

UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA
FACULTAD DE POSGRADOS
ESPECIALIZACION EN CONTRATACIÓN ESTATAL



**LOS CONTRATOS O CONVENIOS INTERADMINISTRATIVOS ES
APLICABLE EL ARTÍCULO 86 DE LA LEY 1474 DE 2011**

JULIANA CONSTANZA VALDERRAMA GAMEZ
JEIMMY ALEXANDRA RODRIGUEZ PODEVA
MONICA LILIANA MARTIN ZARATE

BOGOTÀ, D.C.

2016

**UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA
FACULTAD DE POSGRADOS
ESPECIALIZACION EN CONTRATACIÓN ESTATAL**



**APLICABILIDAD DEL ARTÍCULO 86 DE LA LEY 1474 DE 2011 A LOS
CONTRATOS O CONVENIOS INTERADMINISTRATIVOS**

**JULIANA CONSTANZA VALDERRAMA GAMEZ
JEIMMY ALEXANDRA RODRIGUEZ PODEVA
MONICA LILIANA MARTIN ZARATE**

PROYECTO DE GRADO

**ASESOR PROYECTO DE INVESTIGACIÓN
FACULTAD DE POSGRADOS
DR. DAVID GARCIA VANEGAS.
UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA
BOGOTÀ, D.C.**

2016

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN

PROBLEMA, HIPÓTESIS, OBJETIVOS

Área problemática

Problema formulado.

Hipótesis

Objetivos

General

Específicos

ESTADO DEL ARTE

RAI 1

RAI 2.

RAI 3

RAI 4

FUNDAMENTOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO RELACIONADOS CON LOS
CONVENIOS Y CONTRATOS INTERADMINISTRATIVOS

Introducción

Fuentes del Derecho Administrativo.

Constitución

Ley

Los Decretos

La Jurisprudencia

La Doctrina

Los Principios Generales del Derecho

La Costumbre cuando no sea contraria a la ley.

La Contratación y el Derecho Administrativo

Los Contratos Estatales

Principios de la Contratación Estatal- Artículo 23 y ss de la Ley 80 de 1993

POSICIÓN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL Y EL CONSEJO DE ESTADO AL
RESPECTO DE LOS CONVENIOS Y CONTRATOS INTERADMINISTRATIVOS

POSICIÓN DE LA LEY, LA JURISPRUDENCIA Y LA DOCTRINA DE OTROS PAÍSES
CON RELACIÓN A LOS CONTRATOS Y CONVENIOS INTERADMINISTRATIVOS

CONCLUSIONES

ENFOQUE METODOLÓGICO

CRONOGRAMA

BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN

A través de las potestades excepcionales generales la Administración goza de prerrogativas que le permiten llevar a cabo el objeto del contrato celebrado, la dirección general del mismo, así como el control y la vigilancia de su ejecución, a fin de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y poder asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación de los mismos. Se garantiza de esta manera, el cumplimiento de los fines estatales mediante la celebración de contratos y convenios interadministrativos, que se desarrollan a través de la contratación estatal mediante el reconocimiento a la Administración Pública, de un poder especial de orden administrativo.

Las entidades estatales tienen la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia en la ejecución del contrato, y en consecuencia durante su vigencia, siempre tendrán competencia para salvaguardar el interés público y garantizar la continuidad del servicio o la ejecución de las obras de beneficio general, objeto del contrato, Por tanto, la entidad estatal puede dar aplicación a las cláusulas excepcionales, si tiene motivos fundados para su imposición, lo que buscamos es analizar la aplicación del artículo 86 de la ley 1474 de 2011:

Imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento. Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento: a) Evidenciado un posible incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, la entidad pública lo citará a audiencia para debatir lo ocurrido. En la citación, hará mención expresa y detallada de los hechos que la soportan, acompañando el informe de interventoría o de supervisión en el que se sustente la actuación y enunciará las normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. En la misma se establecerá el lugar, fecha y hora para la realización de la audiencia, la que podrá tener lugar a la mayor brevedad posible, atendida la naturaleza del contrato y la periodicidad establecida para el cumplimiento de las obligaciones contractuales. En el evento en que la garantía de cumplimiento consista en póliza de seguros, el garante será citado de la misma manera; b) En desarrollo de la audiencia, el

jefe de la entidad o su delegado, presentará las circunstancias de hecho que motivan la actuación, enunciará las posibles normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. Acto seguido se concederá el uso de la palabra al representante legal del contratista o a quien lo represente, y al garante, para que presenten sus descargos, en desarrollo de lo cual podrá rendir las explicaciones del caso, aportar pruebas y controvertir las presentadas por la entidad; c) Hecho lo precedente, mediante resolución motivada en la que se consigne lo ocurrido en desarrollo de la audiencia y la cual se entenderá notificada en dicho acto público, la entidad procederá a decidir sobre la imposición o no de la multa, sanción o declaratoria de incumplimiento. Contra la decisión así proferida sólo procede el recurso de reposición que se interpondrá, sustentará y decidirá en la misma audiencia. La decisión sobre el recurso se entenderá notificada en la misma audiencia; d) En cualquier momento del desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, podrá suspender la audiencia cuando de oficio o a petición de parte, ello resulte en su criterio necesario para allegar o practicar pruebas que estime conducentes y pertinentes, o cuando por cualquier otra razón debidamente sustentada, ello resulte necesario para el correcto desarrollo de la actuación administrativa. En todo caso, al adoptar la decisión, se señalará fecha y hora para reanudar la audiencia. La entidad podrá dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento.

Sería aplicable a los contratos y/o convenios interadministrativos, para garantizar el cumplimiento del objeto contractual y los fines estatales, dentro del marco de la libre competencia en el amparo de la autonomía de la voluntad con las facultades que le otorga la ley y la constitución a cada una de las entidades estatales de derecho público, ya que tiene la facultad de ejercer derecho uno sobre el otro, por lo que es importante analizar si el procedimiento es aplicable al encontrarse en litigio dos entidades estatales, con el objeto de conminar a las entidades a cumplir a cabalidad con las obligaciones contenidas en los convenios y contratos interadministrativos, siendo esta una potestad excepcional que otorga el artículo 14 de la ley 80 de 1,993, por lo tanto se busca analizar si el procedimiento es viable su aplicación.

PROBLEMA, HIPÓTESIS, OBJETIVOS

Área problemática

Proposiciones:

Interrogativa: ¿Puede una Entidad Pública pactar dentro de un Convenio o Contrato Interadministrativo el procedimiento del Artículo 86 de la Ley 1474 de 2011?

Dubitativa: Podría darse la nulidad del procedimiento consagrado en el Artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 con respecto a los Contratos o Convenios Interadministrativos.

Afirmativa: La aplicabilidad del procedimiento del Artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 incide en garantizar el cumplimiento contractual en los Contratos o Convenios Interadministrativos.

Propositiva: Una adecuada aplicación del procedimiento consagrado en el art. 86 de la Ley 1474 del 2011, es garantía para el cumplimiento de los convenios y contratos interadministrativos.

Negativa: En virtud del cumplimiento al Artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 se vicia de nulidad el procedimiento correspondiente a los convenios y contratos interadministrativos conforme al art. 14 de la Ley 80 de 1993.

Categorías

- Entidad Pública
- Convenio o Contrato Interadministrativo
- Procedimiento del Artículo 86 de la Ley 1474 de 2011
- Nulidad del procedimiento consagrado en el Artículo 86 de la Ley 1474 de 2011
- Garantía del cumplimiento contractual en los Contratos o Convenios Interadministrativos.
- Art. 14 de la Ley 80 de 1993.

Problema formulado.

¿Cómo el procedimiento del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, sirve como garantía a las entidades públicas para ser aplicado en los contratos y convenios interadministrativos y así garantizar su cumplimiento, en concordancia con el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, sin que se encuentre viciado de nulidad?

Hipótesis

Desde la Carta Política y las normas antecedentes el Estado hace esfuerzos por regular el contexto de los contratos a cargo de la administración, en este orden de ideas, si bien es cierto el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 se erige como la norma marco para la regulación de los contratos o convenios interadministrativos, resulta necesario determinar cuáles son sus alcances y limitaciones a fin de que no se vicie dicho procedimiento de nulidad.

Objetivos

General

Determinar cuáles son los alcances y limitaciones del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 en concordancia con el artículo 14 de la Ley 80 de 1993a fin de que no se vicie de nulidad el procedimiento relacionados con los contratos y convenios interadministrativos.

Específicos

Efectuar un estudio sobre los fundamentos del Derecho Administrativos relacionados con los convenios y contratos interadministrativos.

Analizar la posición de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado sobre las respectivas interpretaciones al respecto de los convenios y contratos interadministrativos.

Evaluar, mediante un ejercicio interpretativo la posición de la ley, la jurisprudencia y la doctrina en otros países con relación a los contratos y convenios interadministrativos

ESTADO DEL ARTE

RAI 1

Tema:

Aplicación de las cláusulas exorbitantes en los contratos estatales regulados por regímenes especiales

Planteamiento Del Problema

¿Es aplicable el procedimiento del artículo 86 de la ley 1474 en los convenios y contratos administrativos?

Investigadores: Juan Camilo Arango Betancourth y Jorge Guillermo García Moncada

Institución donde se llevó a cabo la investigación: Pontificia Universidad Javeriana.

Año de realización: 2004

Tipo de trabajo. Trabajo de grado para optar por el título de abogado.

Problema Planteado:

La expedición de la ley 80 de 1993 quiso erradicar de nuestro ordenamiento jurídico la dispersión normativa existente en materia de contratación estatal que se presentaba cuando estaba vigente el decreto 222 de 1983, convirtiéndose el principio de universalidad en uno de los postulados rectores de dicha ley. Sin embargo, la promulgación de normas que regulan la contratación para ciertas entidades estatales, se rigen en un retroceso al mencionado principio.

