



COLOMBIA COMPRA EFICIENTE – Competencia Consultiva – Contratación Estatal – Normas Generales

Debe tenerse 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 concretos de todos los partícipes de la contratación estatal ni para asesorar procesos de contratación.

La competencia de esta entidad se fija con límites claros, con el objeto de evitar que la Agencia actúe como una instancia de validación de las actuaciones de las entidades sujetas a la Ley 80 de 1993 o de los demás participantes de la contratación pública. Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, ni a brindar asesorías sobre casos puntuales. 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, según corresponda.

NOCIÓN Y CARACTERÍSTICAS DE LOS CONVENIOS Y CONTRATOS INTERADMINISTRATIVOS – Elementos esenciales y diferenciadores

“(…) de conformidad con lo previsto en el artículo 95 de la Ley 489 de 1998 y el alcance que la jurisprudencia y conceptos del Consejo de Estado -en su calidad de máximo tribunal de la jurisdicción de lo contencioso administrativo- y la doctrina le han conferido al tema de la regulación de los contratos y convenios interadministrativos, esta última tipología presenta las siguientes características: (i) se celebra entre dos entidades públicas que se encuentran en pie de igualdad con el objeto de cumplir competencias de ambas entidades dirigidas a un propósito común; (ii) la modalidad para su celebración es la contratación directa; (iii) los convenios interadministrativos pueden suponer el compromiso de recursos públicos y, por consiguiente, la realización de aportes financieros. Ello, sin embargo, no supone la posibilidad de que en este tipo de relaciones jurídicas exista una remuneración en favor de uno de los co-contratantes y a cargo de otro u otros.

Repárese, entonces, en que los convenios interadministrativos no pueden ser sinalagmáticos, debido a que en ellos no se involucran intereses contrapuestos, sino un interés común. Esto implica que, en los eventos en que su celebración comporte el compromiso y la ejecución de recursos públicos, el valor de estos no puede destinarse al pago o remuneración de ninguna de las partes, sino que debe corresponder necesariamente a la asunción de costos y gastos para cumplir las funciones de la respectiva entidad, así como para atender los compromisos adquiridos para con la otra, pues las entidades cooperan entre sí, no se prestan servicios ni se ofrecen bienes a cambio de una remuneración y, por esa razón, los recursos comprometidos a través de los convenios interadministrativos no constituyen un pago, sino un aporte para lograr el cometido común.

NOCIÓN DE COSTOS INDIRECTOS “OVERHEAD” – Finalidad

“(…) 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 un contrato estatal bien puede afirmarse que los costos directos son aquellos en los que incurre el contratista para la ejecución del objeto contractual y, por contera, serán costos indirectos todos los que no





correspondan exclusivamente a mano de obra, materiales o insumos y a la producción del objeto contractual.

De esta forma, en los contratos cuyo precio se estructura a partir del sistema de precios unitarios, ha hecho parte de la práctica de los negocios que el contratante le solicite al potencial contratista que separe en su propuesta los *costos directos*, es decir, los que están directamente implicados en la ejecución del objeto, de los *costos indirectos* que involucran los rubros que no tienen que ver de manera inmediata con la ejecución de las actividades contractuales, pero que integran también el precio, bien porque constituyen erogaciones administrativas o contingentes para el contratista o bien porque se dirigen a salvaguardar su ganancia (...).

INCLUSIÓN DE COSTOS INDIRECTOS “OVERHEAD” EN LOS CONVENIOS INTERADMINISTRATIVOS – Posibilidad

“(…) es claro que los convenios interadministrativos, regulados en el artículo 95 de la Ley 489 de 1998, responden a una tipología de contrato estatal cuyas partes son dos entidades públicas que unen esfuerzos para cumplir un propósito común. Este tipo de convenios no son conmutativos, pues en ellos las entidades que concurren a su firma están en condiciones de igualdad y, por lo mismo, ninguna persigue un interés patrimonial, ni una remuneración o pago por la ejecución de los compromisos que asume.

Ciertamente, en atención a su particular naturaleza, a los convenios interadministrativos no les subyace un interés puramente económico, en tanto no se celebran para obtener una ganancia, sino con el propósito de ejecutar actividades que contribuyen directamente al fin común de los sujetos vinculados al convenio. De hecho, las partes presentan intereses convergentes, coincidentes o comunes y cooperan en procura de alcanzar en forma eficaz el cometido estatal previsto en la Constitución o en la ley, sin que por esto se reciba por ninguna de ellas el pago de un precio o contraprestación (...).





