ed., Buenos Aires, LexisNexis y Abeledo-Perrot, 2006, p. 225.

18 Para una presentación sistemática de las reglas que trae el estatuto de contratación para

De esta manera, en materia de contratación estatal, el concepto de órgano se hace mucha más estricto y debe ser asimilado con el de dependencia de la respectiva entidad estatal con capacidad de contratación (por ejemplo, serían simplemente órganos la secretaría general dentro de un ministerio, las secretarías departamentales o distritales, etc.).

Entre las dependencias u órganos de una entidad estatal con capacidad de contratación pueden celebrarse acuerdos y, en general, formarse relaciones jurídicas. No obstante, de acuerdo con lo expresado a propósito de las relaciones interorgánicas, las relaciones negociales que surgen entre esas dependencias son, en realidad, acuerdos interorgánicos que nunca alcanzarán la categoría de convenios de la administración pues su alcance jurídico es simplemente interno.

De esta manera, puede afirmarse que para poder hablar de convenios interadministrativos es necesario salir de esas relaciones simplemente interorgánicas y situarnos en el campo de las relaciones interadministrativas<sup>19</sup>.

Al respecto, debe hacerse notar que las relaciones interadministrativas se dan, en principio, únicamente entre dos personas jurídicas públicas diferentes (por ejemplo, entre la Nación y un departamento) o entre el órgano de una persona jurídica pública y otro órgano u otra persona jurídica pública (por ejemplo, entre una secretaría de departamento y una secretaría de un municipio, o entre una dependencia de un ministerio con establecimiento público).

No obstante, dentro de la matización que estamos haciendo entre la regla general y el caso de la actividad negocial de la administración, es preciso resaltar que las relaciones interadministrativas negociales se dan entre dos entidades con capacidad de contratación, entre dos personas jurídicas públicas o entre dependencias de entidades con capacidad de contratación.

#### D. CONCEPTO DE CONVENIO Y CONTRATO INTERADMINISTRATIVO

De acuerdo con todo lo anteriormente expuesto, podemos manifestar que el convenio interadministrativo es el negocio jurídico en el cual están presentes dos entidades públicas en desarrollo de relaciones interadministrativas cuyo objeto es coordinar, cooperar, colaborar o distribuir competencias en la realización de funciones administrativas de interés común a los sujetos negociales.

La anterior definición merece las siguientes puntualizaciones:

– Los sujetos del convenio interadministrativo deben ser aquellos que pueden formar parte de una relación interadministrativa y no simplemente interorgáni-

la identificación de las entidades públicas que pueden ser parte en un contrato estatal, cfr. SANTOFIMIO GAMBOA. *Tratado de derecho administrativo*, t. IV, cit., pp. 344 y ss.

19 Cfr. CHÁVEZ MARÍN. *Los convenios de la administración: entre la gestión pública y la actividad negocial*, cit., pp. 110 y ss.

ca, pues en el segundo caso estaremos frente a acuerdos interorgánicos, por las razones indicadas atrás.

– La coordinación implica que cada uno de los sujetos negociables va a realizar separadamente sus funciones, pero en cuanto sean concordantes para lograr un fin común, se trata de mantener una separación de competencias, pero para ejercerlas de tal manera que se logre evitar una duplicidad de funciones y esfuerzos e ineficiencias. En relación con esta clase de coordinación, es preciso hacer notar que esta debe ser voluntaria entre las partes y no alude al concepto de coordinación tradicional donde un superior jerárquico impone medidas para la integración de las partes<sup>20</sup>.

– La cooperación, en cambio, se refiere a una ayuda, un auxilio, la solidaridad entre los sujetos desde su ámbito competencial que ejecutan actividades que interesan mutuamente a las partes para alcanzar un fin común de forma más eficaz. Es decir, cada una de las partes ejerce sus propias competencias, que son diferentes pero que es necesario relacionar para efectos de realizar la función administrativa de una manera más eficiente<sup>21</sup>.

– La colaboración, por su parte, se refiere al apoyo que una entidad específica presta a otra, desde su propio ámbito de competencias, para que de esta manera se logre cumplir la función de la entidad apoyada, lo cual interesa también a quien presta el apoyo, pero, en todo caso, no es su propia función o competencia. En otras palabras, en la colaboración una entidad apoya a otra para que cumpla su propia competencia, pero cuyo cumplimiento interesa a la entidad que presta el apoyo<sup>22</sup>.

– La distribución de competencias puede darse simplemente cuando una competencia muy general es asignada a dos entidades y estas distribuyen competencias específicas para ejecutar lo general, evitando duplicidad de funciones y al mismo tiempo logrando una eficiente gestión contractual<sup>23</sup>.