De la misma forma, principios como la selección objetiva de los contratistas, la protección del interés público a través de la aplicación de cláusulas exorbitantes, y la liquidación en los contratos estatales, que rigen los procedimientos de contratación en los que interviene el estado, no contravienen la aplicación del derecho privado en contratos regidos por regímenes especiales, tales como: el Fondo de Inversión para la Paz (FIP), las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios (ESP) y las empresas de Telecomunicaciones de naturaleza pública entre otras, contratan con particulares no es tan clara la aplicación de los mencionados postulados, habida cuenta que dichos regímenes buscan imprimirle celeridad a los procesos de contratación de dichas entidades.

Objetivos

General.

Desarrollar un estudio que tenga por objeto la aplicación de cláusulas o poderes extraordinarios de la administración frente a los contratos regidos por los mencionados

regímenes especiales. Por consiguiente, se comenzará haciendo una aproximación general a la aplicación de cláusulas o poderes excepcionales por parte de la administración como herramienta con la que se busca salvaguardar los principios que orienta la función pública.

Fuentes bibliográficas consultadas: Se consultaron 22 obras.

Metodología o enfoque metodológico:

Se trata de una investigación de carácter analítico, descriptivo mediante estudio de los regímenes aplicables a los convenios o contratos celebrados por la administración pública y su directa relación del cumplimiento de estos mediante la tipificación de cláusulas que garanticen el cabal cumplimiento conforme a los fines estatales consagrados en la Constitución y la ley.

Desarrollo del marco teórico

Existen ciertas especies de cláusulas excepcionales que su aplicación se justifica en vigencia del plazo contractual puesto que de lo contrario no cumplirían la función para las que fueron incorporados en el ordenamiento jurídico, dichas especies son: la interpretación unilateral, la modificación unilateral, y la terminación unilateral. No obstante lo anterior, existen otras especies, tales como la caducidad administrativa en que no ha existido claridad respecto de los límites que tiene la administración para aplicarlas.

Conclusiones

La contratación se desarrolla conforme a los principios rectores de la constitución Política y la Ley 80 de 1993, por lo que debe observar un estricto manejo en los recursos públicos sin importar el régimen de aplicación. Por lo que se buscó realizar una aproximación general a la aplicación de cláusulas o poderes excepcionales por parte de la administración como herramienta para salvaguardar el cumplimiento de los fines y su eficacia.

Por lo que realiza una clasificación de las clases de cláusulas exorbitantes su aplicación, obligatoriedad e interpretación de pactar dentro de los contratos estatales en busca de satisfacer el interés general y cuando se prohíbe su aplicación o es voluntad de la entidad contratante.

La inclusión de cláusulas exorbitantes es ineludible para aquellos contratos celebrados por las entidades prestadoras de servicios públicos cuyo objeto es indispensable para la prestación del servicio público propiamente dicho.

El ejercicio de las clausulas exorbitantes dentro de los contratos instrumentales, no son solo muestra de un poder desbordado y desequilibrado del frente al contratista, sino sin una

herramienta efectivas que le permitan abordar situaciones que podría alterar la debida prestación del servicio, atentando contra la satisfacción de los fines del Estado y contra la correcta destinación de los bienes públicos.

RAI 2.

Tema: Las multas y la cláusula penal pecuniaria en la contratación estatal. Naturaleza jurídica, pacto, validez, imposición por vía administrativa y control judicial.

Investigador: Yohan Manuel Buitrago Vargas.

Institución donde se llevó a cabo la investigación: Universidad Nacional

Año de realización: 2014

Tipo de trabajo: Trabajo de Grado para el Título de Magister en Derecho

Problema Planteado:

La pregunta a resolver se circunscribe a determinar la naturaleza jurídica de la cláusula penal pecuniaria y las multas contractuales en el sistema contractual estatal actual (Leyes 80/93, 1150/07 y 1474/11), para poder establecer a renglón seguido, si son o no cláusulas excepcionales y determinar sus efectos en la práctica contractual colombiana. La definición de la naturaleza jurídica de tales la cláusulas se constituye en un asunto de singular importancia, en la medida en que tal definición permitirá al administrador de turno, al contratista y al operador jurídico, aplicarlas de manera adecuada y conocer las consecuencias contractuales, económicas, sociales y jurídicas de tales actuaciones.

Hipótesis

Resulta obligatorio estudiar, conocer y entender el origen de la cláusula penal pecuniaria y las multas contractuales en el régimen comercial y civil colombiano; conocer y entender los antecedentes y la regulación vigente en relación con el pacto e imposición de las multas y la declaratoria de incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria pactada dentro del marco de la contratación estatal; conocer y entenderlas características y la regulación de las cláusulas excepcionales en el actual régimen de contratación estatal y; finalmente, conocer y entender que la cláusula penal pecuniaria y las multas contractuales como estipulaciones del derecho común pueden aplicarse bajo las normas que regulan el régimen excepcional y, en caso afirmativo si tal situación desnaturaliza el acuerdo contractual sometido al régimen privado y torna nulo absolutamente tal pacto, por objeto ilícito

Objetivos

General

Establecer si es jurídicamente procedente la estipulación de la cláusula penal y las multas contractuales en la contratación estatal y de serlo, determinar si resulta o no excluyente con el ejercicio de las potestades excepcionales.

Enfoque metodológico

Para cumplir los objetivos antes señalados, se debe indicar que la investigación jurídica que ha originado este trabajo, se ha estructurado sobre la base del estudio y análisis del régimen legal anterior y actual de la cláusula penal pecuniaria y las multas contractuales, la jurisprudencia de las altas cortes, junto con el estudio de los planteamientos de la doctrina nacional y extranjera, fuentes de carácter primario y secundario que impusieron una revisión extensa de documentos y su respectivo análisis comparativo, por lo que una vez recaudada la información mínima para tener un fundamento bibliográfico del problema jurídico y de la hipótesis, se estructuró un plan de trabajo en el cual ajustado al método lógico de investigación (principalmente utilizando las modalidades históricas, analítica descriptiva y dialéctica), se conoció y entendió la evolución legislativa y jurisprudencial de tema y se concluyó la importancia del pacto de la cláusula penal pecuniaria y las multas contractuales en la contratación estatal.

Fuentes bibliográficas consultadas:

18 Obras consultadas.

Referencias Jurisprudenciales: 53 Sentencias

Referencias Normativas y Revistas

Desarrollo

La investigación que se llevó a cabo, resuelve el interrogante planteado, afirmando que la cláusula penal pecuniaria y las multas contractuales se constituyen en cláusulas del derecho común (no excepcionales), su pacto no resulta obligatorio en el actual sistema contractual y su imposición unilateral por parte de la administración pública, a manera de potestad excepcional, aun cuando las partes del contrato las hayan pactado, resulta contraria a su naturaleza, esencia y finalidad y por ende su imposición violaría el principio de legalidad y se encontraría afectado de nulidad absoluta por objeto ilícito.

Naturaleza jurídica de la cláusula penal pecuniaria y las multas contractuales

Resulta importante destacar que la cláusula penal pecuniaria y las multas contractuales son cláusulas reguladas por el derecho común⁴, por lo que se encuentran reguladas en el ordenamiento comercial y civil, situación que nos obliga a investigar y poner de presente la fuente legal de su regulación y sus características más destacadas.

La cláusula penal pecuniaria

Resulta pertinente traer a colación al autor Rodrigo Escobar Gil¹ quien indica que la cláusula penal pecuniaria, en el régimen contractual colombiano, es un tipo de sanción pecuniaria, así:

“La cláusula penal consiste al igual que en el derecho privado, en una estipulación en la que se fija anticipadamente el valor de la indemnización que cada parte puede reclamar por el incumplimiento de las obligaciones de la otra. Tratándose de la cláusula penal, su valor jurídico en el contrato administrativo procede de su estipulación en los documentos contractuales, ya sea en los pliegos de condiciones o términos de referencia o en la minuta del contrato. A falta de previsión contractual, la cláusula penal no se puede ejercer, por constituir una estimación del monto de la reparación del daño que las partes realizan de mutuo acuerdo, en ejercicio del postulado de la autonomía de la voluntad consagrado en el artículo 32 de la ley 80 de 1993.

Aun cuando el contenido de la cláusula penal tiene su origen en el contrato, no puede desconocerse su carácter de cláusula exorbitante en la contratación administrativa, en razón a que la ley habilita a la administración pública para exigirla directa y unilateralmente, en ejercicio del privilegio de la decisión previa y ejecutoria consagrada en el artículo 64 del Decreto 01 de 1984. Por lo tanto, la regulación de esta sanción en los Decretos 150 de 1976 y 222 de 1983 era bastante acertada, al precisar que se haría efectiva directamente por la entidad contratante en caso de declaratoria de caducidad o de incumplimiento; de esta manera, su régimen jurídico se diferenciaba del establecido en el Derecho Privado, en donde sólo puede ser impuesta con fuerza vinculante por el Juez del contrato”.

En síntesis, la cláusula penal pecuniaria en la contratación estatal colombiana, según el criterio expuesto por éste autor, además de ser catalogada como una cláusula exorbitante, reviste la condición de una sanción pecuniaria.

Las multas contractuales

Es importante citar la Sentencia del 5 de septiembre de 1996, en la cual el Consejo de Estado¹⁶, determinó la finalidad y caracterizó las multas contractuales así:

“Tienen una finalidad de constreñimiento, de coerción, de coacción, para presionar o apremiar al contratista a darle cumplimiento a sus obligaciones, cuando en los términos y desarrollo del contrato, se observó que aquel no está al día en sus obligaciones, que se encuentra en mora por retardo para satisfacer oportunamente, conforme al plazo pactado, los compromisos contractuales asumidos.”

Las sanciones coercitivas no tienen una naturaleza reparatoria, porque su finalidad no es proporcionarle una suma de dinero a la Administración Pública para resarcirla de un daño patrimonial sufrido, sino que se encaminan a tutelar el interés público mediante la garantía de la efectiva ejecución del objeto contractual por parte del particular que colabora en la consecución de los fines del Estado.

Las sanciones coercitivas o multas, en consecuencia proceden, sin necesidad que la Administración realmente sufra un daño, por consiguiente, no se requiere la prueba de la existencia o de la cuantía del detrimento patrimonial causado por el incumplimiento del contratista”.