Bogotá D.C., 29 de mayo de 2023

Señor

Willian Santana Silva

williansantanass@hotmail.com

La Ciudad



Colombia Compra Eficiente
Rad No. RS20230529005437
Anexos: No Con copia: No
Fecha: 29/05/2023 17:05:21



Concepto C-088 de 2023

Temas: COLOMBIA COMPRA EFICIENTE – Competencia Consultiva – Contratación Estatal – Normas Generales / CONVENIOS INTERADMINISTRATIVOS – Noción y Características – CONVENIOS INTERADMINISTRATIVOS – Precio del contrato, costos indirectos u “overhead” – CONVENIOS INTERADMINISTRATIVOS – Improcedencia de remuneración o pago de “overhead”

Radicación: Respuesta a consulta P20230413003295

Estimado señor Santana:

En virtud de la competencia conferida por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente- responde a su consulta del 4 de abril de 2023, la cual fue remitida por el Departamento Administrativo de la Función Pública -Grupo de Servicio al Ciudadano Institucional- mediante oficio radicado con el número 20232040143211 el 13 de abril del presente año.

1. Problema planteado

En el respectivo escrito, usted solicita sea emitido concepto jurídico sobre la siguiente inquietud: *“(...) En un convenio interadministrativo ¿se puede utilizar un determinado porcentaje del presupuesto establecido en el mismo para gastos administrativos u operativos por parte de la entidad que va a ejecutar el convenio? En caso de ser permitido ¿ hasta qué monto es lo autorizado y cuáles son sus fundamentos? Lo anterior es con el fin de adelantar seguimientos a convenios de una entidad territorial”.*

2. Consideraciones



DEPARTAMENTO
NACIONAL DE PLANEACIÓN

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente

Tel. [601] 7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia





En ejercicio de las competencias previstas en los artículos 3.5 y 11.8 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 este 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 intervenga 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/o disciplinarias, según corresponda.

Bajo este entendido, la Subdirección -dentro del límite de sus atribuciones, esto es, haciendo abstracción de cualquier caso particular que pueda llegar a proponer el peticionario- resolverá la presente consulta de acuerdo con el alcance general de las normas en materia de contratación estatal. Con tal propósito, analizará los siguientes temas: (i) Noción y características de los convenios y contratos interadministrativos, sus elementos esenciales y diferenciadores; (ii) Noción de los costos indirectos u “overherad” y su finalidad; y (iii) la posibilidad de incluir costos indirectos en los convenios interadministrativos.

La Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente- se ha referido previamente a 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,

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 pública del Estado. Para tales fines, como órgano técnico especializado, le corresponde formular políticas públicas, normas y unificar los procesos de contratación estatal, con el objetivo de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado. El artículo 3º *ibidem* señala, de manera precisa, las funciones de la entidad. Concretamente, el numeral 5º del citado 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”. A su turno, el numeral 8º del artículo 11 *ibidem* indica que es función de la Subdirección de Gestión Contractual: “[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general”.





C-387 del 15 de junio de 2022, C-562 del 7 de septiembre del 2022 y C-114 del 4 de mayo de 2023. Asimismo, en los conceptos 2201913000007117 del 25 de septiembre del 2019, C-211 del 11 de abril del 2020, C-714 del 9 de diciembre del 2020 y C-738 del 11 de noviembre de 2022 se pronunció sobre la noción de los costos indirectos en los contratos estatales y su finalidad. Las tesis y argumentos en ellos expuestos se reiteran, precisan y complementan a continuación.

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

Un contrato o un convenio es, por definición, un acuerdo de voluntades entre dos o más partes, generador de obligaciones, sea de dar, hacer o no hacer algo. Lo allí estipulado es ley para los extremos de la relación contractual, por lo que solo podrá ser invalidado por su consentimiento mutuo o por causas legales².

Los contratos que celebren las entidades estatales en virtud de la Ley 80 de 1993 se rigen por las disposiciones civiles y comerciales salvo lo expresamente allí regulado, y en armonía con lo previsto en el Código Civil, el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública -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.

Pero además de lo anterior, la Ley 80 de 1993 también facultó de manera expresa a las entidades estatales para celebrar contratos y los demás acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran 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., que requieran para el cumplimiento de sus objetivos misionales y la consecuente realización de los fines estatales. No en vano, la función administrativa está al servicio de los intereses generales y para ello las autoridades administrativas tienen la obligación de coordinar sus actuaciones con el objetivo de lograr el adecuado cumplimiento de los fines del Estado⁴.

