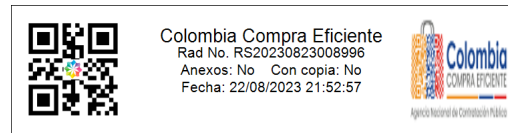


Bogotá D.C., 22 Agosto 2023

Señor
Ciudadano Anónimo



Concepto C-171 de 2023

Temas: COLOMBIA COMPRA EFICIENTE – Competencia Consultiva – Contratación Estatal – Normas Generales / CONVENIOS INTERADMINISTRATIVOS – Noción y Características – CONVENIOS INTERADMINISTRATIVOS – Límites de valor – Alcance del parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993

Radicación: Respuesta a consulta P20230710013065

Estimado señor:

En ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8° del artículo 11 y el numeral 5° del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011, así como lo establecido en la Resolución 1707 de 2018 expedida por esta Entidad, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 9 de julio de 2023.

1. Problema planteado

Usted formula la siguiente consulta:

“En un convenio interadministrativo suscrito entre una entidad pública del orden nacional como por ejemplo un Ministerio y una entidad del orden territorial como un municipio ¿se tiene alguna limitación normativa o de ley para el desembolso de los recursos, por ejemplo, no trasladar más del 50% del valor total del convenio interadministrativo al inicio del convenio? ¿Se puede desembolsar el 100% de los recursos al inicio de la ejecución? ¿Hay limitaciones para modificar un convenio interadministrativo y desembolsar los recursos pendientes de traslado?”

2. Consideraciones

En ejercicio de las competencias establecidas en los artículos 3, numeral 5° y 11, numeral 8° del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente resuelve las consultas sobre los asuntos de su competencia, esto es, sobre las temáticas de la contratación estatal y compras públicas relacionadas en los



artículos citados. Es necesario tener en cuenta que esta entidad solo tiene competencia para responder solicitudes sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. En ese sentido, resolver casos particulares desborda las atribuciones asignadas por el legislador extraordinario, que no concibió a Colombia Compra Eficiente como una autoridad para solucionar problemas jurídicos particulares de todos los partícipes de la contratación estatal.

La competencia de esta entidad se fija con límites claros, con el objeto de evitar que la Agencia actúe como una instancia de validación de las actuaciones de las entidades sujetas a la Ley 80 de 1993 o de los demás participantes de la contratación pública¹. Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, ni a brindar asesorías sobre casos puntuales. Esto en la medida en que, para resolver una consulta de carácter particular, además de conocer un sinnúmero de detalles de la actuación administrativa, es necesario acceder al expediente y a los documentos del procedimiento contractual donde surge la inquietud. Por lo anterior, previo concepto de sus órganos asesores, la solución de estos temas corresponde a la entidad que adelanta el procedimiento de selección y, en caso de conflicto, a las autoridades judiciales, fiscales y disciplinarias.

Sin perjuicio de lo anterior, la Subdirección –dentro de los límites de sus atribuciones, esto es, haciendo abstracción del caso particular expuesto por el peticionario– resolverá la consulta conforme a las normas generales en materia de contratación estatal. Con este objetivo se analizarán los siguientes temas: i) Noción y características de los convenios y contratos interadministrativos, sus elementos esenciales y diferenciadores; ii) diferencias entre contratos y convenios interadministrativos y iii) Alcance del límite de valor del pago anticipado o anticipos establecido en el parágrafo primero del artículo 40 de la Ley 80 de 1993.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se ha referido previamente sobre la noción y características de los convenios y contratos interadministrativos en los conceptos 4201913000004536 del 27 de julio del 2019, C-023 del 13 de febrero del 2020, C-220 del 13 de abril del 2020, C-681 del 19 de noviembre del 2020, C-552 del 5 de octubre del 2021, C-387 del 15 de junio de 2022, C-562 del 7 de