Posteriormente, en concepto del 25 de mayo de 2006, el Consejo de Estado, en su Sala de Consulta y Servicio Civil, definió las multas contractuales en los siguientes términos:

“Para el Diccionario de la Real Academia, la palabra multa significa "pena pecuniaria que se impone por una falta, exceso o delito, o por contravenir a lo que con esta condición se ha pactado," proposición que indica claramente que en el lenguaje común el término multa se emplea para definir sanciones pecuniarias tanto de carácter público, esto es derivadas de la "falta, exceso o delito", como de carácter privado, que son las pactadas convencionalmente. Se trae a cuento esta definición con el fin de indicar que una estipulación contractual denominada "multas" puede ser una cláusula penal de las reguladas por el derecho privado en las normas que se comentan, de manera que no necesariamente una cláusula así intitulada en un contrato estatal, implica por sí misma que se esté pactando una "sanción pecuniaria" a manera de potestad exorbitante”.

Por su parte Escobar Gil, le otorga a las multas el carácter de sanción coercitiva, según se puede concluir con la lectura de sus argumentos:

“Sanciones coercitivas: multas. Las sanciones coercitivas consisten en unas medidas que puede adoptar la Administración en forma unilateral para constreñir, compulsar o apremiar al contratista a que se allane al cumplimiento de sus obligaciones. Fundamento legal de esta modalidad sancionatoria, se encuentra en el artículo 18 inciso 2 de la ley 80 de 1993, que inequívocamente le atribuye la facultad a la Administración, en caso que decida abstenerse de declarar la caducidad, de adoptar *las medidas de control e intervención necesarias, que garanticen la ejecución del objeto contractual*. Esta norma se refiere a sanciones coercitivas que precisamente tienen por objeto que la administración intervenga o actúe sobre el contratista para compulsarlo coactivamente al cumplimiento del contrato. El prototipo de las medidas coercitivas son las multas”.

Las cláusulas excepcionales en el derecho administrativo contractual colombiano.

Aspectos generales, aproximación normativa y conceptual

Las cláusulas excepcionales y la nueva concepción constitucional del Estado.

Fundamento constitucional

La Constitución Política de 1991 avanzó de manera importante en temas como la desregulación; globalización: desmonopolización, y principalmente la libre competencia y competencia entre el Estado y los particulares, especialmente en cuanto a los servicios públicos se refiere. De un Estado monopólico se pasa a uno de corte competitivo, con amplia participación privada en el manejo de la riqueza, la explotación, gestión y titularidad de los servicios públicos.

El artículo 333 de la Constitución, al establecer que la competencia es un derecho de todos, establece nuevas reglas de juego en cuanto al modelo y accionar del Estado se refiere, lo que, sin lugar a equívocos, impactaba directamente la contratación estatal como herramienta para el logro de sus fines, máxime si se complementa con lo estipulado en los artículos 365 y 209 superiores.

En efecto, ante la necesidad estatal de competir en condiciones de igualdad con los particulares, fue menester estructurar una ley que imprimiese una nueva dinámica a la contratación estatal, buscando la eficiencia en su gestión, pero garantizando la moralidad en la función administrativa, su transparencia, publicidad, economía y la consecuente

responsabilidad de sus servidores, sin olvidar con ello el primordial logro del beneficio general.

El artículo 13 de la ley 80 de 1993 es bien representativo de este cambio en el papel del Estado y por tanto en su regulación contractual. Es claro que a un Estado monopólico corresponden normas que lo privilegian, lo exorbitan, lo regulan y reglamentan minuciosamente, estableciéndole formalidades y rígidas competencias, todo ello fundado en una supuesta autonomía del derecho administrativo y la contratación pública, que llevó necesariamente a regulaciones marcadamente administrativas y condujo incluso, a algunos, a sostener en este campo, la existencia de verdaderos contratos de adhesión.

Frente a la necesidad de armonizar la contratación pública con la nueva orientación y mandatos constitucionales, aparece el citado artículo 13 de la ley 80 de 1993, en el que se indica claramente, que el régimen aplicable a los contratos estatales, unificados en su concepto, es el propio del derecho civil y comercial, vale decir, el mismo que rige la contratación entre particulares con quienes ha de competir, como ya se explicó, sin olvidar con ello que el contratante público busca exclusivamente la satisfacción del interés colectivo y ello conduce, en casos “excepcionales”, a la posibilidad de utilizar ciertas potestades, no contempladas en el derecho común y que son, precisamente el objeto de esta charla.

Por su parte, la Corte Constitucional, en relación con la fundamentación constitucional de las cláusulas excepcionales, en la Sentencia C – 400 del 2 de junio de 1999, indicó que son un claro ejemplo de la preeminencia de la posición estatal y se constituye como una herramienta o mecanismo especial del cual se encuentra dotada la administración para buscar la satisfacción del interés general, allí se dijo:

“El interés público implícito en la contratación estatal, afecta de tal manera este instituto jurídico, que determina la especial posición de las partes contratantes y la relación entre ellas. Esta relación no se desenvuelve dentro de los mismos parámetros de igualdad en que lo hace la contratación entre particulares, sino que implica la preeminencia de la posición estatal. La autorización de cláusulas exorbitantes, como la de caducidad o las de terminación o modificación e interpretación unilaterales por parte de la Administración, son un claro ejemplo de esta situación. La ley dota a la Administración de herramientas o mecanismos especiales, ausentes en las formas

contractuales privadas, que están presentes para asegurar el cumplimiento de los fines estatales y del interés general”.

En síntesis, las cláusulas excepcionales (como régimen excepcional) se constituyen en una regulación acorde con el actual modelo de Estado globalizado, competitivo y desregulado, en el cual existe una evidente participación de los particulares en la consecución de los fines del Estado y en la prestación de los servicios públicos, siendo ésta una herramienta que otorga una posición de superioridad y preeminencia a la administración, en aras de materializar el interés público implícito en la contratación estatal, posición de superioridad que no se encuentra en la contratación sometida al régimen privado.

Conclusiones:

La hipótesis planteada se encuentra justificada, en primer lugar, por cuanto resulta ajeno al principio de igualdad absoluta y de la autonomía de la voluntad (como pilar de los contratos sometidos al derecho privado) y al principio de la libre concurrencia y a la libertad de empresa, pensar que el particular colaborador de la administración pueda pactar su sometimiento a un régimen sancionatorio, proyectado siempre en favor de la administración (si admitimos que el contrato estatal resulta ser un contrato de adhesión), junto con la posibilidad de ser impuestas y ejecutadas unilateralmente por parte de la administración, es decir, sin acudir al Juez del contrato; en segundo lugar, porque el estatuto contractual (Art. 14 de la ley 80/93) no incluya la cláusula penal pecuniaria y las multas contractuales como excepcionales y, por ende, no se puede admitir el pacto de una cláusula común (Art. 13 Ley 80/93) con connotación, en su aplicación de cláusula excepcional, puesto que se desconocería el principio de legalidad. En definitiva, resulta incongruente, que la cláusula penal pecuniaria y las multas contractuales se pacten como cláusulas del derecho común (régimen general), pero que su imposición se rija por los postulados del régimen excepcional (cláusulas excepcionales).

Finalmente, se debe indicar que la presente investigación genera una serie de problemas jurídicos adicionales al aquí estudiado, relacionados con la manera como debe regularse la cláusula penal y las multas contractuales, en la medida en que son consideradas sanciones administrativas, precisamente para ajustarlas a las sub reglas jurisprudenciales que se han determinado sobre la materia (definición legal de la conducta sancionable y de la sanción) e igualmente la posibilidad de otorgarle nuevamente a la cláusula penal pecuniaria y

de multas contractuales la connotación de cláusulas excepcionales, tal y como se había establecido en el régimen contractual del Decreto Ley 222 de 1983, determinando las condiciones del régimen de excepción, es decir, en que contratos resultan obligatorias, prohibidas o facultativas.

RAI 3

Tema Los convenios de la administración y los contratos estatales: Conceptos diferentes con regímenes jurídicos distintos

Investigador: Carlos Enrique Perdomo Guerrero

Institución donde se llevó a cabo la investigación: Universidad de los Andes

Año de realización: 2014

Tipo de trabajo. Trabajo de grado magíster en Derecho Público para la Gestión Administrativa

Problema Planteado:

El operador jurídico no tiene la capacidad para discernir cuando se está en presencia de un convenio de la Administración, puesto que la regulación existente se encuentra en diferentes normas, tiene vacíos normativos e, incluso, imprecisiones técnicas. Esas características de la regulación explican también la divergencia de posiciones en torno a las relaciones existentes entre contratos estatales y convenios de la Administración

Objetivos

Determinar cuándo se está en presencia de un convenio de la Administración

Marco conceptual:

El primer capítulo trata del modelo teórico que sirvió de base a la investigación. En ese sentido, se dan los principales conceptos que explican el trabajo práctico que se desarrolló para solucionar el problema planteado en la introducción

Negocio jurídico de colaboración

Para empezar, en este marco general debe estudiarse el negocio jurídico de colaboración porque permitirá estudiar el criterio que diferencia un contrato estatal y convenio de la Administración.

Para efectos del presente texto, se entenderá que el negocio jurídico es un acuerdo de voluntades encaminado a producir efectos jurídicos.

Un negocio jurídico se caracterizan por el interés de las partes son opuestas. En cambio, en un negocio jurídico de colaboración, las partes tienen intereses iguales y unen esfuerzos para cumplir los cometidos que se pactan entre sí. (Arrubla Paucar, 2012, p. 89).

Para diferenciar entre contrato y acto complejo consiste precisamente en que aquéllos, los intereses de las partes, son distintos y opuestos, y en los convenios contractuales se concilian esos intereses, el contrato están las partes una frente a otra; en el acto complejo, una al lado de otra; en el acto complejo, en cambio, los efectos jurídicos satisfacen los intereses de las partes; pero éstos son iguales y comunes.

Contrato estatal

El concepto del contrato estatal se deriva del artículo 32 de la Ley 80 de 1993. De acuerdo con dicha norma, son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades públicas, Así entonces, el concepto de contrato estatal obedece a un criterio subjetivo, es decir, para determinar si se está en presencia de uno de dichos acuerdos se deben tener en cuenta las partes del negocio jurídico. En este sentido, cuando en un negocio jurídico una de las partes sea una entidad estatal, ese acuerdo de voluntades en principio será un contrato estatal.