Ahora bien, por interesar a esta consulta, interesa destacar que la tipología contractual referente al contrato interadministrativo fue creada en la Ley 80 de 1993 y, aunque en esta preceptiva no la definió ni desarrolló, el Decreto 1082 de 2015 "*Por medio del cual se expide el Decreto único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional*", establece que

² Artículos 1495 y 1602 del Código Civil.

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

⁴ Artículo 209 de la Constitución Política de 1991.





los contratos o convenios interadministrativos hacen parte de la contratación entre entidades estatales⁵.

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.

Para precisar el alcance que tiene cada una de estas figuras, resulta pertinente resaltar que, en consonancia con el artículo 209 de la Constitución Política⁶, del que se desprenden los deberes de coordinación y colaboración a cargo de todas las autoridades administrativas, el artículo 95 de la Ley 489 de 1998⁷ 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 (...)”**⁸ (Negrillas no originales). De suerte que si bien la Ley 80 de 1993 faculta a las entidades estatales para celebrar cualquier acto jurídico generador de obligaciones, la norma en cita regula en forma particular la figura del convenio interadministrativo y define los elementos que caracterizan a este tipo de negocio jurídico.

Sobre el alcance de los convenios interadministrativos, el Consejo de Estado ha dejado en claro en su jurisprudencia que:

“(…) 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 por 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, expliquen y desarrollen, como sí las tienen los contratos típicos, por ejemplo, compraventa, arrendamiento, mandato, etc. v) La normativa 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 el 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

⁵ Artículo 2.2.1.2.1.4.4 del Decreto 1082 de 2015.

⁶ “La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la Ley”.

⁷ “Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”.

⁸ Este artículo fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-671 de 1999, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.





vinculadas. viii) La acción mediante la cual se deben ventilar las diferencias que sobre el particular surjan es la de controversias contractuales”⁹.

De otra parte, el artículo 2.2.1.2.1.4.4. del Decreto 1082 de 2015 dispone expresamente que la modalidad de selección para los convenios o contratos interadministrativos es la contratación directa, en función de la cual dicho reglamento determina para ambas tipologías una misma modalidad de selección.

A su turno, la doctrina especializada en la materia, a partir de la aplicación de un criterio material que envuelve la causa tenida en cuenta para contratar, ha dejado entrever que los convenios interadministrativos son una figura autónoma e independiente de la de los contratos interadministrativos¹⁰. Así “(...) es posible afirmar que el contrato es en efecto un acuerdo de voluntades que modifica las situaciones jurídicas subjetivas de 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”¹¹. Con todo, según se advierte, “(...) 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”¹².

En definitiva, mientras el **contrato** es un verdadero acuerdo de voluntades productor de efectos jurídicos, en el que los sujetos de derecho intervienen en la relación jurídico-negocial y acuden con intereses disímiles y contrapuestos, 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 especial¹³. Es así como a partir de ese ingrediente subjetivo que implica la presencia de la administración pública como sujeto jurídico cualificado, puede afirmarse que el **convenio de la administración** es también un negocio jurídico que involucra una expresión de voluntades y genera efectos jurídicos creadores, modificatorios y extintivos de una o varias obligaciones, pero que, por contraste, se da con el ánimo de obtener

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 23 de junio de 2010, exp.17860.

¹⁰ Santos Rodríguez, Jorge Enrique. “Consideraciones sobre los convenios y contratos interadministrativos”. Universidad Externado de Colombia, Revista Digital de Derecho Administrativo, Bogotá 2009.

¹¹ 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.

¹² Expósito Vélez, Juan Carlos. “La configuración del contrato de la administración pública en derecho colombiano y español”. Bogotá, universidad Externado de Colombia, 2003, p. 25.

¹³ Sobre la especial posición de la administración en las relaciones jurídicas, cfr. Renato Alessi. Instituciones de Derecho Administrativo, T.I, traducción de la 3.º ed. italiana, Barcelona, Bosch, 1970, pp. 181 y ss.





la realización de fines comunes a ambas partes involucradas¹⁴. Esta tesis ha sido de recibo tanto en sede de la doctrina extranjera como en sede de la jurisprudencia nacional, llegándose a efectuar distinciones entre el negocio jurídico administrativo de colaboración (satisfacción de necesidades opuestas) y el negocio jurídico administrativo de cooperación (satisfacción de necesidades convergentes).