El contrato interadministrativo, por su parte, es también celebrado entre dos entidades públicas con capacidad de tener relaciones interadministrativas, con la particularidad de que el contrato es negocio jurídico generador de obligaciones al cual acuden las partes con diversidad de intereses. En el contrato se pueden identificar contratante y contratista, y el segundo, aunque persona pública, tiene intereses y está en un mercado de forma similar a como lo hace el particular.

20 Cfr. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO. *Los convenios entre administraciones públicas*, cit., pp. 28 y ss.

21 Cfr. *ibíd.*, pp. 22 y ss., y CHÁVEZ MARÍN. *Los convenios de la administración: entre la gestión pública y la actividad negocial*, cit., pp. 235 y ss.

22 Cfr. Tribunal de Arbitramento de *Fiducia Ciudad Salitre* contra *Instituto de Desarrollo Urbano (IDU)*. Laudo del 21 de julio de 1995.

23 Cfr. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO. *Los convenios entre administraciones públicas*, cit., pp. 31 y ss.

## II. RÉGIMEN GENERAL DE LOS CONTRATOS Y CONVENIOS INTERADMINISTRATIVOS EN COLOMBIA

A diferencia de otros ordenamientos jurídicos como el español, el derecho positivo colombiano trata bajo una regulación común las figuras del contrato y el convenio interadministrativo. Es decir, el régimen jurídico que gobierna la celebración y ejecución de esos acuerdos de voluntades es fundamentalmente el mismo<sup>24</sup>, con excepción de algunos regímenes especiales consagrados expresamente por el propio ordenamiento y sin perjuicio de que la interpretación de las normas que son marco de estos convenios y contratos pueda ser diferente atendiendo la naturaleza del acuerdo de voluntades.

### A. CONVENIOS Y CONTRATOS INTERADMINISTRATIVOS EN EL DECRETO 222 DE 1983

El anterior Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, contenido el Decreto–Ley 222 de 1983 traía una regulación singular para los acuerdos de voluntades entre administraciones públicas que, como ha sido tradicional en el derecho positivo colombiano, era común, tanto para el contrato como para el convenio interadministrativo, aunque parecía únicamente destinada al contrato.

En efecto, el artículo 16 del Decreto-Ley 222 de 1983 establecía un listado de contratos administrativos. En tal enumeración señalaba que serían contratos administrativos "5. Los interadministrativos internos", cuyo objeto fuera la concesión de servicios públicos, la ejecución de obras públicas, la prestación de servicios y el suministro. Lo anterior quiere decir que los demás tipos contractuales, aun cuando fueran interadministrativos, caían dentro de la categoría de contratos de derecho privado de la administración.

No obstante, en aplicación del artículo 25 del mismo estatuto, tanto los contratos administrativos como los de derecho privado debían ser celebrados siguiendo los procedimientos de selección de derecho administrativo y, en primer lugar, el procedimiento de la licitación pública.

24 Cfr. en este sentido, AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN. "Los convenios de la administración", en *Lecturas de derecho administrativo*, 2.ª ed., Bogotá, Universidad Santo Tomás, 2008, p. 230: "El actual estatuto general de contratación de la administración pública, contenido en la Ley 80 de 1993, no distingue los dos tipos señalados. Diferentes disposiciones de la Ley se refieren indistintamente a convenios como a contratos interadministrativos, para darles similar tratamiento, normas de las cuales se desprende que en derecho positivo la distinción que proponemos no ha sido adoptada plenamente en el ordenamiento colombiano". En contra, cfr. EXPÓSITO VÉLEZ. *La configuración del contrato de la administración pública en derecho colombiano y español*, cit., pp. 361 y ss., y JORGE PINO RICCI. "Los convenios interadministrativos", en *Primeras jornadas de derecho constitucional y administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001, pp. 651 y ss.

En cuanto al contenido mismo de los contratos interadministrativos, según los artículos 23 y 19 *ibídem*, en ellos se encontraba prohibida la inclusión de los poderes de terminación y modificación unilateral. Como nada se decía sobre la interpretación unilateral, debía entenderse que sí procedía, así como sí procedían, de acuerdo con el artículo 60, las cláusulas de multa y penal pecuniaria. Finalmente, la caducidad y las garantías no eran obligatorias, pero podían ser pactadas según lo que se considerara más conveniente en el contexto del contrato (cfr. arts. 61 y 67).

Ahora bien, debe precisarse que si el contrato interadministrativo celebrado correspondía a un tipo contractual diferente de los mencionados (contratos cuyo objeto fuera la concesión de servicios públicos, la ejecución de obras públicas, la prestación de servicios y el suministro) y se incluía la cláusula de caducidad, se aplicaba el régimen de los contratos administrativos en ese punto y los litigios derivados de su aplicación serían competencia del contencioso administrativo.