Es importante resaltar que el artículo 3º de la Ley 80 de 1993 expresamente consagra que las partes del contrato estatal buscan intereses diversos y cumplir con los fines del estado,

Por lo anterior los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos en se debe buscar el cumplimiento de los fines estatales.

Convenio de la Administración

El convenio de la Administración Pública, a diferencia del contrato estatal, parte del supuesto de que los intereses de las partes son coincidentes. En ese sentido, las partes del convenio unen esfuerzos para sacar adelante un cometido común.

Así, se tiene que de acuerdo con la doctrina, el convenio de la Administración o convenio administrativo se define “como un vínculo en que una o más personas jurídicas públicas, se unen con otra para la realización de los fines mutuos de la ejecución de funciones administrativas” convenio tiene tres elementos que vale la pena destacar:

En primer lugar, es celebrado por la Administración Pública, esto es, “por una Administración Nacional y una Administración Territorial. En segundo lugar, es un acuerdo que parte de intereses comunes entre la Administración Pública y la persona con quien se celebre el acuerdo. En ese sentido, no se parte de una contraposición de intereses.

En tercer lugar, es un acuerdo que crea obligaciones entre las partes, esto es, vínculos jurídicos en virtud de los cuales las partes se comprometen a realizar prestaciones. No obstante, dichas prestaciones no están encaminadas a lograr la satisfacción de un interés de la contraparte, sino a la realización del interés común de ambas partes. Así entonces, se está en presencia de un verdadero negocio jurídico, sólo que el convenio no sería un negocio de contraprestación, sino de colaboración.

Relaciones entre el contrato estatal y el convenio de la Administración y el régimen aplicable

En Colombia no hay una posición global acerca de los conceptos de contrato estatal y el convenio de la Administración. En ese sentido, existen tres posiciones acerca de las

relaciones existentes entre ellos: en primer lugar, la jurisprudencia y un sector de la doctrina sostiene que son conceptos idénticos; en segundo lugar, otro sector doctrinal manifiesta que son conceptos diferentes pero tienen un régimen jurídico común; en tercer lugar, hay un grupo que sostiene que, como conceptualmente son nociones distintas.

La jurisprudencia asemeja los convenios o contratos interadministrativos, pues considera que los convenios implican la creación de obligaciones para las partes, al igual que cualquier otro tipo de contrato. En materia de celebración de negocios jurídicos entre las entidades estatales puede que se esté en presencia tanto de negocios de contraprestación, como de colaboración. Así, en algunas ocasiones las entidades realmente están uniendo esfuerzos para sacar adelante un cometido común que está acorde con sus funciones, pero en muchas ocasiones las entidades realmente se comportan como ejecutoras de labores a favor de otras, teniendo entonces intereses disímiles.

En esta posición hay dos grandes conceptos: en primer lugar, un grupo sostiene que claramente existe una diferenciación conceptual entre los convenios y los contratos, ya que las leyes no los diferencian.

En segundo lugar, un autor también argumenta que hay una diferencia marcada entre contratos interadministrativos y convenios y la causal de contratación directa cobija únicamente a los convenios interadministrativos, pues para celebrar contratos interestatales se debe adelantar una licitación pública

En ese sentido, es claro que la causal de contratación directa hace referencia a contratos celebrados por entidades estatales y no convenios de la Administración, esto es, acuerdos donde los intereses de las partes no sean disímiles.

Los convenios interadministrativos tienen una normatividad aplicable distinta pues están regulados en el artículo 95 de la Ley 489 de 1998. Esta norma adopta el mismo criterio

que en su momento adoptó la Ley 29 de 1990. En efecto, prevé que los convenios es una forma de asociación de las distintas entidades públicas en la cual: Las entidades públicas la ley les permite asociarse con el fin de cooperar en el cumplimiento de funciones administrativas o de prestar conjuntamente servicios que se hallen a su cargo, mediante la celebración de convenios interadministrativos o la conformación de personas jurídicas sin ánimo de lucro.

Las personas jurídicas sin ánimo de lucro que se conformen por la asociación exclusiva de entidades públicas, se sujetan a las disposiciones previstas en el Código Civil y en las normas para las entidades de este género. Sus Juntas o Consejos Directivos estarán integrados en la forma que prevean los correspondientes estatutos internos, los cuales proveerán igualmente sobre la designación de su representante legal.

Teniendo en cuenta esta regulación, existe un sector de la doctrina que establece que hay una diferencia clara entre convenios interadministrativos y contratos interestatales, siendo la regulación de la Ley 80 de 1993 únicamente aplicable a los segundos.

Existe una gran diferencia entre negocio jurídico donde se pretenden el intercambio de prestaciones de contenido económico y la satisfacción de necesidades opuestas y, por el otro, los convenios interadministrativos, donde las dos partes intervinientes acuden a satisfacer un mismo interés.

Otro sector de la doctrina, luego de abordar el concepto de convenio de Administración, manifiesta lo siguiente, que el contrato interadministrativo que se regula en el literal c) numeral 4 del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007, cuyo texto tiene el criterio distinto a dicha concepción pues lo que allí se establece sí tiene como premisa básica el criterio de conmutatividad y Los convenios un régimen jurídico diferente a los contratos estatales, en el cual una de las partes paga un precio por las prestaciones que la otra parte cumple a su favor (...) (Molano López, 2009, p. 481).

Existe un gran interrogante, ¿son los “convenios interadministrativos” lo mismo que los “contratos interadministrativos”? No, no lo son. Si bien tienen en común que en ambas situaciones se establece entre los partícipes una vinculación jurídica nacida de la autonomía de la voluntad. En efecto, en el “convenio” consiste en una especie de “colaboración” mutua para un propósito común, como administrados. Por contraste, en el “contrato”, una de las entidades obra como verdadera “contratante” y la otra lo hace como “contratista”, de manera que la primera demanda “bienes o servicios” de la segunda, quien se obliga a proveerlos en los términos del contrato.

Principales consecuencias de la diferenciación entre convenios y contratos

La principal consecuencia de la diferenciación entre convenios y contratos, entonces, radica en que la regulación de la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 no es aplicable a los convenios. Lo anterior tiene implicaciones en cuatro asuntos.

En primer lugar, no debe agotarse los procedimientos de selección previstos en el artículo 5º de la Ley 1150 de 2007 para efectos de la celebración de los convenios. Así, en el caso de los convenios interadministrativos, no se aplican las restricciones referidas a la relación directa del objeto de la entidad con el objeto del convenio, ni es necesario contar con un acto administrativo que justifique la contratación.

En segundo lugar, es claro que en materia de convenios no es posible que las entidades administrativas cuenten con poderes excepcionales en medio de la relación negocial. Esto a diferencia de los contratos estatales, donde se admite la inclusión de dichos poderes. Los poderes excepcionales hacen referencia a la posibilidad de expedir actos administrativos en medio de un negocio jurídico en el que las partes trabajan como iguales.

En ese sentido, admitir que las entidades estatales puedan expedir actos administrativos en medio de una relación contractual, significa que el Estado puede imponer su voluntad

unilateral, pues al expedir un acto administrativo, su decisión resulta ejecutable, en virtud del artículo 89 de la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

La diferencia en esta materia se puede apreciar con mayor claridad en el caso de los contratos y convenios interadministrativos, por ser un caso donde mayor duda puede haber.

En materia de contratación estatal, el Consejo de Estado ha afirmado que existen dos tipos de poderes excepcionales (CE 3, 10 Jun. 2009. M. Fajardo Gómez). Por un lado, se encuentran las cláusulas excepcionales consagradas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993. Estas cláusulas hacen referencia a los acuerdos de caducidad, terminación unilateral, modificación unilateral, interpretación unilateral, sujeción a normas nacionales y reversión.

Los convenios un régimen jurídico diferente a los contratos estatales. Estas disposiciones claramente están prohibidas en materia de contratos interadministrativos, pues el párrafo del artículo 14 de la Ley 80 de 1993

En ese sentido, en materia de las cláusulas excepcionales no existe diferencia entre los contratos interestatales y convenios interadministrativos, pues en los convenios tampoco proceden los poderes excepcionales.

Por el otro lado, hay una serie de poderes que no se encuentran en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, esto es, la terminación unilateral por la nulidad del contrato, la liquidación unilateral del contrato, la imposición unilateral de multas y la declaratoria de incumplimiento con miras a hacer efectivas las garantías contractuales.

Por ejemplo, tiene plena validez la inclusión de multas en el contrato interestatal, y que éstas puedan imponerse unilateralmente y sean ejecutables por parte de la entidad contratante. Lo anterior dado que, en el contrato interestatal, una entidad (así sea estatal) está ejecutando a favor de otra una serie de prestaciones económicas. Por lo anterior, tiene sentido que cuando la

entidad ejecutora no esté cumpliendo los plazos contractuales, pueda ser conminada para que cumpla el cometido de la contratación. Esta conminación funciona igual cuando la ejecutora es una entidad pública o una persona privada, pues lo que interesa para efectos del contrato es la adecuada ejecución de la relación contractual.

A diferencia de esto, en los convenios interadministrativos (y en general, en los convenios) no tiene sentido la inclusión de poderes excepcionales. Lo anterior, en la medida en que no es una entidad esté ejecutando a favor de otra una serie de prestaciones, sino que los sujetos del convenio están colaborándose mutuamente con miras a satisfacer un interés común.

Así, en estricto sentido no existe entidad contratante y entidad contratista, sino que las partes del convenio son entidades cooperantes. Por esto, una entidad no podría imponer su voluntad sobre otra o conminar a la otra a realizar algo: admitir esto implicaría que la entidad que expide el acto administrativo no sólo está conminando a la otra parte del convenio, sino que se estaría conminando a sí misma a realizar algo por medio de un acto administrativo.

En tercer lugar, en materia de contratación estatal, el inciso segundo del párrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993 contiene una limitación en la adición que puede realizarse al contrato, así

Los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, (**L. 80/1993, Art. 40**), Esta limitación resulta aplicable a todos los contratos estatales y se deriva de los principios igualdad, libre concurrencia y de planeación.