Hasta aquí, la diferencia entre contrato y convenio de la administración es evidente: en el primero, los intereses y finalidades de las partes que intervienen pueden verse como opuestos; en tanto que para el segundo, las necesidades que se buscan satisfacer por las partes son idénticas y coinciden con el interés general. La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto 2257 del 26 de julio de 2016, precisó sobre el régimen y características de los contratos y convenios interadministrativos, lo siguiente:

“(…) Es decir, por un lado, el Estado en orden a alcanzar su misión recurre a la figura del contrato¹⁵, acto jurídico de colaboración mutua e intersubjetiva, en el que se entablan relaciones obligatorias con carácter patrimonial con particulares o con otras entidades estatales -cuando están en un mercado de forma similar a como lo hace el particular-, de la que emanan prestaciones recíprocas entre los sujetos partes del mismo, quienes son titulares de intereses disímiles o contrapuestos. Por otro lado, las entidades estatales también asumen vínculos obligacionales entre sí para el normal funcionamiento del Estado a través de los denominados convenios interadministrativos, los cuales comportan un acuerdo de voluntades entre ellas, regido por los principios de cooperación, coordinación y apoyo, en los que aúnan esfuerzos para la gestión conjunta de competencias y funciones administrativas, con el objeto de dar cumplimiento a fines concurrentes impuestos por la Constitución y la ley; es decir, en estos no existen intereses contrapuestos de las entidades que los celebran, ni tampoco se circunscriben a un intercambio patrimonial entre ellas, sino que les asiste un ánimo de conseguir fines comunes, de manera que acuden a satisfacer un mismo interés general. Así, en la actividad contractual del Estado surgen dos tipos de negocios jurídicos: los contratos interadministrativos y los convenios interadministrativos, que pueden celebrarse entre entidades o administraciones públicas.

(…) Empero, debe advertirse que, en contraste con legislaciones extranjeras (verbigracia en el derecho español), nuestro ordenamiento jurídico no hace una distinción expresa de los contratos y convenios interadministrativos y los regula dentro del régimen jurídico general en materia de celebración y ejecución de los contratos estatales, **no obstante lo cual es posible que la aplicación y la interpretación de las**

¹⁴ Cfr. Enrique Sayagués Laso. Tratado de Derecho Administrativo, T. I, 8ª ed., Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2002, p. 395, y Héctor Jorge Escola. Tratado Integral de los contratos administrativos, T. I, Parte General, Buenos aires, Depalma, 1977, p. 310.

¹⁵ La noción misma de contrato involucra la autonomía de la voluntad privada, cuyo alcance es la *“libertad y poder atribuido por el ordenamiento al sujeto iuris para celebrar el contrato, cuyo efecto cardina, primero o existencial es su vinculatoriedad, atadura u obligación legal de cumplirlo, sin que, en línea de principio, quienes lo celebran puedan sustraerse unilateralmente”*. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 30 de agosto de 2011, radicación 11001-3103-012-1999-01957-01.





normas de dicho régimen puedan resultar disímiles debido a la particular naturaleza de tales acuerdos de voluntades.

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

Específicamente, en relación con las principales características y diferencias entre los contratos interadministrativos y los convenios interadministrativos, la Sala de Consulta y Servicio Civil indicó que:

“(…) la nota distintiva de los convenios interadministrativos la constituye la concurrencia de dos o más entidades estatales para la realización de fines comunes a ambas partes, respecto del cual **cada entidad está interesada u obligada desde sus propias funciones o atribuciones legales**¹⁶. Se da pues un ánimo de cooperación entre organismos o entidades públicas **con funciones interrelacionadas o complementarias**. Como se ha indicado, se habla de cooperación porque la entidad pública celebra **el convenio “cuando tiene algo que aportar desde su ámbito funcional, obligándose a ejecutar actividades que contribuyen directamente al fin común de los sujetos contratantes, compartiendo tareas entre ellas**¹⁷. Esta finalidad común y ánimo de cooperación, agrega en esta oportunidad la Sala, se da en el ámbito de un “paralelismo de intereses”¹⁸. **Por lo que no existe preeminencia del contratante respecto del contratista, sino más bien las relaciones se desarrollan en un plano de igualdad o equivalencia, esto es, sin que existan prerrogativas en favor de una parte a costa de la otra.**

(…) Así, es viable distinguir entre “convenios interadministrativos” (denominación dada por las partes) de contenido patrimonial, los cuales se someterán al régimen de los contratos interadministrativos **y otros que si bien implican obligaciones y responsabilidades para los intervinientes, no tiene un interés puramente económico (es decir, destinados a obtener una ganancia), al girar en torno solamente a la forma de complementar y articular las funciones de cada entidad, mediante e intercambio de información, el apoyo logístico, la facilitación de**

¹⁶ “El objeto de los convenios de la administración implica siempre la conjunción de voluntades en torno a intereses que son mutuos compartidos por ambos contratantes. Se trata de lograr la realización de objetivos o fines que son comunes a todas las partes que celebran el negocio jurídico. Lo anterior significa excluir de esta clase de acuerdos aquellos compromisos que implican una contradicción de intereses, en los cuales las partes buscan la satisfacción de objetivos que no les son comunes”. CHAVES Marín, Augusto Ramón. Los Convenios de la Administración. Entre la Gestión Pública y la Actividad Contractual. Editorial Temis. Bogotá D.C. Tercera Edición 2015. Pág. 76.