## **B. CONVENIOS Y CONTRATOS INTERADMINISTRATIVOS EN EL ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

Como ha sido una constante en el ordenamiento jurídico colombiano, en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública actualmente vigente, contenido en las leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, no se hace una diferencia real y de manera expresa entre los contratos y los convenios interadministrativos, pero a ambos se les da aparentemente el mismo tratamiento, lo cual merece algunas atenuaciones, según lo veremos:

### **1. En relación con el Registro Único de Proponentes:**

De conformidad con el artículo 6.º de la Ley 1150 de 2007, en principio, en todos los contratos que celebren las administraciones sometidas al Estatuto, quienes aspiren a ser proponentes deberán estar inscritos en el Registro Único de Proponentes del Registro Único Empresarial de la Cámara de Comercio con jurisdicción en el domicilio principal del proponente (que denominaremos, siguiendo la tradición, RUP).

A renglón seguido, la misma norma excluye del RUP los casos de contratación directa; los contratos para la prestación de servicios de salud; los contratos cuyo valor no supere el diez por ciento (10%) de la menor cuantía de la respectiva entidad; los contratos cuyo objeto sea la enajenación de bienes del Estado; los contratos que tengan por objeto la adquisición de productos de origen o destinación agropecuaria que se ofrezcan en bolsas de productos legalmente constituidas; los contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta, y los contratos de concesión de cualquier índole.

De lo anteriormente expuesto se revela que nada se dice expresamente sobre los contratos o los convenios interadministrativos. No obstante, en relación con esta clase de negocios, consideramos que la exigencia de inscripción previa en el RUP sólo se aplica a los casos en que tanto los contratos como los convenios son celebrados siguiendo una modalidad de selección distinta de la contratación directa, es decir, para los casos en que dichos negocios se celebran habiendo seguido previamente una licitación pública, un concurso de méritos o una selección abreviada.

De esta manera, resulta correcto afirmar que en la generalidad de contratos y convenios interadministrativos las partes se encuentran exoneradas de cumplir el requisito del RUP como presupuesto necesario para la celebración del negocio.

Al respecto, debe hacerse notar que, como lo expresamos en detalle a continuación, no siempre es posible aplicar el procedimiento de contratación directa para los contratos y convenios interadministrativos, sino que en determinados casos habrá que acudir a la licitación pública, la selección abreviada y el concurso de méritos, sin importar que los dos extremos de la relación comercial sean administración y, por lo mismo, el negocio celebrado sea interadministrativo.

## **2. En relación con el procedimiento de selección del cocontratante de la administración:**

En primer lugar, debe recordarse que en vigencia de la Ley 80 de 1993, el artículo 24 (num. 1) señalaba que la selección debía realizarse por licitación pública, salvo en algunos casos taxativos señalados en la misma norma en los cuales se podía acudir a la contratación directa, casos entre los cuales se encontraba incluido, en el literal c, el de "los interadministrativos".

En relación con la redacción de esta norma, debe hacerse notar que ella no distinguía entre contratos y convenios interadministrativos, por lo cual la doctrina se preguntaba si la excepción se aplica a ambas figuras o solo a una de ellas. Al respecto, un sector de la doctrina consideraba que se autoriza la contratación directa únicamente para los convenios interadministrativos pero no se permite para los contratos<sup>25</sup>.

Sobre el particular, otro sector de la doctrina consideraba –a juicio nuestro, con razón– que como no se hace distinción en la norma de la Ley 80 de 1993 ni en el artículo 7.º del Decreto 855 de 1994, según el cual, "los contratos interadministrativos, es decir, aquellos que celebren entre sí las entidades a los que se refiere el artículo 2.º de la Ley 80 de 1993, con excepción de los contratos de seguro, encargo fiduciario y fiducia pública, se celebrarán directamente", la con-

25 Cfr. EXPÓSITO VÉLEZ. *La configuración del contrato de la administración pública en derecho colombiano y español*, cit., pp. 361 y ss., y PINO RICCI. "Los convenios interadministrativos", cit., pp. 651 y ss.

clusión debe ser que los dos tipos contractuales pueden celebrarse directamente pura y simplemente<sup>26</sup>.

Frente a lo anterior, debe precisarse que en la actualidad, el artículo 24 (num. 1) de la Ley 80 de 1993 se encuentra derogado, por lo cual debe acudir a las normas para determinar el procedimiento de selección aplicable para la celebración de los contratos y los convenios interadministrativos.

Al respecto, debe señalarse que de conformidad con el numeral 1 del artículo 2.º de la Ley 1150 de 2007, la selección del contratista debe hacerse por licitación pública como regla general, sin perjuicio de las excepciones que a continuación se encuentran en los numerales 2, 3 y 4 del mismo artículo.