El principio de igualdad respeta “la posibilidad jurídica de las personas que estén en real capacidad de ejecutar el contrato requerido por la administración de participar en un proceso de selección en idénticas. Ese principio se vulneraría superando el límite ya que haría que personas distintas al contratista no contaran con la oportunidad de celebrar contratos con

el Estado, El principio de libre competencia establece que el deber de garantizar la libertad de competencia.

Este principio se protege con la norma citada, porque si se permite que se adicione ilimitadamente un contrato, se estaría negando la posibilidad de que otras personas, diferentes al contratista, puedan realizar la actividad que contrata el Estado.

El principio de planeación se encuentra los artículos 209 y 334 Constitucional. De acuerdo con este principio, se tiene que la entidad debe “realizar estudios previos adecuados con el fin de precisar el objeto del contrato, las obligaciones mutuas de las partes, la distribución de los riesgos y el precio, Este principio se violaría al superar el límite, se tendría que la entidad no previó adecuadamente las labores que eran necesarias para satisfacer su necesidad.

No obstante, se aclara que el principio de libre competencia tiene una aplicación restringida en materia de convenios. En los convenios la entidad no está seleccionando a un particular para que le entregue una serie de bienes o servicios; en los convenios están uniendo esfuerzos dos colaboradores. Esto no significa que la entidad pueda soterradamente celebrar convenios, porque en virtud del principio de publicidad e igualdad debe permitir a los interesados en asociarse tener la posibilidad de celebrar el convenio.

En cuarto y último lugar, es necesario mencionar que el deber de restablecer el equilibrio económico de los contratos no tiene cabida en las relaciones convencionales.

De acuerdo con este deber, la entidad está obligada mantener la equivalencia de prestaciones y derechos que caracteriza al contrato estatal, como contrato conmutativo.

De acuerdo con lo anterior, se tiene que la diferencia entre los convenios y los contratos tiene implicaciones en los siguientes cuatro ámbitos: en primer lugar, en el procedimiento previo a la celebración del acuerdo; en segundo lugar, en la posibilidad de

expedir actos administrativos en medio de la relación negocial; en tercer lugar, en la posibilidad de adicionar el valor inicial de los convenios; y finalmente, la aplicación del deber restablecer el equilibrio económico del contrato.

Principales tipologías de convenio

Convenios entre los particulares y las entidades públicas

Los principales mecanismos de aunar esfuerzos entre el Estado y los particulares que se estudiarán a continuación son el convenio de apoyo, el convenio de asociación y el convenio especial de cooperación de ciencia y tecnología.

Convenios de apoyo

La primera tipología que se debe estudiar, por cuanto tiene su origen en la Constitución Política, son los convenios de apoyo previstos en el artículo 355.

Como puede apreciarse en la norma citada, el inciso primero prevé una prohibición para decretar auxilios y donaciones a favor de personas de derecho privado. No obstante, el inciso segundo prevé una excepción, en virtud de la cual se pueden celebrar ‘contratos’ con entidades privadas sin ánimo de lucro, para impulsar programas privados de interés público con recursos públicos.

Este segundo es preciso hacer referencia al inciso tercero del artículo 1º del Decreto 777 de 1992, norma que determina que por reconocida idoneidad se entiende “la experiencia con resultados satisfactorios que acreditan la capacidad técnica y administrativa de las entidades sin ánimo de lucro para realizar el objeto del contrato”.

Este aspecto es muy importante, en la medida en que las entidades deben evaluar la reconocida idoneidad, al momento de celebrar el convenio de apoyo, con miras a evitar que se malversen recursos públicos.

La exigencia de la reconocida idoneidad es lo que explica, además, que el artículo 14 del Decreto 777 de 1992 exija que las personas jurídicas deben haber sido constituidas con al menos seis meses de anterioridad a la celebración del contrato.

Por el otro lado, el objeto del convenio debe estar dirigido a impulsar programas y actividades de interés público, siempre que estén acordes con el Plan Nacional o los planes seccionales de desarrollo.

Convenios de asociación

En la Ley 489 de 1998 se previeron varios mecanismos de unión de esfuerzos. El convenio de asociación es uno de esos mecanismos, que se caracteriza por ser una forma de aunar esfuerzos entre las entidades públicas y los particulares. El artículo 96 de Ley mencionada determina lo siguiente:

Las entidades estatales cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo podrán, con la observancia del cumplir con la funciones del estado, asociarse con personas jurídicas particulares, mediante la celebración de convenios de asociación o la creación de personas jurídicas,

Los convenios de asociación se determinarán con precisión su objeto, término, obligaciones de las partes, aportes, coordinación y todos aquellos aspectos que se consideren pertinentes. .

Como se puede ver, el artículo citado consagra dos mecanismos para la unión de esfuerzos entre las entidades públicas y privadas. Uno es la asociación con miras a creación de personas jurídicas sin ánimo de lucro. El segundo mecanismo el convenio es un mecanismo para que las entidades estatales se asocien con personas jurídicas particulares. Esto significa que puede celebrarse tanto con sociedades, asociaciones o fundaciones, es decir, con personas con y sin ánimo de lucro. Este objeto de esta unión debe consistir, tal como lo establece el

artículo 96, el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con los cometidos y funciones de las entidades públicas cumplen.

Finalmente, aunque no se encuentre expreso, a diferencia de la creación de la personas jurídica, el convenio tiene un carácter temporal. Sobre este punto, la doctrina nacional expresa lo siguiente

Puede ocurrir también que para garantizar la ejecución de objetivos y funciones atribuidas a una entidad estatal ella opte por asociarse con particulares que tienen intereses comunes frente a la ejecución de las actividades que el Estado se propone a realizar.

Y en forma semejante a lo que sucede cuando se trata de la asociación de entidades públicos, la unión entre el Estado y los particulares puede ser de carácter temporal o permanente, según busque la realización de actividades que tengan uno y otro carácter.

Es importante aclarar que este convenio debe contener, sin perjuicio de que se puedan incluir otros aspectos, (i) su objeto, (ii) las obligaciones a cargo de ambas partes, (iii) el término de duración, (iv) los aportes las partes y (v) los esquemas de coordinación para efectos de la ejecución conjunta del convenio.

Los convenios un régimen jurídico diferente a los contratos estatales asociación, por tres motivos: en primer lugar, desconoce las partes de las figuras. Mientras que los convenios de apoyo se pueden celebrar únicamente con personas jurídicas sin ánimo de lucro, es posible suscribir los convenios de asociación con personas jurídicas en general. Dicho en otras palabras, los convenios de asociación pueden celebrarse con sociedades, a diferencia de los convenios de apoyo.

Como se analizó anteriormente, el convenio de apoyo busca impulsar una actividad que desarrolla una o varias personas privadas, siempre que esté ACORDE con los planes de desarrollo y que beneficia a la comunidad directamente. A diferencia de esto, en el convenio

de asociación se busca desarrollar conjuntamente una actividad que es propia de la entidad estatal.

Convenios especiales de cooperación

Las relaciones en las que las partes tienen intereses similares se encuentran reguladas en el Decreto Ley 393 de 1991, norma que se encargó de desarrollar el numeral 2 del artículo 11 de la Ley 29 de 1990.

El Decreto Ley 393 de 1991 prevé dos mecanismos de asociación: por un lado, la creación de personas jurídicas. Basta decir que es similar al mecanismo previsto en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 referente a la creación de personas. No obstante, tiene tres peculiaridades: en primer lugar, mientras que en la Ley 489 la asociación está prevista para la realización de actividades que se relacionen con las funciones de las entidades, en general, la regulación del Decreto Ley 393 está prevista para la realización actividades de ciencia y tecnología, así como de proyectos de creación e investigación de tecnología.

La asociación en materia de ciencia y tecnología permite la creación tanto la organización de sociedades, como de personas jurídicas sin ánimo de A diferencia de lo anterior, en la Ley 489 de 1998 sólo se pueden crear personas jurídicas sin ánimo de lucro, es decir, asociaciones o fundaciones

Por otra parte, el Decreto Ley 393 de 1991 estableció la posibilidad de celebrar convenios especiales de cooperación. Este modelo de asociación se contrapone al estudiado anteriormente porque no conlleva el nacimiento de personas jurídicas. En ese sentido, es una especie de convenio de asociación. No obstante lo anterior, tiene una regulación especial en razón a la materia que desarrolla, esto es, las actividades de ciencia, tecnología o innovación.

El artículo 2° del Decreto Ley 393 de 1991 determina que es posible celebrar los convenios especiales de cooperación, para cumplir los siguientes propósitos; de adelantar

proyectos de investigación científica, organizar centros científicos y tecnológicos, Formar y capacitar recursos humanos para el avance y la gestión de la ciencia y la tecnología, establecer redes de información científica y tecnológica, crear, fomentar, difundir e implementar sistemas de gestión de calidad, negociar, aplicar y adaptar tecnologías nacionales o extranjeras, realizar actividades de normalización y metrología etc.

En adición a lo anterior, el Decreto Ley 591 de 1991 prevé otras actividades que se enmarcan en el ámbito de ciencia y tecnología. Esta norma es aplicable en materia de convenios porque, si bien en principio refiere únicamente a las relaciones contractuales, su artículo reguló los convenios, con el fin de determinar que en éstos se puede aportar “recursos en dinero, en especie o de industria, para facilitar, fomentar o desarrollar alguna de las actividades científicas o tecnológicas previstas en el artículo 2o. de este Decreto”.

Como se puede ver, en líneas generales el artículo 2º del Decreto Ley 591 recoge las actividades previstas en el artículo 2º del Decreto Ley 393. No obstante, se diferencia porque no prevé expresamente tres asuntos: en primer lugar, la posibilidad de otorgar premios y distinciones a investigadores individuales o grupales; en segundo lugar, no restringió el apoyo a empresas que incorporaran “innovaciones científicas o tecnológicas aplicables a la producción nacional, al manejo del medio ambiente o al aprovechamiento de los recursos naturales” (DL. 393/1991. Art. 2º-b); en tercer lugar, no prevé la formación y capacitación de recursos humanos.

Como se puede ver, el convenio especial de cooperación se distingue por desarrollar actividades de ciencia, tecnología e innovación.