¹⁷ Consejo de Estado -Sala de Consulta y Servicio Civil- Concepto 1982 de 2010.

¹⁸ “El paralelismo de los intereses, del que nace el mencionado paralelismo de voluntades (y de las correspondientes declaraciones), debe considerarse, desde el punto de vista de la estructura, como el carácter diferencial básico del acuerdo con respecto al contrato, donde los intereses en conflicto reciben composición”. MESSINEO, Op. Cit. P. 63.





infraestructuras, etc., para mejorar la eficiencia de la gestión pública, así como la utilización conjunta de medios y servicios públicos en el ámbito de los principios constitucionales de economía, celeridad y eficacia para el logro del bien común.

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

Ahora, dada la naturaleza jurídica explicada de los convenios interadministrativos, **las reglas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública contenidas en la actualidad en las Leyes 80 de 1993 1150 de 2007 y 1474 de 2011, no resultan de aplicación automática a tales convenios, toda vez que este Estatuto lo que esencialmente regula son relaciones contractuales de contenido patrimonial y oneroso”** (Negrillas no originales).

Visto lo anterior, de conformidad con lo previsto en el artículo 95 de la Ley 489 de 1998 y el alcance que la jurisprudencia y conceptos del Consejo de Estado -en su calidad de máximo tribunal de la jurisdicción de lo contencioso administrativo- y la doctrina le han conferido al tema de la regulación de los contratos y convenios interadministrativos, esta última tipología presenta las siguientes características: *(i)* se celebra entre dos entidades públicas que se encuentran en pie de igualdad con el objeto de cumplir competencias de ambas entidades dirigidas a un propósito común; *(ii)* la modalidad para su celebración es la contratación directa; *(iii)* los convenios interadministrativos pueden suponer el compromiso de recursos públicos y, por consiguiente, la realización de aportes financieros. Ello, sin embargo, no supone la posibilidad de que en este tipo de relaciones jurídicas exista una remuneración en favor de uno de los contratantes y a cargo de otro u otros.

Repárese, entonces, en que los convenios interadministrativos no pueden ser sinalagmáticos, debido a que en ellos no se involucran intereses contrapuestos, sino un interés común. Esto implica que, en los eventos en que su celebración comporte el compromiso y la ejecución de recursos públicos, el valor de estos no puede destinarse al pago o remuneración de ninguna de las partes, sino que debe corresponder necesariamente a la asunción de costos y gastos para cumplir las funciones de la respectiva entidad, así como para atender los compromisos adquiridos para con la otra, pues las entidades cooperan entre sí, no se prestan servicios ni se ofrecen bienes a cambio de una remuneración y, por esa razón, los recursos comprometidos a través de los convenios interadministrativos no constituyen un pago, sino un aporte para lograr el cometido común.





En conclusión, lo hasta ahora apuntado permite delimitar el concepto de convenio interadministrativo e identificar sus principales similitudes y diferencias con la figura del contrato interadministrativo, sobre todo en cuanto hace a la naturaleza conmutativa de este último. Lo anterior, sin perjuicio de reconocer, tal y como lo hace la Sala de Consulta y Servicio Civil y la Sección Tercera del Consejo de Estado, que en los convenios interadministrativos pueden existir obligaciones con contenido patrimonial expreso o implícito, como sería el comprendido en las obligaciones de hacer, siempre que dicho contenido patrimonial no esté dirigido a pagar o remunerar las actividades realizadas por cada una de las partes.

A lo anterior también debe agregarse que, dadas las particularidades de los convenios interadministrativos, derivadas de su regulación en el artículo 95 de la Ley 489 de 1998, las normas contenidas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública -EGCAP- no les resultan aplicables en su integridad, comoquiera que están concebidas en función de contratos conmutativos y onerosos¹⁹, características ausentes en el caso de los convenios. Así acontece, por ejemplo, en los casos de las potestades excepcionales y de las facultades sancionatorias contractuales establecidas en los artículos 17 de la Ley 1150 de 2007 y 86 de la Ley 1474 del 2011, respectivamente.