Entre las excepciones al principio general de la licitación pública, aquella que resulta relevante para efectos del presente estudio es la de los "interadministrativos" a que se refiere el literal c del numeral 4 del artículo 2.º de la Ley 1150 de 2007, de conformidad con el cual:

Artículo 2.º De las modalidades de selección.

[...]

4. Contratación directa. La modalidad de selección de contratación directa, solamente procederá en los siguientes casos:

[...]

c. Contratos interadministrativos, siempre que las obligaciones derivadas de los mismos 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, encargo fiduciario y fiducia pública cuando las instituciones de educación superior públicas sean las ejecutoras. Estos contratos podrán ser ejecutados por las mismas, siempre que participen en procesos de licitación pública o de selección abreviada de acuerdo con lo dispuesto en los numerales 1 y 2 del presente artículo.

En aquellos eventos en que el régimen de la ejecutora no sea el de la Ley 80 de 1993, la ejecución de dichos contratos estará en todo caso sometida a los principios de la función administrativa a que se refiere el artículo 209 de la Constitución Política, al deber de selección objetiva y al régimen de inhabilidades e incompatibilidades de la Ley 80 de 1993 salvo que se trate de instituciones de educación superior públicas, caso en el cual la celebración y ejecución podrán realizarse de acuerdo con las normas específicas de contratación de tales entidades, en concordancia con el respeto por la autonomía universitaria consagrada en el artículo 69 de la Constitución Política.

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.

26 Cfr. CHÁVEZ MARÍN. "Los convenios de la Administración", cit., pp. 230 y 231.

De la anterior norma pueden extraerse las siguientes reglas para efectos de determinar el procedimiento de selección aplicable para los casos en que los dos extremos de la relación jurídico-negocial sean administraciones públicas y, en particular, para efectos de determinar en qué casos y con qué límites procede la aplicación de la figura de la contratación directa:

– 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.

En otras palabras, la causal de contratación directa que venimos comentado es aplicable tanto a convenios como a contratos interadministrativos, para cuya aplicación deben tenerse en cuenta, obviamente, los demás requisitos señalados en la norma transcrita.

– El procedimiento de contratación directa sólo es aplicable al caso en que las prestaciones a cargo de la entidad que funge como ejecutora del negocio y el objeto mismo del contrato o del convenio celebrado tengan una relación directa con el objeto de la entidad ejecutora, el cual deberá estar señalado en el correspondiente acto de creación o sus reglamentos.

Este requisito constituye, sin duda alguna, un requisito de validez del respectivo contrato o convenio interadministrativo, en la medida en que atañe a la capacidad de las partes del negocio, el cual, de conformidad con el artículo 1502 del Código Civil, constituye un requisito para obligarse válidamente.

Sobre el particular, debe señalarse que dicho requisito es más que obvio, pues no debe olvidarse que se trata de negocios celebrados entre personas jurídicas públicas u órganos públicos con capacidad de contratación, los cuales se rigen por el principio de la especialidad, esto es, por la idea de que su capacidad se encuentra limitada por el objeto de la respectiva persona u órgano<sup>27</sup>. En ese orden de ideas, ni la persona pública ni el órgano con capacidad de contratación podrían celebrar válidamente un contrato o un convenio cuyo objeto no tuviera relación directa con su propio objeto social.

En este sentido, debe concluirse que ni siguiendo el procedimiento de licitación pública ni ningún otro procedimiento de selección de contratistas, podría celebrarse un contrato o un convenio interadministrativo cuyo objeto no tuviera relación directa con su propio objeto social, pues ello implicaría un desconocimiento directo del artículo 1502 del Código Civil en el sentido de que la capacidad es un requisito para obligarse válidamente.

27 Cfr. RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ. *Derecho administrativo general y colombiano*, cit., n.º 49.

– No se aplica el procedimiento de contratación directa, sino el de la licitación pública o la selección abreviada, según el caso, los contratos de obra pública, suministro, encargo fiduciario y fiducia pública, cuando una universidad pública sea la ejecutora.

Sobre este punto, debe hacerse notar que a pesar de que de la pobre redacción que trae el literal c transcrito podría deducirse que la regla de que debe haber correspondencia entre el objeto del contrato y el objeto de la entidad ejecutora no se aplica a las universidades públicas, el inciso segundo del artículo 78 del Decreto 2474 de 2008, reglamentario del literal c transcrito, corrobora la interpretación expuesta, la cual, por demás, es la que mejor corresponde con la lógica en que fue expedida la Ley 1150 de 2007.

En todo caso, consideramos que la exigencia que trae la ley es lógica frente a los contratos de obra pública y suministro, puesto que ellos constituyen los típicos casos en los cuales las universidades resultaban ejecutando labores que no eran propias de sus funciones, con la consecuente elusión de los procedimientos de selección públicos, que fue el problema que precisamente se pretendió atacar con la expedición de la Ley 1150 de 2007.