Es importante resaltar que en los demás aspectos el convenio especial de cooperación se rige por las normas del derecho privado, por expresa disposición del Decreto Ley 393. No obstante la claridad de la norma, el Consejo de Estado ha expresado que se debe aplicar la Ley

80 de 1993, en los aspectos que no estén reglados del convenio. Esta posición del Consejo de Estado no diferencia adecuadamente la reglamentación del convenio especial de cooperación de la de los contratos de ciencia y tecnología. Igualmente, en el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil resulta sorprendente que concluya que debe aplicarse la Ley 80 de 1993.

Relacionado con esto se debe admitir que, en materia de ciencia y tecnología, la Agencia Nacional de Contratación Pública diferencia claramente los convenios de los contratos. Así afirma que frente a estos no debe aplicarse la Ley 80 de 1993, como se verá a continuación.

Sorprende gratamente esta posición, porque Colombia Compra Eficiente redactó el Decreto 1510 de 2013, norma en la donde se confunden los conceptos de convenio interadministrativos y los contratos estatales. A pesar de lo anterior, manifestó lo siguiente:

Tipologías contractuales para actividades de ciencia, tecnología e innovación.

Las Entidades Estatales pueden ejecutar actividades de ciencia, tecnología e innovación mediante la celebración de cualquiera de los siguientes tipos de contratos:

(a) Convenio especial de cooperación el cual es celebrado para asociar recursos, capacidades y competencias interinstitucionales, y puede incluir el financiamiento y administración de proyectos.

De acuerdo con lo expuesto, se tiene entonces que el convenio especial de cooperación debe regirse, en lo no previsto en el Decreto Ley 393 de 1991, por las reglas del derecho privado.

Para finalizar, es preciso expresar que este convenio se estudió en la parte referente a los modelos de asociación con personas privadas. Esto se debe a que, en principio, desarrolla un modelo que está regulado por normas diseñadas para “asociarse con los particulares en

actividades científicas y tecnológicas, proyectos de investigación y creación de tecnologías” (L. 29/1990, Art. 11°-2).

No obstante, el artículo 9° del Decreto Ley 393 de 1991 establece que la asociación puede realizarse también entre entidades estatales.

Convenios entre las entidades públicas

Convenios interadministrativos de cooperación

El artículo 95 de la Ley 489 de 1998 es la norma donde se determina la posibilidad de celebrar el convenio interadministrativo de cooperación entre entidades públicas, así “Las entidades públicas podrán asociarse con el fin de cooperar en el cumplimiento de funciones administrativas o de prestar conjuntamente servicios que se hallen a su cargo, mediante la celebración de convenios interadministrativos o la conformación de personas jurídicas sin ánimo de lucro”

Como se puede ver, la norma citada consagra dos formas de asociación: en la primera, se celebra un convenio; en la segunda, se conforma una persona jurídica sin ánimo de lucro. Ambas formas surgen de la voluntad de dos entidades públicas de asociarse y unir esfuerzos.

Corte Constitucional estudió la constitucionalidad del artículo 95, en lo referente al convenio de asociación, manifestando lo siguiente

En cuanto el artículo 95 de la Ley 489 de 1998, en su primer inciso, autoriza a las entidades públicas su asociación entre sí con el propósito de **cooperar** el cumplimiento de funciones administrativas o de prestar conjuntamente servicios que se encuentren a su cargo, encuentra la Corte que la disposición acusada tiene como soporte constitucional el precepto contenido en el artículo 209, inciso segundo de la Carta, que impone como un deber la

coordinación de las actuaciones de las autoridades administrativas para el cumplimiento de los fines del Estado (Const, C-671/1999. A. Beltrán).

Finalmente, debe resaltarse que la celebración del convenio se rige por lo previsto en el artículo 95 de la Ley 489 de 1998. A falta de disposición en esta norma, la asociación se rige por las normas del derecho privado, en concordancia con los principios previstos en el artículo 209 de la Constitución.

Conclusiones

El trabajo consistió en hacer un análisis que permitan diferenciar las distintas normas a la Ley 80 de 1993 adoptan la noción de convenio de la Administración, como el acuerdo en el que se crean obligaciones, que el para este tipo de negocios jurídico se caracteriza porque las partes tienen intereses convergentes y buscan la realización de un fin común.

De igual forma se logró verificar que existen tres (3) posiciones acerca de la relación entre los convenios de la Administración y los contratos estatales. Se mantuvo la posición que considera que los convenios son conceptualmente diferentes a los contratos y tienen regímenes distintos.

Se apreció que la diferenciación entre los regímenes de contratos y convenios tiene consecuencias frente a las normas precontractuales a las que deben ceñirse los convenios, la inclusión de poderes excepcionales, la determinación de un límite en la adición de los convenios y la posibilidad de reconocer un restablecimiento del equilibrio económico en los convenios.

Se observó que el convenio de apoyo se caracteriza por ser un acuerdo en que se aúnan esfuerzos para impulsar programas y actividades privadas de interés público, que estén acordes con el Plan Nacional de Desarrollo o los planes seccionales de desarrollo se pudo ver que el convenio de asociación es un acuerdo de voluntades, en virtud del cual se aúnan

esfuerzos para desarrollar conjuntamente actividades relacionadas con los cometidos y funciones de las entidades públicas y por ultimo aclaro el concepto que los convenios especiales de cooperación son acuerdos en virtud de los cuales dos o más partes aúnan esfuerzos para desarrollar actividades de ciencia, tecnología e innovación.

Se pudo apreciar que los convenios interadministrativos de cooperación son negocios en virtud de los cuales dos o más entidades estatales aúnan esfuerzos para el cumplimiento de funciones administrativas o para prestar conjuntamente servicios que se hallen a su cargo.

Así mismo se realizó un análisis alguno casos en concreto en cada tipología del convenio, en el cual se logró identificar que los operadores jurídicos no diferencian adecuadamente los convenios de los contratos ni y las diferentes tipologías de convenio, por lo que se pudo evidenciar dentro del marco normativo que existen vacíos en las normas y no hay como tal un criterio unificado que permita llenar este vacío.

MARCO TEÓRICO-CONCEPTUAL
FUNDAMENTOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO RELACIONADOS
CON LOS CONVENIOS Y CONTRATOS INTERADMINISTRATIVOS

Introducción

El Origen del Derecho Administrativo se remonta a una concepción francesa cuyo fundamento ha sido un derecho eminentemente jurisprudencial; si bien su procedencia se encuentra en la finalización de la Revolución Francesa, se encuentran algunos arquetipos durante la época de la monarquía, por ejemplo, las Cámaras de Cuentas, jurisdicciones para problemas de aguas y bosques; la Corte de Monedas (Rodríguez Rodríguez, 2011, pág. 27).

Empero, aún no se hablaba de un derecho administrativo o jurisdicción administrativa, por cuanto las actividades del Estado marchaban por el principio de la soberanía del monarca, el cual implicaba “que toda justicia emana del rey” (Rodríguez Rodríguez, 2011, pág. 27). Lo anterior indicaba que estos tribunales defendían los intereses del rey, “hasta tal punto que este podía en cualquier momento asumir la competencia en relación con el litigio, para ser fallado directamente por él” (Rodríguez Rodríguez, 2011, pág. 27).

Al término y triunfo de la Revolución Francesa se origina el fundamento de la jurisdicción administrativa y del derecho administrativo, tal razón “fue la desconfianza de los hombres de la Revolución hacia los “parlamentos”, que eran los organismos encargados de administrar justicia en la época anterior” (Rodríguez Rodríguez, 2011, pág. 27). Con estas nuevas condiciones, los nuevos gobernantes de la Revolución se inquietaron por el accionar de los parlamentos quienes llegarían a dilatar o entorpecer la nueva política emanada de tal revolución, en consecuencia, a través de textos legales se les impidió a los jueces inmiscuirse en los asuntos de la administración.

Sin embargo esta prohibición tenía graves secuelas desde el punto de vista de la ideología política propia de la Revolución, ya que implicaba que la administración no tendría un juez que juzgara su conducta, lo que podría traer como fácil consecuencia la arbitrariedad, quedando así fundamentalmente desvirtuado el principio de legalidad, uno de los pilares de la nueva ideología política, según el cual la administración debía someter su actividad al ordenamiento jurídico. (Rodríguez Rodríguez, 2011, pág. 28).

Para subsanar dicha situación a través de la Constitución de 1799, obra de Napoleón, se creó el Consejo de Estado y los Consejos de Prefectura como organismos eminentemente asesores del jefe del poder ejecutivo; el auge que tuvo años más tarde el Consejo de Estado, “trajo como consecuencia el que mediante la ley 24 de mayo de 1872, se le reconociera carácter jurisdiccional y se instalará el sistema de *justicia delegada*” (Rodríguez Rodríguez, 2011, pág. 29).

El Carácter jurisdiccional quiere decir que se le reconoció como juez de la administración y no ya como un simple cuerpo asesor de ella. Con la *justicia delegada* ya no era el jefe del ejecutivo quien tomaba las decisiones, sino que ellas correspondían directamente al Consejo de Estado, “en nombre del pueblo” (Rodríguez Rodríguez, 2011, pág. 29)

Como hecho histórico en el devenir del Consejo de Estado, en 1873, se origina el *fallo blanco*, cuyo imperativo principio consiste en que la “administración debe regirse por normas especiales diferentes de las aplicables a las relaciones entre los particulares, afirmación que constituye la base de la existencia del derecho administrativo” (Rodríguez Rodríguez, 2011, pág. 30).

Por lo anterior, el Derecho Administrativo ha presentado un permanente movimiento derivado del cambio de los enfoques y desarrollo del Estado: la gestión de los servicios, la estructura y su funcionamiento, las relaciones entre el Estado y sus ciudadanos, entre otros. Se presentan a continuación una serie de conceptos de derecho administrativo, que recogen perspectivas y aspectos variados desde los cuales se mira esta disciplina en el ámbito del derecho comparado (Escuela Superior de Administración Pública , 2008).

Para autores como Gastón Jeze, Roger Bonard & León Duguit, (Franceses), hay coincidencias en concebir el Derecho Administrativo como el conjunto de normas jurídicas que organizan la prestación y el control de los servicios. Esta es una noción vinculada a la teoría del servicio vigente hasta la primera post guerra mundial.