2.2. La noción de costos indirectos “overhead” y su finalidad

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 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 que, según el artículo 40 de la Ley 80 de 1993, uno de los elementos esenciales de los contratos estatales es el precio, igualmente 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 Estatuto General de Contratación de la Administración Pública -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

¹⁹ En el concepto 2257 del 2016, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado señaló que “[d]ada la naturaleza jurídica explicada de los convenios interadministrativos, las reglas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública no resultan de aplicación automática a esos convenios. En tal virtud, en cada caso concreto deberá analizarse, de conformidad con la naturaleza jurídica, objeto y finalidad de los convenios, si la disposición correspondiente del Estatuto Contractual es aplicable o no”.





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 un contrato estatal bien puede afirmarse que los costos directos son aquellos en los que incurre el contratista para la ejecución del objeto contractual y, por contera, serán costos indirectos todos los que **no correspondan exclusivamente a mano de obra, materiales o insumos y a la producción del objeto contractual.**

De esta forma, en los contratos cuyo precio se estructura a partir del sistema de precios unitarios, ha hecho parte de la práctica de los negocios que el contratante le solicite al potencial contratista que separe en su propuesta los *costos directos*, es decir, los que están directamente implicados en la ejecución del objeto, de los *costos indirectos* que involucran los rubros que no tienen que ver de manera inmediata con la ejecución de las actividades contractuales, pero que integran también el precio, bien porque constituyen erogaciones administrativas o contingentes para el contratista o bien porque se dirigen a salvaguardar su ganancia.

Así pues, ni el sistema de precios unitarios -como metodología de estipulación del valor contractual-, ni el concepto de costos directos e indirectos, ni mucho menos la forma de calcularlos, son aspectos regulados en el conjunto de las disposiciones legales y reglamentarias que integran la normativa contractual del Estado.

En consecuencia, tanto las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública -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.

Un ejemplo para calcular los costos indirectos que se advierte en la práctica de las entidades estatales, es que acuden al *AIU* -Administración, Imprevistos y Utilidad-, en el que se comprenden los costos indirectos con la finalidad de establecer un precio más estable, por lo que el valor del contrato consistirá en lo que resulte de afectar los costos directos por el porcentaje, en principio, invariable del AIU, de suerte que a aquel valor se le suma este. En consecuencia, las partes asumen los riesgos inherentes a esta forma de pactar el precio, entendiendo aceptados los *áreas* normales que se presenten en la ejecución del contrato, por lo que a pesar de que el





contratista incurra en mayores costos de los ítems incluidos en la Administración al presentar su oferta, o que estos disminuyan, aparezcan algunos nuevos o desaparezcan algunos de ellos, el valor se mantiene invariable. Así, las partes optan por darle estabilidad al negocio asumiendo cada una de ellas lo que le favorezca o desfavorezca, lo que evita, además, incurrir en costos de transacción relacionados con la necesidad de acreditar y verificar cada costo específico asociado a la Administración, lo que generaría más gastos tanto para la entidad como para el contratista.

Para ello, al realizar el análisis del sector y estudio de mercado elaboran un presupuesto estimado del valor de la ejecución del contrato, incluyendo los costos genéricos indirectos en que incurren los contratistas, entre ellos, los de la administración, para efectos de definir el porcentaje con el que calculan el presupuesto, pese a que el monto de este componente varía ostensiblemente de un proponente a otro, ya que el valor real de la administración depende de circunstancias particulares de los proponentes. Teniendo en cuenta esto último, las entidades calculan un valor estimado que, a su vez, sirve de guía para que los proponentes formulen sus ofertas, pero bajo la premisa de que pagarán un porcentaje fijo incluido por los interesados en sus propuestas, dado lo variable que resulta este valor y lo complejo y gravoso de realizar un seguimiento minucioso a los costos en que incurren los contratistas por este componente en particular. Por lo demás, estos podrían ser mayores a los inicialmente pactados con el contratista, de manera que la fijación de un porcentaje fijo y estable también resulta favorable a la Entidad Estatal, pues su contraparte no le podrá exigir un monto superior, bajo el argumento de que incurrió en costos adicionales asociados al componente de administración. Por tanto, la decisión de incluir el *AIU*, al igual que la metodología de delimitación de sus variables -ítems y porcentajes-, ha de obedecer a un juicioso análisis de oportunidad y conveniencia que consulte las reglas de la experiencia, así como los aspectos particulares de cada negocio, armonizado todo con la garantía de los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, dentro de los cuales se halla el principio de economía; postulado que exige la optimización de los recursos públicos.