No obstante, a nuestro juicio, no parece lógico incluir dentro del listado de contratos que no pueden ser celebrados directamente con universidades públicas, a los contratos de fiducia pública y encargo fiduciario, pues en esos casos, tratándose de actividades constitucionalmente reguladas por el Estado, es evidente que las universidades públicas no podrían ser las ejecutoras, en la medida en que no son entidades de carácter financiero autorizadas por el Estado para prestar servicios fiduciarios, como bien lo exige el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

En ese orden de ideas, si lo que se quería era que las universidades públicas no celebraran contratos de fiducia pública y encargo fiduciario para el manejo de dineros de otras entidades públicas, otra debió ser la redacción de la norma, para evitar el equívoco señalado.

– Cuando la entidad que funge como ejecutora del contrato o convenio interadministrativo no se encuentre sometida al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en la ejecución del respectivo negocio jurídico interadministrativo debe respetar los principios constitucionales de la función administrativa y la gestión fiscal, el deber de selección objetiva y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de la Ley 80 de 1993, lo cual viene a confirmar la regla señalada en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007.

En relación con esta regla y con lo dispuesto el segundo inciso del literal transcrito, de conformidad con el cual las universidades públicas no deben someterse a los principios y reglas mencionados, debemos señalar que dicha exclusión debe entenderse en el sentido de que el sometimiento no debe hacerse en los términos del Estatuto de Contratación de la Administración Pública, sino que debe garantizarse el cumplimiento la imparcialidad en la selección del contratista y la

ausencia de limitantes a la capacidad, en los términos de la normatividad especial de las universidades.

Para nosotros, no resulta lógico desde ningún punto de vista que se excluya a las universidades de la aplicación de los principios constitucionales de la función administrativa, en la medida en que ellas, a pesar de su autonomía y régimen especial, continúan siendo una expresión de la administración pública.

– No es posible celebrar directamente contratos de seguro interadministrativos, como ya lo había señalado el artículo 24 (num. 1), según la tradición inaugurada con la Ley 45 de 1990. Este contrato, por ser típico del sector financiero y por realizarse en competencia con particulares, implica una selección pública y concursal del contratista, sin perjuicio de aplicar el procedimiento de selección abreviada de menor cuantía, cuando las características del negocio lo permitan.

En igual sentido, del artículo 32 (num. 5) se deduce que los contratos de fiducia pública y de encargos fiduciarios deben celebrarse observando el procedimiento de la licitación pública, es decir, que respecto de estos contratos no puede aplicarse, en principio, la figura de la contratación directa.

Podrá utilizarse este mecanismo, de conformidad con el literal f del numeral 4 del artículo 2.º de la Ley 1150 de 2007, cuando se trate de contratos de encargo fiduciario que celebren las entidades territoriales cuando inician el acuerdo de reestructuración de pasivos a que se refieren las leyes 550 de 1999 y 617 de 2000, y cuando se trate de excedentes de tesorería de las entidades estatales, los cuales pueden ser invertidos directamente en fondos comunes ordinarios administrados por sociedades fiduciarias, según lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley 1150 de 2007.

– Aún cuando se trate de contratación directa, resulta obligatoria la observancia de los principios de la contratación administrativa y de la función administrativa en general, y es especialmente importante aplicar el deber de selección objetiva, puesto que todos ellos son zona común de la contratación estatal, como bien lo corrobora el párrafo del artículo 2.º del Decreto 2474 de 2008, norma reglamentaria de la Ley 1150 de 2007<sup>28</sup>.

– No existe obstáculo legal alguno para que se celebre un contrato o un convenio interadministrativo mediante una licitación pública, una selección abreviada o un concurso de méritos, en la medida en que por medio de dichos procedimientos pueda asegurarse de mejor manera la selección objetiva del cocontratante de la administración.

Al respecto, debe recordarse que lo que hace interadministrativo a un contrato o a un convenio no es el procedimiento de selección aplicable, sino la calidad

28 Sobre la obligatoriedad de la aplicación del deber de selección objetiva en los contratos y convenios interadministrativos, cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 14 de abril de 2005, expediente AP-1577, C. P.: GERMÁN RODRÍGUEZ VILLAMIZAR.

de las partes. De esta manera, la aplicación de las diversas consecuencias del carácter interadministrativo de un negocio jurídico no depende del procedimiento de selección aplicable, sino de que las dos partes de la relación jurídico-negocial sean administración pública.

### 3. En relación con las cláusulas excepcionales:

El artículo 14 (num. 2) de la Ley 80 de 1993 dispone que serán de inclusión obligatoria las cláusulas excepcionales de terminación, interpretación y modificación 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.