¹ La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente fue creada por el Decreto Ley 4170 de 2011. Su objetivo es servir como ente rector de la política de compras y contratación del Estado. Para tales fines, como órgano técnico especializado, le corresponde formular políticas públicas y normas y unificar los procesos de contratación estatal, con el fin de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado. El artículo 3 ibidem señala, de manera precisa, las funciones de Colombia Compra Eficiente. Concretamente, el numeral 5º de este artículo establece que le corresponde a esta entidad: “[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general y expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública”. Seguidamente, el numeral 8º del artículo 11 ibidem señala que es función de la Subdirección de Gestión Contractual: “[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general”.



septiembre del 2022, C-727 del 28 de noviembre de 2022, C-932 del 30 de diciembre de 2022, C-088 del 29 de mayo de 2023 y C-114 del 4 de mayo de 2023. Asimismo, en los conceptos C-625 del 22 de noviembre de 2021, C-267 del 5 de mayo de 2022, C-664 del 20 de octubre de 2022 y C-236 del 5 de julio de 2023, se pronunció sobre el alcance del límite del valor del pago anticipado o anticipos establecido en el párrafo primero del artículo 40 de la Ley 80 de 1993². Las tesis expuestas en estos conceptos se reiteran a continuación y se complementan en lo pertinente, teniendo en cuenta los interrogantes planteados.

2.1. Noción y características de los convenios y contratos interadministrativos. Elementos esenciales y diferenciadores

Los procedimientos contractuales mediante los cuales las entidades ejecutan recursos públicos y satisfacen el interés general se rigen por la normativa de contratación pública —Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007 y Decreto 1082 de 2015—, que contiene los principios, reglas y procedimientos que rigen los contratos de las Entidades Estatales. Específicamente, el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública —en adelante EGCAP— se aplica a las Entidades Estatales relacionadas en el artículo 2 de la Ley 80 de 1993 y demás normas que lo complementan, con lo cual se puede determinar quiénes deben cumplir los principios y obligaciones señalados en las normas citadas.

El EGCAP define la noción de contrato estatal como “(...) todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación (...)”. En otras palabras, un contrato estatal es cualquier acto jurídico generador de obligaciones que celebren las Entidades Estatales a las que dicha Ley se refiere, previstos en el derecho privado o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad.

La Ley 80 de 1993 facultó de manera expresa a las Entidades Estatales para celebrar contratos y los demás acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran para el cumplimiento de los fines estatales, así como la continua y eficiente prestación de servicios públicos³. Esto significa que las Entidades Estatales que se rigen por la Ley 80 de 1993, en virtud de la reseñada autonomía de la voluntad, pueden celebrar todos los acuerdos, indistintamente de su denominación como contratos o convenios, etc.,

² Los conceptos referenciados, así como otros expedidos por la Subdirección se encuentran disponibles para consulta pública en el portal de relatoría de la Agencia, al cual se puede acceder a través del siguiente enlace: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos>

³ Artículos 3 y 40 de la Ley 80 de 1993.



que requieran para el cumplimiento de sus objetivos misionales y la consecuente realización de los fines del Estado⁴.

Teniendo en cuenta el objeto de consulta, resulta necesario referirse a la tipología de contrato interadministrativo. El contrato interadministrativo fue creado en la Ley 80 de 1993 y, aunque este cuerpo normativo no lo definió ni desarrolló, el Decreto 1082 de 2015 “*Por medio del cual se expide el Decreto único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional*”, califica a los convenios o contratos interadministrativos como aquellos negocios celebrados entre Entidades Estatales. En otras palabras, se entiende que los contratos y convenios interadministrativos nominados en la Ley 80 de 1993 están determinados por un criterio orgánico, pues es necesario que los extremos de la relación contractual sean Entidades Estatales.