Según Georges Vedel (et.al.) “Es el derecho de la potencia jurídica ejercida por el poder ejecutivo”.

Los autores mexicanos Gabino Fraga & Andrés Serra Rojas, desarrollan conceptos del derecho administrativo que bien vale la pena resaltar varios de sus postulados, desde luego fundados en una forma de organización política del Estado Federal así: Gabino Fraga, catedrático de la UNAM sostiene que “El derecho Administrativo es la rama del derecho que regula la actividad del Estado que se realiza en la función Administrativa”.

El profesor mexicano Andrés Serra Rojas sostiene que el “Derecho Administrativo es el conjunto de normas que estructuran al poder ejecutivo, su funcionamiento y sus relaciones con los particulares y con los entes”. En su libro Derecho Administrativo el profesor Serra, citado por Roberto Báez, trae una definición calificada como de carácter formal así “El derecho Administrativo es una rama del derecho interno que determina la organización y funcionamiento de la Administración Pública, tanto centralizada como paraestatal”.

El mismo autor en una definición calificada como de orden material dice que “El derecho administrativo es la rama del derecho interno, cuyo fin es la realización de actos subjetivos, creadores de situaciones jurídicas concretas o particulares”.

Concluye el profesor mexicano. “El derecho Administrativo es la rama del derecho interno constituido por el conjunto de estructuras y principios doctrinales , y por las normas que regulan las actividades directas e indirectas de la Administración pública como el poder ejecutivo federal, la organización, funcionamiento y control de las cosas públicas, sus relaciones con los particulares, los servicios y demás actividades estatales.”

En Colombia, se adopta la teoría francesa con algunas diferencias importantes entre el Derecho Administrativo Colombiano y el Derecho Administrativo Francés, entre ellas, el fundamento histórico, toda vez que en Colombia la Jurisdicción Administrativa no tuvo origen en la desconfianza hacia los jueces comunes, sino en el ideal de conformar un cuerpo consejero del gobierno (Rodriguez Rodriguez, 2011)., el cual más tarde el Derecho Administrativo sería un Derecho legislado, como desviación del desarrollo francés el cual ha sido eminentemente jurisprudencial, aunque, el desarrollo dogmático y teórico del derecho administrativo colombiano se ha venido presentando paralelamente a la evolución del derecho administrativo francés, es decir, “que los principios y normas especiales para la administración se han venido importando al derecho colombiano a medida que va surgiendo e imponiéndose en el derecho francés” (Rodriguez Rodriguez, 2011, pág. 36)

En conclusión, se puede definir el *Derecho Administrativo* como el conjunto de principios, normas y reglas, cuyo objeto es regular la organización en la administración del Estado y de aquellas personas privadas que participan en la actividad o son afectadas por ella.

Fuentes del Derecho Administrativo.

El Derecho, se fundamenta en ideas que ayudan a realizar su fin, por ello es vital en nuestro propósito tomarla en su acepción corriente indicando su origen y el sentido jurídico, de donde proceden y emanan las normas que componen la disciplina jurídica y determinan las conductas de las autoridades y los derechos de los ciudadanos. (Franksbur Vivas. 2012)

Se clasifican en fuentes directas, inmediatas y normativas y en indirectas no normativas.

Las fuentes directas inmediatas y normativas son la Constitución, la Ley, los Decretos emanados del Presidente de la República, los reglamentos constitucionales, los actos emanados de los Consejos Superiores de la administración pública, los actos administrativos de los Ministros, Directores de los Departamentos Administrativos y Superintendentes, los Actos administrativos de los Consejos Superiores o Directivos de las Entidades Descentralizadas o de las Juntas Directivas de los mismos según el caso, los Decretos de los Gobernadores y las ordenanzas Departamentales, los actos administrativos de los Secretarios del despacho Departamental y de los jefes de los organismos descentralizados seccionales, los Decretos de los Alcaldes y los Acuerdos de los Concejos Distritales y Municipales según el caso, los Actos Administrativos de los Secretarios del Despacho Distrital y Municipal y de los organismos descentralizados, los decretos de los Alcaldes Locales y los acuerdos de las Juntas Administradoras locales para la localidad.

Las fuentes indirectas no normativas son la Jurisprudencia, la Doctrina, los Principios Generales del Derecho y la Costumbre siempre y cuando no sea contraria a la ley.

Constitución

Siguiendo los postulados del profesor Hans Kelsen, situamos la norma Constitucional en la parte cimera del orden jurídico, el cual sin la menor duda es muy enfática declarar en el artículo 4 que la Constitución es norma de normas y en caso de controversia entre la

Constitución y la ley, se aplicará de manera preeminente la primera o sus principios. Como fuente normativa directa, expresa el conjunto de potestades y funciones del Estado, contiene los principios que aplican a la función Administrativa de éste artículo 209, los principios del control fiscal y la organización, estructura y funcionamiento, artículos 113 a 120, la descentralización territorial y su funcionamiento, los regímenes de Presupuesto, planeación, transferencias y de los servicios. En sentido estrictamente normativo a la luz del artículo 4°, la Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplican las normas constitucionales.

Así que como fuente directa, es portadora de un orden en sentido material, capaz de imponer prescripciones superiores de manera jerárquica.

Ley

Del latín *lex legis* norma o regla establecida por autoridad competente, como fuente la integran las leyes consideradas como ordenamientos que regulan las conductas de las personas de manera general, abstracta y obligatoria de donde esta disciplina deriva reglas y principios, la ley emana del legislador.

El profesor Agustín Gordillo dice que la ley es todo acto sancionado por el poder legislativo de acuerdo al procedimiento previsto por la constitución para tal efecto.

El artículo 4 del Código Civil Colombiano la define como una declaración de voluntad soberana manifestada en la forma prevenida en la constitución nacional. El carácter general de la ley es mandar, prohibir, permitir o castigar.

Los Decretos

a. Reglamentarios: Expedidos por el Presidente de la República con fundamento en la potestad reglamentaria del numeral 11 del artículo 189 de la Constitución.

b. Ejecutivos: Expedidos por el Presidente de la República con fundamento en el numeral 1 del artículo 189 de la Carta.

c. De Inspección y Vigilancia: Expedidos por el Presidente de la República con fundamento en los numerales 21 y 22 del artículo 189 de la Carta.

Los Actos de los Consejos Superiores de la Administración Pública.

Por ejemplo los expedidos por el CONPES, el CONFIS, el Consejo Superior del Sistema de Seguridad Social etc.

Los Actos administrativos de los Ministros, Directores de los Departamentos Administrativos y Superintendentes. Resoluciones Generales y particulares para su entidad, circulares del servicio

En esta clasificación están consagrados dos grandes principios del Derecho Administrativo de origen francés según los cuales el orden jurídico se encuentra soportado en disposiciones legales de carácter positivo y en orden descendente a partir de la Constitución Política.

Así entonces se tienen las siguientes reglas:

La Jurisprudencia

Es una fuente muy importante del derecho administrativo y otros campos del derecho y debe su importancia al hecho de que el derecho sea más o menos legislado y dinámico a la realidad al cual debe ser exteriorizado, en este punto no sobra recordar la máxima según la cual la ley es lo que dice el juez que es, a pesar de la claridad del texto legal.

La jurisprudencia no solo ha servido para suplir los vacíos legales si no que ha permitido tomar decisiones de gran trascendencia en diferentes campos y como si fuera poco, es la materia prima para que el legislador con fundamento en los pronunciamientos de los altos

tribunales de la rama judicial ha expedido regulaciones de orden legal, es un insumo valioso en la actividad legislativa,

Es de destacar la sentencia de la Corte Constitucional N° C-083 del 11 de marzo de 1.995 con ponencia de Carlos Gaviria Díaz en la que se estudia la constitucionalidad del artículo 48 de la ley 153 de 1887, según la cual “La jurisprudencia ha sido clara en definir que la labor de la Corte Constitucional, encaminada a guardar la supremacía y la integridad de la carta, hace que ella sea la responsable de interpretar con autoridad y de definir los alcances de los preceptos contenidos en la ley fundamental. Por lo tanto resulta inconstitucional el pretender como la norma lo hace la norma que se estudia, que solo el Congreso interpreta por vía de autoridad. Ello es válido, y así lo define el artículo 150-1 de la Carta, únicamente en lo que se relaciona con la ley, pero no en lo que atañe al texto constitucional”.

La Doctrina

Entendida como el estudio a profundidad de los expertos, tratadistas y especialistas en una rama del Derecho, en lo nacional y en derecho comparado que sirven como fundamento de análisis para tomar decisiones judiciales y administrativas. La Doctrina también emana de órganos especializados con potestad doctrinante, entre ellos tenemos la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, las Direcciones de Impuestos y Aduanas nacionales en materia tributaria y aduanera, la Dirección de presupuesto en esta materia., etc.

Los diferentes especialistas que emiten conceptos, en principio, no son vinculantes, sin embargo, son el soporte esencial para estructurar decisiones judiciales y administrativas que perduran en el tiempo y que pueden por su fuerza volverse ley por su adopción legal a través del legislador; por cuanto en la práctica los tratadistas y especialistas en la materia participan en la redacción de importantes reformas que se producen dentro del ámbito de la administración.

Los Principios Generales del Derecho

Los principios generales del derecho aplicables al derecho administrativo constituyen una fuente importante cuyos expertos especialistas y tratadistas hablan de la *principiología del derecho administrativo*, esto para señalar la trascendencia de su estudio; estos principios se han desarrollado de la siguiente manera:

Igualdad: Descansa este principio, en el tratamiento rigurosamente imparcial a todos los administrados, sin favorecer ni a individuos ni grupos.

Moralidad: Según este principio, las funciones adscritas a cada servidor deben desenvolverse dentro de auténticos propósitos de servicio, con toda honestidad y desinterés y con absoluto respeto a las normas sobre obligaciones, incompatibilidades y prohibiciones a los servidores. Esta norma se encuentra reglamentada por la ley 190 de 1.995.