De conformidad con lo anterior y de una lectura desprevenida de la norma, siempre que un contrato interadministrativo tuviera como objeto algunas de las actividades mencionadas, en este contrato serían de obligatoria inclusión las citadas cláusulas excepcionales.

No obstante lo anterior, el parágrafo del artículo 14 de la Ley 80 de 1993 señala expresamente que se deberá "prescindir" de la inclusión de las cláusulas excepcionales en diversas clases de contratos estatales, entre otros, en los "interadministrativos".

Al respecto, la jurisprudencia administrativa ha sido muy clara en señalar que la expresión "prescindir" que trae la norma implica la prohibición absoluta de inclusión de cláusulas excepcionales en los contratos y convenios interadministrativos, de tal manera que en aquellos negocios de esta clase en que sean incluidas, ellas deben entenderse como ineficaces de pleno derecho<sup>29</sup>.

Ahora bien, frente a lo anterior podría surgir la pregunta de si esa prohibición absoluta de utilización de las cláusulas excepcionales en los negocios jurídicos interadministrativos tiene alcance tanto sobre los contratos como sobre los convenios, o si ella sólo se refiere a una de las dos categorías.

Una primera observación sobre el particular es que la norma no hace distinción alguna entre tipos de negocios interadministrativos, por lo cual, podría pensarse, *prima facie*, que las cláusulas excepcionales son inaplicables en toda clase de relaciones jurídico-bilaterales de derecho público interadministrativas.

No obstante, el objeto del contrato así como la intención común o dispar que motivó su celebración pueden llevar a una matización de la lectura de tal norma en el sentido de que sólo se excluyen las cláusulas excepcionales en los convenios interadministrativos y no en los contratos puesto que, como lo señala BERÇAITZ,

29 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Auto del 13 de noviembre de 2003, expediente 22.840, C. P.: RICARDO HOYOS DUQUE.

en los contratos administrativos la subordinación no se produce entre personas sino entre el fin que motiva a cada persona a celebrar el contrato, de tal manera que si son dispares, el fin del lucro se encuentra subordinado al interés general que se piensa satisfacer con la celebración del contrato<sup>30</sup>.

Lo anterior tiene sentido en la medida en que, como lo expresamos más atrás, la exclusión de las cláusulas excepcionales o de los poderes exorbitantes en los contratos y convenios interadministrativos obedece precisamente al hecho de que las partes, y con ello sus intereses, se encuentran en pie de igualdad, de tal manera que si se verifica la existencia de desigualdad entre los fines e intereses inmediatos de las dos administraciones públicas, es evidente que no deberá prescindirse de las cláusulas excepcionales, sino permitir su aplicación a la administración que encarna más directamente el interés general.

Obviamente, en esta interpretación que se propone, no debe olvidarse que el objeto del contrato limita la utilización indiscriminada de las cláusulas excepcionales, debiéndose, entonces, aplicar el catálogo de autorizaciones y prohibiciones de inclusión, según el tipo contractual que trae el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, la cual reseñamos detalladamente al inicio de este subtítulo.

En la aplicación de la tesis que se propone, tomando en consideración que la capacidad de las personas públicas y los órganos administrativos con capacidad de contratación debe ser entendida como competencia<sup>31</sup> y que dicha competencia se encuentra dada, de manera general, por la Ley 80 de 1993 y por las normas orgánicas del presupuesto, en los contratos interadministrativos, la declaración de caducidad del contrato genera todas las consecuencias legales con excepción de la inhabilidad de los cinco años para contratar puesto que esta limitación a la capacidad (en este caso a la competencia) viene dada por un acto administrativo que aplica una consecuencia legal, pero que, en todo caso, no puede limitar las situaciones jurídicas fijadas por una ley orgánica<sup>32</sup>.

Por último, aparece la inquietud de si en los contratos y convenios interadministrativos, cuando la norma ordena que se debe prescindir de la utilización de las cláusulas excepcionales, ello implica la prohibición de utilización de cualquier otra clase de poderes unilaterales, como es el caso de la liquidación unilateral.

Al respecto, consideramos que en la medida en que se trata de una prohibición, el párrafo del artículo 14 de la Ley 80 de 1993 debe ser interpretado en sentido restrictivo, lo cual implica que sólo debe estar limitado a las situaciones reguladas en dicha norma.

30 Cfr. BERÇAITZ. *Teoría general de los contratos administrativos*, cit., n.º 104 y ss.

31 Cfr. ORESTE RANNELETTI. *Derecho de la hacienda pública*, Bogotá, Temis, 2007, n.º 30, y RODRIGO ESCOBAR GIL. *Teoría general de los contratos de la administración pública*, Bogotá, Legis, 1999, pp. 95 y 96.