Como se puede apreciar, la disposición reglamentaria parece equiparar las nociones de contrato y convenio interadministrativo, bajo el concepto general de acuerdo en el que concurre la voluntad de dos o más personas jurídicas de derecho público a fin de cumplir, en el marco de sus objetivos misionales y sus competencias, con los fines y cometidos del Estado.

Si bien los contratos y convenios interadministrativos están previstos en la Ley 80 de 1993, en la Ley 1150 de 2007 y en el Decreto en el 1082 de 2015, no quiere decir que solo puedan celebrarse entre Entidades Estatales que apliquen el régimen de contratación previsto en esa normatividad. En efecto, bien puede una Entidad Estatal sometida a la Ley 80 de 1993 celebrar esta clase de convenios con una Entidad Estatal de régimen especial y no por ello dejará de ser un contrato o convenio interadministrativo. Caso en el cual su ejecución se regirá por el EGCAP, si la entidad contratante se encuentra sometida a este.

Además, es necesario tener en cuenta que para que un contrato y convenio interadministrativo exista debe cumplir con los siguientes elementos: acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y que conste por escrito⁵. Así, si ambas partes son Entidades Estatales, pueden celebrar convenios interadministrativos porque las disposiciones que regulan esta tipología hacen referencia a la calidad de los sujetos que intervienen en la contratación, que deben ser Entidades Estatales o de derecho público⁶.

⁴ Artículo 209 de la Constitución Política de 1991.

⁵ Ley 80 de 1993: “Artículo 41. Del perfeccionamiento del contrato. Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito. [...]”.

⁶ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 23 de junio de 2010. Radicación No. 66001-23-31-000-1998-00261-01(17.860). Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez.



En ese sentido, los contratos y convenios interadministrativos se caracterizan por los sujetos que intervienen y por la modalidad de selección que la ley permite aplicar para su celebración, ya que el EGCAP establece la contratación directa como la modalidad de selección aplicable, por regla general. Lo cual comporta un grado de excepcionalidad frente a las tipologías contractuales, donde los sujetos no están restringidos a una cualificación particular y aplican otras modalidades de selección.

Adicionalmente, el Consejo de Estado ha indicado, frente al convenio interadministrativo y sus características, que:

“[...] se puede señalar que los convenios o contratos interadministrativos tienen como características principales las siguientes:

(i) constituyen verdaderos contratos en los términos del Código de Comercio cuando su objeto lo constituyen obligaciones patrimoniales; (ii) tienen como fuente la autonomía contractual; (iii) son contratos nominados puesto que están mencionados en la ley; (iv) son contratos atípicos desde la perspectiva legal dado que se advierte la ausencia de unas normas que de manera detallada los disciplinen, los expliquen y los desarrollen, como sí las tienen los contratos típicos, por ejemplo compra venta, arrendamiento, mandato, etc. (v) la normatividad a la cual se encuentran sujetos en principio es la del Estatuto General de Contratación, en atención a que las partes que los celebran son entidades estatales y, por consiguiente, también se obligan a las disposiciones que resulten pertinentes del Código Civil y del Código de Comercio; (vi) dan lugar a la creación de obligaciones jurídicamente exigibles; (vii) persiguen una finalidad común a través de la realización de intereses compartidos entre las entidades vinculadas; (viii) la acción mediante la cual se deben ventilar las diferencias que sobre el particular surjan es la de controversias contractuales”⁷.

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

2.2. Diferencias entre contratos y convenios interadministrativos

⁷ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 23 de junio de 2010. Radicación No. 66001-23-31-000-1998-00261-01(17.860). Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez.



Actualmente la normativa en la materia no establece mayor diferenciación entre estas dos figuras jurídicas – contratos y convenios interadministrativos –. El EGCAP hace referencia de manera expresa al contrato interadministrativo o, en términos generales, a los interadministrativos y no al convenio. No obstante, las entidades del Estado, en el marco de la Ley 80 de 1993, pueden acordar entre sí diferentes tipos de obligaciones, siempre que su objeto de creación les permita cumplirlas, con el objetivo común de materializar los fines del Estado. Por este motivo, puede entenderse que cuando la Ley 80 de 1993 se refiere a contratos interadministrativos de la misma forma lo hace frente a los convenios, entre otras razones, porque este cuerpo normativo faculta a las Entidades Públicas a celebrar *los demás acuerdos* que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales, como se mencionó en el acápite anterior.