Es así como las Entidades Estatales pueden incluir en el valor de sus contratos los costos directos e indirectos “*overhead*”, asociados al precio de la ejecución del contrato, lo que indica que se trata de un elemento vinculado al cálculo de la remuneración o pago en favor de los contratistas, que se incluye, como ya se expresó, con la finalidad de generar estabilidad en dicho precio para las partes -tanto en favor del contratista como de la entidad contratante-.

2.3. La posibilidad de incluir los costos indirectos “overhead” en los convenios interadministrativos

De conformidad con lo hasta ahora expuesto, es claro que los convenios interadministrativos, regulados en el artículo 95 de la Ley 489 de 1998, responden a una tipología de contrato estatal cuyas partes son dos entidades públicas que unen esfuerzos para cumplir un propósito común. Este tipo de convenios no son conmutativos, pues en ellos las entidades que concurren a su firma están en condiciones de igualdad y, por lo mismo, ninguna persigue un interés patrimonial, ni una remuneración o pago por la ejecución de los compromisos que asume.





Ciertamente, en atención a su particular naturaleza, a los convenios interadministrativos no les subyace un interés puramente económico, en tanto no se celebran para obtener una ganancia, sino con el propósito de ejecutar actividades que contribuyen directamente al fin común de los sujetos vinculados al convenio. De hecho, las partes presentan intereses convergentes, coincidentes o comunes y cooperan en procura de alcanzar en forma eficaz el cometido estatal previsto en la Constitución o en la ley, sin que por esto se reciba por ninguna de ellas el pago de un precio o contraprestación.

En la práctica, en los convenios interadministrativos que las entidades celebran no suele pactarse un precio o remuneración, lo que no significa que, para la ejecución de sus respectivos compromisos, no puedan afectar sus respectivos presupuestos y ejecutar recursos públicos. Recuérdese que ese contenido económico, incluso, puede estar presente de forma implícita en el caso de las obligaciones de hacer²⁰.

De ahí que la subdirección de Gestión Contractual de la Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente-, en el concepto C-738 del 11 de noviembre de 2022, al resolver inquietudes similares a las expuestas en la presente oportunidad, haya considerado pertinente recalcar que la posibilidad de que un convenio interadministrativo incluya compromisos con contenido económico no puede ir en contravía de su naturaleza y finalidad, ni mucho menos desconocer los elementos esenciales de este tipo comercial que se desprenden del artículo 95 de la Ley 489 de 1998. Por ende, en sus estipulaciones no puede incorporarse, en el marco de la referida norma, una remuneración o utilidad en favor de alguna de las entidades que concurre a su suscripción, pues su connotación transmutaría a un contrato interadministrativo.

De igual forma, si la noción de costos indirectos u “overhead” se asocia directamente al cálculo del precio que se pagará al contratista por parte de la Entidad Estatal contratante, es decir una contraprestación, este concepto resulta inaplicable tratándose de convenios interadministrativos, en virtud de los cuales los compromisos de contenido patrimonial se deben dirigir a cubrir los costos que genera la ejecución de las actividades relacionadas con los mismos, pero no pagar a una de las entidades por la realización de sus respectivos compromisos o una utilidad a favor de ellas.

3. Respuesta

“(…) En un convenio interadministrativo ¿se puede utilizar un determinado porcentaje del presupuesto establecido en el mismo para gastos administrativos u operativos por parte de la entidad que va a ejecutar el convenio? En caso de ser permitido ¿ hasta qué monto es lo autorizado y cuáles son sus fundamentos? Lo

²⁰Consejo de Estado -Sección Tercera-. Sentencia del 14 de junio del 2019, Radicación Número: 25000-23-37-000-2010-02552-01(AP).





anterior es con el fin de adelantar seguimientos a convenios de una entidad territorial”.

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, ni para expedir directrices especiales en materia de convenios y contratos interadministrativos, ni mucho menos sobre costos indirectos de estos.

Sin embargo, en línea con las precisiones normativas y jurisprudenciales previamente realizadas, conviene efectuar dos precisiones para responder la consulta objeto de análisis. En primer lugar, aun cuando los convenios interadministrativos pueden suponer el compromiso de recursos públicos y, por tanto, la realización de aportes financieros, esta circunstancia, por sí sola, no admite la posibilidad de que en este tipo de relaciones jurídicas exista una remuneración en favor de uno de los co-contratantes y a cargo de otro y otros.