32 Cfr. PINO RICCI. *El régimen jurídico de los contratos estatales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, pp. 451 y 452.

De esta manera, a nuestro juicio, la prohibición de las cláusulas excepcionales en los contratos y convenios interadministrativos sólo se refiere a la terminación, interpretación y modificación unilaterales, así como a la caducidad administrativa, y no se extiende a otros poderes unilaterales como la liquidación unilateral, por lo cual no estamos de acuerdo con la posición esgrimida por la jurisprudencia administrativa al respecto<sup>33</sup>.

- 33 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 20 de mayo de 2004, expediente 25.154, C. P.: MARÍA ELENA GIRALDO GÓMEZ: "En el ordenamiento legal aparece una restricción en los contratos interadministrativos para la utilización de poderes excepcionales y con estos el de liquidar unilateralmente el contrato porque tanto el contratante como el contratista son sujetos públicos, relación horizontal de la Administración Estado que impide, de naturaleza, la imposición de decisiones unilaterales en el mundo de los negocios jurídicos a la contraparte que también es Estado. Y ello lo comprende así el Consejo de Estado por la integración armónica que se da entre los artículos 14, 60 y 61 de la ley 80 de 1993. El párrafo del artículo 14, sobre los medios que pueden utilizar las entidades estatales para el cumplimiento del objeto contractual, señala que en los contratos interadministrativos, entre otros, 'se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales'. A su vez enlista como cláusulas excepcionales al derecho común las de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad. El artículo 60 *ibídem*, sobre la ocurrencia y contenido de la liquidación del contrato, expresa que en los contratos de tracto sucesivo, aquéllos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás lo requieran, serán objeto de liquidación de común acuerdo por las partes contratantes, procedimiento que se efectuará dentro del término fijado en el pliego de condiciones o términos de referencia o, en su defecto, a más tardar antes del vencimiento de los cuatro (4) meses siguientes a la finalización del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene su terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga. Y el artículo siguiente, 61 *ibídem*, sobre la liquidación unilateral, refiere a que si el contratista no se presenta a la liquidación o las partes no llegan a acuerdo sobre el contenido de la misma, será aplicada directa y unilateralmente por la entidad y se adoptará por acto administrativo motivado susceptible del recurso de reposición. Para la Sala la integración normativa hecha con respecto a esas tres disposiciones permite ver que la facultad del Estado para liquidar unilateralmente el contrato aparece frente al contratista particular marcada por los fines institucionales que debe cumplir [...] y consiste en el poder de las entidades estatales de imponer coactivamente su voluntad sobre el contratista, durante la ejecución o liquidación del contrato, y en el deber de éste último de cumplir inmediatamente las obligaciones que le sean impuestas, sin perjuicio del derecho que le reconoce la ley de solicitar ante la jurisdicción de lo contencioso administrativa la nulidad de los actos y la reparación de los daños antijurídicos. Tal facultad administrativa se atribuyó al administrador de lo público y únicamente frente a su colaborador privado y por lo mismo no para el contrato interadministrativo, en el cual ambas partes son Agentes Públicos, pues ambos representan la Administración pública gestora del interés general y por lo tanto no imperan frente a éstas, en mundo comercial, los poderes coactivos, como así lo informa indirectamente el artículo 14 de la ley 80 de 1993 que si bien alude a cláusulas excepcionales, ontológicamente se erige en canon ilustrativo de la prohibición del ejercicio de poderes unilaterales del Estado contratante respecto del Estado contratista".

#### 4. En relación con las garantías:

De conformidad con el artículo 7.º de la Ley 1150 de 2007, en los contratos estatales se prevé la existencia de dos clases diferentes de garantías: la de seriedad de la oferta y la de cumplimiento, que será única. Veamos, entonces, cómo se aplica cada una de esas garantías en los contratos y convenios interadministrativos.

En relación con la garantía de seriedad de la oferta, a nuestro juicio, si la entidad estatal decide participar en procedimiento de selección de contratistas concursal y público, será evidente que estará en la obligación de prestar garantía única, pues, de otra manera, no se respetaría el principio de igualdad entre los oferentes, principio que resulta tan caro en esta clase de procedimientos.

Por otra parte, en cuanto a la garantía única de cumplimiento, el propio artículo 7.º de la Ley 1150 de 2007 señala que ella no es obligatoria en los contratos de empréstitos, interadministrativos, en los de seguros y en aquellos cuyo valor sea inferior al diez por ciento (10%) de la menor cuantía<sup>34</sup>. De nuevo la norma no distingue entre contratos y convenios interadministrativos, por lo cual debe entenderse que, como es lógico, teniendo en cuenta el principio de unidad del presupuesto (sin perjuicio de reconocer autonomías presupuestales y financieras) en el sentido de que en últimas el presupuesto público es uno solo, a nuestro juicio la posibilidad de exonerar de la prestación de garantías se aplica para las dos clases de negocios jurídicos.