Por su parte, el Decreto 1082 de 2015 dispone que los convenios o contratos interadministrativos, así denominados en su artículo 2.2.1.2.1.4.4, se contratan directamente, por lo que no hay lugar a dudas que representan lo mismo en la medida en que concurren Entidades Estatales en el acuerdo de voluntades. Así sucede también al dar aplicación al derecho privado y a la definición contenida en el Código Civil respecto de cada una de estas figuras.

Por tanto, aunque el artículo 95 de la Ley 489 de 1998 dispone que “Las entidades públicas podrán asociarse con el fin de cooperar en el cumplimiento de funciones administrativas o de prestar conjuntamente servicios que se hallen a su cargo, mediante la celebración de convenios interadministrativos [...]”, esto no significa que dichos acuerdos estén exceptuados del EGCAP por no tener carácter contractual. Por ello, la jurisprudencia considera que “Estos convenios cuentan con las características propias de los contratos, cuando su objeto lo constituyen obligaciones patrimoniales, y las entidades estatales que los conforman están sujetas tanto a la normativa contractual pública, como a las normas del derecho civil [...]”⁸.

Sin perjuicio de lo anterior, vale la pena tener en cuenta que cierto sector de la doctrina y la jurisprudencia ha resaltado algunas diferencias entre los contratos interadministrativos y los convenios interadministrativos de que trata el artículo 95 de la Ley 489 de 1998. Por ejemplo, el Consejo de Estado en sentencia del 14 de junio de 2019 expresó:

⁸ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 11 de diciembre de 2019. Exp. 46.986. C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas.



“La Sala de Consulta y Servicio Civil⁹ de esta Corporación se ha referido a los “*convenios interadministrativos*” a los cuales alude el artículo 95 de la Ley 489 de 1998, calificándolos de “*puros*” y entendiendo que estos, además de perseguir la finalidad de cooperación antes indicada, no implican intereses contrapuestos ni tampoco se circunscriben a un “*intercambio patrimonial*”. Sin perjuicio de lo anterior, en otra oportunidad, la misma Sala¹⁰ había indicado que, si bien en dichos convenios no se daba un “*verdadero intercambio de bienes o servicios (contrato conmutativo)*”, ello no impedía que se conviniera una remuneración a cargo de alguna(s) entidad(es).

Lo expuesto evidencia que, en general, las interpretaciones en torno a los “*convenios interadministrativos*” previstos en el artículo 95 de la Ley 489 de 1998, en el propósito de encasillarlos dentro de una categoría normativa delimitada en su estructura, elementos y régimen jurídico, han sido dubitativas al vincular o no las obligaciones propias de dichos convenios con las de los contratos estatales sometidos al EGCAP, las cuales tienen por objeto prestaciones patrimoniales¹¹¹².

⁹ [Referencia propia de la cita] “CE. SCSC. Concepto de 1 de noviembre de 2016 [Rad. 11001-03-06-000-2016-00125-00(2305)]. MP. Germán Alberto Bula Escobar”.

¹⁰ [Referencia propia de la cita] “CE. SCSC. Concepto de 30 de abril de 2008 [Rad. 11001-03-06-000-2008-00013-00(1881)]. MP. Enrique José Arboleda Perdomo. En esta oportunidad, la Sala indicó que el contenido “*obligacional*” de los convenios se estructura definiendo el resultado querido por las partes y los medios que cada entidad despliega para la obtención del respectivo objeto”.