Como se vio, en esta tipología contractual no existen intereses contrapuestos sino un interés común, lo que lleva a firmar que en aquellos eventos en que su celebración conlleve el compromiso y la ejecución de recursos públicos, el valor de estos no puede destinarse al pago o remuneración de ninguna de las partes, es decir contraprestaciones, sino que debe corresponder, necesariamente, a la asunción de costos y gastos para cumplir las funciones de la respectiva entidad y así atender los compromisos adquiridos para con la otra, en plena correspondencia de la jurisprudencia del Consejo de Estado en la materia.

Y es que en los convenios interadministrativos las entidades cooperan entre sí, no se prestan servicios ni se ofrecen bienes a cambio de una remuneración y, por esa misma razón, los recursos comprometidos a través de los convenios interadministrativos no pueden constituir un pago, sino un aporte para lograr el cometido común.

De esta suerte, en el evento en que las partes de un negocio jurídico lo denominen convenio interadministrativo y acuerden utilizar un determinado porcentaje del presupuesto establecido en aquel para gastos administrativos u operativos por parte de la entidad ejecutora o, incluso reconozcan sumas de dinero a título de pago o remuneración, la naturaleza de dicho negocio no se ajustaría a los elementos definidos en el artículo 95 de la Ley 489 de 1998 y, por consiguiente, al haberse celebrado entre dos entidades estatales, la tipología contractual que le correspondería sería la de contrato interadministrativo.

En segundo término, bien vale la pena señalar que los costos indirectos, entre los que están comprendidos los de administración u “overhead” pueden ser uno de los elementos que integra el precio de los contratos estatales regulados en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública -EGCAP- y se definen como aquellos gastos que, si bien no inciden en forma directa, sí afectan el valor del bien o servicio a adquirir. Así, los costos indirectos u





“overhead” son un elemento vinculado al cálculo de la remuneración o pago en favor de los contratistas del Estado, que se incluye con la finalidad de generar estabilidad en dicho precio, tanto favor del contratista como de la entidad contratante.

Los convenios interadministrativos, regulados en el artículo 95 de la Ley 489 de 1998, son una tipología de contrato estatal, cuyas partes son dos entidades públicas que unen esfuerzos para cumplir un propósito común. En este tipo de convenios no se adquieren bienes y servicios, lo que explica que la noción de precio y de remuneración sea ajena a esta tipología contractual.

En efecto, dada su particular naturaleza, los convenios no tienen un interés puramente económico, porque no se celebran con el fin de obtener una ganancia, sino con el propósito de ejecutar actividades que contribuyen directamente al fin común de los sujetos vinculados al convenio. En otras palabras, las partes tienen intereses convergentes, coincidentes o comunes y cooperan para alcanzar en forma eficaz la finalidad estatal prevista en la Constitución o la ley, sin que por esto se reciba por ninguna de ellas el pago de un precio o contraprestación.

Aunque en los convenios interadministrativos pueden incluirse prestaciones de contenido patrimonial, su objeto no puede ser, en ningún caso, el de pagar por la ejecución de determinada actividad. Un reconocimiento de esta índole no solo resulta contrario a su naturaleza y finalidad, sino que también desconoce los elementos esenciales de este tipo de negocio jurídico, que se desprenden del artículo 95 de la Ley 489 de 1998.

Dado que la noción de costos indirectos, entre los que se incluyen los de administración, es inherente a la de precio o remuneración, elementos ajenos al convenio interadministrativo, se impone concluir que en este tipo de convenios no es procedente reconocer y/o pagar un porcentaje por concepto de administración “overhead” en favor de alguna de las entidades que lo suscriben. Si se incluye esta remuneración, la tipología contractual no correspondería a la de un convenio interadministrativo sino a la de un contrato interadministrativo, en la que ambas partes son entidades estatales, se configura la entrega de bienes o servicios de una en favor de la otra y se genera el correlativo derecho de pago en virtud de tal circunstancia.

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,

Original Firmado
 Nohelia del Carmen Zawady Palacio

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



DEPARTAMENTO
 NACIONAL DE PLANEACIÓN

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente

Tel. [601] 7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



www.colombiacompra.gov.co

Compartido por:



Agencia Nacional de Contratación Pública



Colombia Compra Eficiente

Elaboró: Diego Andrés Zambrano Pérez
Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual
Revisó: Alejandro Raúl Sarmiento Cantillo
Gestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual
Aprobó: Nohelia del Carmen Zawady Palacio
Subdirectora de Gestión Contractual



DEPARTAMENTO
NACIONAL DE PLANEACIÓN

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente

Tel. [601] 7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



www.colombiacompra.gov.co