No obstante lo anterior, resulta por lo menos recomendable como buena práctica administrativa que se exija la garantía única de cumplimiento en los contratos interadministrativos y se limite la utilización de la facultad de exoneración para los convenios.

Finalmente, en el evento de que el contrato o el convenio interadministrativo sea producto de una licitación pública o cualquier otro procedimiento público de carácter concursal, para evitar violaciones al principio de igualdad, es necesario que se exija a la administración que será el contratista, que constituya garantías, pues de otra manera la entidad estatal proponente tendrá ventajas sobre los demás, en la medida en que no deberá incluir dentro de su estructura de costos el eventual valor que deberá pagar por la garantía única.

#### 5. En relación con los requisitos presupuestales:

El artículo 78 del Decreto 2474 de 2008 dispone que los contratos interadministrativos, según las normas presupuestales y las características propias del contrato, deben ser objeto del correspondiente registro presupuestal, requisito que debe

34 Sobre el carácter facultativo de las garantías en los contratos y convenios interadministrativos, cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 11 de abril de 2002, expediente 15.802, C. P.: RICARDO HOYOS DUQUE.

entenderse ligado a la obligación de que exista un certificado de disponibilidad presupuestal de forma previa a la iniciación del respectivo procedimiento de selección o de la celebración del contrato, como bien lo exige el artículo 25 (num. 6) de la Ley 80 de 1993.

Ahora bien, para determinar en qué casos se requieren la disponibilidad y el registro presupuestal, es necesario acudir a lo dispuesto en el artículo 71 del Decreto-Ley 111 de 1996, Estatuto Orgánico del Presupuesto, y en los artículos 19 y 20 del Decreto 568 de 1996, reglamentario de la norma orgánica, según los cuales si existe erogación presupuestal debe haber un certificado que afecte de forma transitoria el presupuesto y un registro que determine de manera definitiva la aplicación de una porción del presupuesto a la ejecución de un proyecto determinado.

## 6. En relación con la publicación:

Con un objeto de oponibilidad y de divulgación de la actividad administrativa, el parágrafo 3.º del artículo 41 de la Ley 80 de 1993 ordena la publicación de los contratos estatales en el *Diario Oficial* o en la gaceta oficial territorial respectiva. No obstante, los artículos 59 y 60 del Estatuto Anticorrupción (Ley 190 de 1995) crearon el *Diario Único de Contratación* como apéndice del *Diario Oficial* para la publicación de los contratos de las entidades nacionales.

Adicionalmente, el Decreto 327 de 2002 reitera que los contratos estatales deben ser publicados en el citado *Diario Único de Contratación Pública* o, en su defecto, en la gaceta oficial territorial respectiva. Al respecto, debe precisarse que según el artículo 84 del Decreto 2474 de 2008, sólo deben ser publicados aquellos contratos cuya cuantía sea superior al diez por ciento (10%) de la menor cuantía y que su valor exceda los cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En relación con los negocios jurídicos interadministrativos, no cabe duda de que ha existido una regulación original del tema. En efecto, en una primera etapa el artículo 7.º del Decreto 855 de 1994 señalaba que era obligatoria la publicación de ellos en el *Diario Oficial* o en las gacetas oficiales territoriales.

No obstante, con posterioridad, el Decreto-Ley 2150 de 1995, en su artículo 96, dispuso que los convenios y contratos interadministrativos no requieren ser publicados en ningún caso en el *Diario Único de Contratación Pública* y, por ende, tampoco en las gacetas oficiales territoriales.

En ese contexto, teniendo en cuenta que se trata de un decreto con fuerza de ley, los decretos reglamentarios posteriores no lo derogan y el hecho de que dispongan que se deben publicar todos los contratos estatales no pueden entenderse en el sentido de que deban publicarse también los interadministrativos. Es decir, para nosotros, no existe un imperativo legal que haga obligatoria la publicación de los contratos y convenios interadministrativos; por el contrario, existe una

norma que señala que dicha publicación no es obligatoria y así debe entenderse este deber.

Finalmente, debe hacerse notar que el hecho de que no sea obligatoria la publicación de los convenios y los contratos interadministrativos no quiere decir que existe una prohibición imperativa al respecto. Por el contrario, si las partes, fruto de la autonomía de la voluntad, consideran que es más conveniente publicar el contrato e incluyen una estipulación en ese sentido, debe entenderse que dicha cláusula es válida y que el negocio jurídico interadministrativo deberá ser publicado en los términos y condiciones señalados en la cláusula que impone la obligación.

Bogotá D.C., julio de 2008