¹¹ [Referencia propia de la cita] “La normativa vigente del EGCAP [literal c) del numeral 4. del artículo 2 de la Ley 1150/07] se refiere a “*contratos interadministrativos*” en los que sí existe dicha contraposición de intereses, lo cual obedece a que las relaciones obligatorias que estos plantean, a diferencia de los regulados por el artículo 95 de la Ley 489/98, carecen de la finalidad asociativa, en la medida en que persiguen preponderantemente la satisfacción de necesidades contractuales de las entidades estatales, sin perjuicio de los fines que motivan la contratación en los términos del artículo 3 de la Ley 80/93”.

¹² En línea con lo anterior, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado expresó lo siguiente: “La noción convenio interadministrativo es diferente a la de contrato interadministrativo. Los contratos interadministrativos se distinguen de los convenios interadministrativos en que en los primeros existe entre las entidades estatales partes intereses opuestos y se persigue una contraprestación o precio por la adquisición de bienes o la prestación de servicios o la realización de una obra, mientras que en los segundos las entidades partes se encuentran en pie de igualdad, tienen intereses comunes para lograr una finalidad estatal impuesta por la Constitución o la ley a las mismas, sin que tengan un interés puramente económico (es decir, destinados a obtener una ganancia)”. (Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 26 de julio de 2016. Exp. 2.257. C.P. Álvaro Namén Vargas).



En esta ocasión la Honorable Corporación resaltó la finalidad del acuerdo de voluntades como un factor de diferenciación entre las dos figuras. Si bien estas tienen un tronco común, se diferencian en su naturaleza y finalidad en la medida en que los contratos estatales -en general- comportan obligaciones de contenido patrimonial que se traducen en intereses contrapuestos entre las partes pues implican un gravamen a cambio de un beneficio, mientras que los convenios interadministrativos involucran la ejecución de actividades en función de un interés común para las partes; si bien se puede pactar remuneración¹³, en esencia se pretende el cumplimiento de fines coincidentes entre quienes lo ejecutan.

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

De aquí que el Consejo de Estado¹⁴ haya señalado la necesidad de diferenciar el régimen jurídico aplicable a ciertas situaciones específicas del convenio interadministrativo que se separan del régimen jurídico común:

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

¹³ Sobre el particular, en ocasiones el Consejo de Estado ha establecido que en aquellos casos en que se pacte remuneración en el marco de un convenio interadministrativo, independientemente de la denominación que se adopte, el negocio jurídico podría no corresponder a su naturaleza y en consecuencia a sus efectos jurídicos. A juicio de esta corporación «en realidad, los convenios en los cuales las partes se obligan patrimonialmente constituyen contratos en toda la extensión del concepto y con todos los efectos de esa particular institución jurídica», de manera que indudablemente les será aplicable el EGCAP. (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 23 de junio de 2010, Exp. 1998-00261. C.P. Mauricio Fajardo Gómez). Cfr. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 30 de abril de 2008. Rad. 1881.

¹⁴ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 26 de julio de 2016. Exp. 2.257. C.P. Álvaro Namén Vargas.



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

A juicio de la sala, si bien existe un régimen jurídico común compuesto por las normas del EGCAP que ordenan las declaraciones de voluntad negocial de las Entidades Estatales -el consentimiento y los efectos de las obligaciones-, y las normas de derecho público relacionadas con la capacidad o competencia de las Entidades Estatales para celebrar acuerdos de voluntades -que incluyen el régimen de inhabilidades, incompatibilidades y conflictos de interés-, para el resto de asuntos regulados en el EGCAP será necesario tener en cuenta el plano de igualdad o equivalencia en el que se encuentran las partes del convenio y, por ende, la aplicabilidad de cada disposición al caso concreto. En ese orden, por ejemplo, no serán aplicables cláusulas excepcionales al derecho común¹⁵.

Ahora bien, atendiendo al tema bajo consulta, la pregunta que nos ocupa es entonces si la limitación establecida en el inciso 1° del parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993 hace parte del régimen jurídico común entre contratos y convenios interadministrativos, o si por el contrario los convenios interadministrativos merecen un tratamiento jurídico diferente. En consecuencia, a continuación, se analizará específicamente si es viable pactar el pago anticipado o la entrega de anticipo por un monto mayor del cincuenta por ciento (50%) del valor del contrato.

2.3. Alcance del límite de valor del pago anticipado o anticipos establecido en el parágrafo primero del artículo 40 de la Ley 80 de 1993

Como se viene de resaltar y también lo prevé el artículo 28 de la Ley 80 de 1993, el contrato estatal es un negocio jurídico creador de obligaciones que, en líneas generales, es conmutativo y, por lo mismo, en el momento de su celebración, requiere la certeza sobre

¹⁵ Si bien el parágrafo de artículo 14 de la Ley 80 de 1993 establece que se deberá prescindir de las cláusulas excepcionales en los 'contratos interadministrativos', el Consejo de Estado ha señalado que tal disposición aplica indiscutiblemente para los convenios, pero, para el caso de los contratos administrativos "dado el ámbito de subordinación, no puede descartarse *prima facie*". De hecho, se ha referido en concreto a la procedencia de la imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento en contratos interadministrativos. (Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil, *ibidem*). Cfr. SANTOS Rodríguez Jorge Enrique. "Consideraciones sobre los contratos y convenios interadministrativos". Revista Digital de Derecho Administrativo, Núm. 1, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009. Pág. 19.

las prestaciones a ejecutar por el contratista y el precio que la Entidad Estatal ha de pagar, el cual debe estar determinado o ser determinable.

Es por ello por lo que, según el artículo 40 de la Ley 80 de 1993, uno de los elementos esenciales de los contratos estatales es el precio, también conocido como valor. Lo usual es que los contratos estatales se perfeccionen como onerosos y, la mayoría de las veces, como conmutativos. Adicionalmente, el precio suele ser el elemento más importante para el contratista, porque equivale a la remuneración que la entidad contratante le pagará por la ejecución del objeto contractual.

Al respecto, el EGCAP no consagra una sola metodología para pactar el precio y, en gran medida, la manera de hacerlo ha obedecido a la costumbre mercantil y a la influencia de disciplinas técnicas, como la ingeniería o la administración de empresas, en la contratación estatal. Dentro de tales esquemas de fijación del precio pueden citarse, entre otros: i) los precios unitarios -calculados de acuerdo con las unidades que componen el objeto del contrato-; ii) el precio global -que equivale al monto total, sin discriminar unidades-; y iii) la administración delegada de recursos -en la que se distinguen los costos de inversión de los honorarios del administrador-.

El precio del contrato estatal puede comprender los costos *directos e indirectos*, siendo los primeros recursos que se van a utilizar para la ejecución del objeto contractual y los segundos, también conocidos como *overhead*, caracterizados como los gastos que, si bien no inciden en forma directa, sí afectan su valor.

En consecuencia, tanto las entidades sometidas al EGCAP, como las excluidas de este -por tener un régimen especial-, gozan de autonomía para configurar el precio y para establecer el sistema de pago más apropiado para satisfacer los fines de la contratación, respetando los límites previstos en el ordenamiento. Bajo tal perspectiva, cuentan con discrecionalidad para establecer en el Pliego de Condiciones o en su documento equivalente, así como en el contrato, el sistema de precios que más se ajuste el objeto a contratar, así como la forma de pago.

Con todo, el párrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993 consagra una limitación a tal autonomía. En efecto el precitado artículo dispone expresamente que “[e]n los contratos que celebren las entidades estatales se podrá pactar el pago anticipado y la entrega de anticipos, pero su monto no podrá exceder del cincuenta por ciento (50%) del valor del respectivo contrato (...)”. En ese sentido, una de las disposiciones que deben considerarse en la celebración de convenios interadministrativos es este aparte normativo, comoquiera que esta tipología contractual no se encuentra exceptuada de su aplicación.

En consecuencia, las entidades sometidas al EGCAP, aunque gozan de autonomía y, hasta cierto punto, de discrecionalidad para configurar el precio y para establecer el sistema de pago más apropiado para satisfacer los fines de la contratación, respetando los



límites previstos en el ordenamiento, al suscribir la referida tipología contractual, habrán de observar como límite el valor porcentual máximo objeto de desembolso previsto en el inciso primero del párrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, el cual no está restringido a una tipología contractual específica o a una modalidad concreta de selección del contratista.

Lo anterior, sin perjuicio de que dicho límite solo resulta aplicable para aquellos convenios interadministrativos que comporten un contenido patrimonial y que, por ende, estén sujetos al régimen jurídico del EGCAP. Entre tanto, los convenios interadministrativos que no tienen contenido patrimonial y que, consecuentemente, no están sujetos al referido Estatuto, no están obligados a dar cumplimiento al límite porcentual máximo previsto en el inciso primero del párrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993.

3. Respuesta

“En un convenio interadministrativo suscrito entre una entidad pública del orden nacional como por ejemplo un Ministerio y una entidad del orden territorial como un municipio ¿se tiene alguna limitación normativa o de ley para el desembolso de los recursos, por ejemplo, no trasladar más del 50% del valor total del convenio interadministrativo al inicio del convenio? ¿Se puede desembolsar el 100% de los recursos al inicio de la ejecución? ¿Hay limitaciones para modificar un convenio interadministrativo y desembolsar los recursos pendientes de traslado?”.

En ejercicio de las competencias establecidas en los artículos 3.5 y 11.8 del Decreto 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente solo tiene competencia para responder solicitudes sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. En ese sentido, esta Agencia no tiene competencia para brindar asesorías sobre casos particulares.

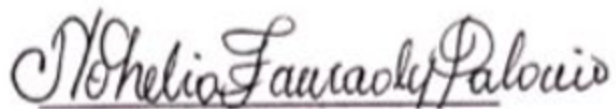
No obstante, de conformidad con los argumentos normativos y jurisprudenciales realizados en el presente concepto, conviene precisar que una de las disposiciones que deben considerarse en la celebración de los convenios interadministrativos es el artículo 40 de la Ley 80 de 1993, el cual hace referencia al contenido del contrato estatal. Sobre dicha disposición debe señalarse que, si bien las Entidades Estatales sometidas al EGCAP gozan de autonomía para configurar el precio y establecer el sistema de pago más apropiado para satisfacer los fines de la contratación, lo cierto es que deben respetar los límites establecidos en el ordenamiento jurídico, dentro de los cuales se resalta el establecido en el párrafo primero del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, que establece un porcentaje máximo para efectuar el desembolso del valor del anticipo o del pago anticipado equivalente al cincuenta por ciento (50%) del valor del contrato. Dicha limitación no está restringida a una tipología contractual específica o a una modalidad concreta de selección del contratista.



Lo anterior, sin perjuicio de señalar que dicho límite solo resulta aplicable para aquellos convenios interadministrativos que comporten un contenido patrimonial y que, por ende, estén sujetos al régimen jurídico del EGCAP. Entre tanto, los convenios interadministrativos que no tienen contenido patrimonial y que, consecuentemente, no están sujetos al referido Estatuto, no están obligados a dar cumplimiento al límite porcentual máximo previsto en el inciso primero del párrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993.

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

Atentamente,



Nohelia del Carmen Zawady Palacio
Subdirectora de Gestión Contractual ANCP-CCE

Elaboró: Diana Lucia Saavedra Castañeda
Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual
Revisó: Juan David Cárdenas Cabeza
Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual
Aprobó: Nohelia Del Carmen Zawady Palacio
Subdirectora de Gestión Contractual ANCP – CCE