Eficacia: Este principio, advierte que los procedimientos y las actuaciones administrativas deben lograr los cometidos del Estado, removiendo de oficio los obstáculos puramente formales y evitando decisiones inhibitorias. Las nulidades que resulten de vicios de procedimiento, podrán sanearse en cualquier tiempo de oficio o a petición del interesado.

Economía: Las normas procedimentales deben ser utilizadas para agilizar las decisiones. Estos procedimientos se deben adelantar en el menor tiempo y con menor cantidad de gastos, esto implica que no se deben exigir documentos y copias que sean superfluas, salvo lo estrictamente necesario a fin de dar cumplimiento con una obligación legal.

Celeridad: Las autoridades tendrán en todo tiempo y lugar el impulso oficioso de los procedimientos bajo su competencia, suprimirán de plano todo trámite innecesario, utilizarán formularios para actuaciones en serie, cuando la naturaleza de ellas lo haga posible, sin perjuicio de que las autoridades se encuentren en la obligación de considerar todos los argumentos y pruebas de los interesados.

Imparcialidad: Las autoridades deberán actuar teniendo en cuenta que, la finalidad de los procedimientos consiste en asegurar y garantizar los derechos de todas las personas sin distinción. Por consiguiente, deberán proporcionar igualdad de tratamiento y la misma consideración.

Publicidad: Las autoridades darán a conocer sus decisiones mediante las comunicaciones, notificaciones o publicaciones que ordene la ley. Esta norma es reglada en el artículo 74 de la Constitución, en armonía con artículo 3, 42, 43, 44 y 45 del Código Contencioso Administrativo, artículo 107 de la ley 489 de 1.998 y la ley 962 de 2.005

Coordinación: Las actividades de la administración por su complejidad creciente, precisan de un adecuado y lógico nivel de comunicación, interacción e interdependencia. Norma concordante artículo 113 de la Constitución Política de Colombia y el artículo 6 de la ley 489 de 1.998. Si bien es cierto, las diferentes entidades que componen la superestructura del Estado gozan de autonomía para la administración de sus asuntos, las mismas colaboran armónicamente para el desarrollo de sus fines.

Control: Según este principio las actividades de la función administrativa requieren vigilancia, supervisión y seguimiento. En desarrollo de este principio el artículo 269 de la Constitución Política ordena que las entidades públicas deben diseñar y aplicar métodos, procesos y procedimientos de control interno, la anterior disposición también consagrada en la ley 87 de 1.993.

Delegación: Corresponde a la ley, (lo hace la ley 489 de 1.998 en los artículos 9 a 13), el cual señala la transferencia del ejercicio de funciones a sus colaboradores o a otras autoridades con funciones afines o complementarias, dichas funciones recaen sobre aquellas funciones que el Presidente de la República puede delegar ante los distintos ministros, directores de departamento administrativo, representantes legales de las entidades

descentralizadas, superintendentes, gobernadores, alcaldes, y agencias del Estado. Agrega el artículo 211 de la Constitución Política que la ley fijará las condiciones para que las autoridades puedan delegar en sus subalternos o en otras autoridades.

A manera de conclusión, los anteriores principios se agrupan como una serie de máximas aplicadas en el derecho administrativo: el respeto a las libertades públicas y derechos individuales; los principios que constituyen la teoría del Debido Proceso; el control de legalidad sobre los actos judiciales y administrativos; la no retroactividad de los actos administrativos; la obligación de la administración de asegurar a sus agentes contra las condenaciones que sufran; la prohibición a la administración de disponer de sus bienes a título gratuito; el enriquecimiento sin causa; el respeto de los derechos adquiridos; la especialidad de los establecimientos (Escuela Superior de Administración Pública, 2008). De igual manera el artículo 209 de la Constitución Política define y aplica los anteriores principios a la función administrativa, cuya actividad pública persigue los fines esenciales del Estado de que trata el artículo 2, consistentes en:

Servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares (Constitución Política de Colombia, 1991)

La Costumbre cuando no sea contraria a la ley.

En Colombia, la Costumbre, a pesar de tener importancia como fuente formal del derecho aquella cede ante el imperio de la ley, “es así como se habla al interior de la doctrina de costumbre *secundum legem* (a favor de la ley), *costumbre contra legem* (contra la ley) y, *costumbre praeter legem* (regula situaciones que la ley no regula)” (Hernández Díaz, 2010, pág. 6).

La Contratación y el Derecho Administrativo

El poder del Estado se configura a través de su capacidad de obrar de manera unilateral, por cuanto su facultad radica en que la mayoría de sus actos tiene origen en el poder otorgado por el constituyente, y además, porque tiene el poder político suficiente para imponer sus actos aun antes de ser analizados por los órganos de control que el mismo Estado prevé dentro de su organización.

Sin embargo la administración “no solo actúa en esa forma unilateral, sino que también puede hacerlo bilateralmente, lo cual significa que ella, al igual que los particulares, también puede celebrar contratos” (Rodríguez Rodríguez, 2011, pág. 431). En el caso colombiano, el cual se parte de la existencia de un derecho administrativo especial que reglamenta la actividad de la administración, la solución generalmente aplicada consiste en considerar que los contratos que el Estado celebra pueden ser de dos clases:

En efecto, al celebrar contratos la administración actúa unas veces como sujeto de derecho privado, es decir, de manera similar a los particulares, y de este modo, da lugar a los denominados “contratos de derecho común de la administración” o “contratos de derecho privado de la administración”. Otras veces la administración celebra contratos en los cuales se refleja su situación especial diferente de la de los particulares, es decir, que actúa como sujeto de derecho público y da lugar, por tanto,

a los “contratos administrativos” propiamente dichos o “contratos de derecho público de la administración” (Rodríguez Rodríguez, 2011, pág. 431)

De igual manera, es importante observar que Colombia cuenta con diferentes entidades e instituciones de carácter público o privado que coadyuvan y soportan el actuar y el normal funcionamiento del Estado Colombiano; asimismo, entre la organización de la administración se realizan y desempeñan fuertes relaciones de coordinación, cooperación, armonía, jerarquía, de control, entre otras, lo cual permite apoyarse y desarrollar una política que incluyan una o más entidades públicas con un mismo propósito o fin.

Si bien es cierto, la existencia de la noción de *Contrato Administrativo*, implica la aplicación de un régimen jurídico especial, no descarta completamente la aplicación del derecho privado, por cuanto los Contratos son acuerdos de voluntades donde cada uno de los participantes busca satisfacer sus necesidades con apoyo mutuo, donde una de las partes será la que administre los recursos públicos designados para tal fin y la otra parte será la que aporte dichos recursos tomados de su presupuesto para la ejecución de su objeto para realizar y ejecutar una necesidad específica, con características definidas en un tiempo determinado, por lo tanto esto analizaremos algunos Contratos o Convenios Interadministrativos como mecanismos jurídicos en el tema de la *Contratación Estatal*.

Los Contratos Estatales

En Colombia se encuentran regulados por un régimen jurídico mixto, conformado por disposiciones del derecho civil y comercial; en lo no regulado especialmente por ellos, se encuentran las normas del derecho público contenidas en el *Estatuto General de la Contratación Estatal*, *Ley 80 de 1993*, *Ley 1150 de 2007*, *Ley 1474 de 2011*..

La contratación pública es el instrumento que utiliza las entidades para realizar y ejecutar los recursos públicos, para el funcionamiento y ejecución de las políticas públicas

permitiendo el desarrollo de los planes y proyecciones diseñadas al inicio de cada periodo. Con este mecanismo se busca suplir las necesidades específicas de cada entidad y administrar los recursos de manera ágil y transparente.

El *Contrato Estatal* es aquel celebrado por una persona jurídica pública y sometida al régimen distinto de las normas de derecho privado; es aquel suscitado entre el Estado y el particular, o entre ramas o secciones de la administración tendientes a hacer algo o abstenerse a favor de aquella.

Como antecedente se tiene que el Decreto – Ley 222 de 1983 contenía una regulación simple para los acuerdos de voluntades entre las diferentes entidades que conformaban la administración pública. El artículo 16 de mismo decreto, establecía medidas que se debían tener en cuenta al realizar los Contratos Interadministrativos donde se decía que si su objeto era la concesión de servicios públicos, la ejecución de obras públicas, la prestación de servicios y el suministro, eran los únicos que se podían ejecutar como Interadministrativos los demás objetos estarían en los contratos de derecho privado de la administración, pero el artículo 25 detallaba que tanto para contratos Interadministrativos como de derecho privado, se debería regir por el procedimiento de la licitación pública.

Principios de la Contratación Estatal- Artículo 23 y ss de la Ley 80 de 1993

Los principios son aquellos imperativos expresados en normas, leyes o reglas que se cumplen o deben seguirse para el cumplimiento de cierto propósito, por lo general, son expresadas como máximas universales; en materia de la Contratación Estatal, los principios son reunidos en la ley 80 de 1993, consistentes en:

Principio de Transparencia: Consiste en que la actividad contractual debe realizarse de manera pública e imparcial a fin de garantizar la igualdad de oportunidades en el acceso a

la contratación, la escogencia objetiva de los contratistas y la moralidad administrativa, tanto por los funcionarios como por los ciudadanos interesados en la contratación.

Principio de Economía: Busca imprimir agilidad al proceso de contratación pública, para lo cual se suprimen trámites, requisitos y autorizaciones innecesarias que entraben, encarecen o dilatan dicho proceso.

Principio de Responsabilidad: Íntimamente relacionado con el principio de transparencia en la búsqueda de garantizar la moralidad, la rectitud y la diligencia en la actividad contractual de la administración.

De los Contratos y Convenios Interadministrativos

El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública actualmente vigente, contenido en las leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, no hace una diferenciación real y de manera expresa entre los contratos y los convenios interadministrativos.

Es por esto que los Convenios interadministrativos se encuentran en etapa de reestructuración buscando cada día más, brindar mayores oportunidades y mejorar internamente permitiendo que todo se realice con la mayor transparencia posible, para ello ha utilizado diferentes herramientas como son la formación integral de su equipo de trabajo laboral, académico, administrativo entre otros construyendo aspectos y valores como desarrollo del ser humano y su comunidad, autoestima, autonomía, sentido de pertenencia a la comunidad, trabajo en equipo, solidaridad, asociatividad y desarrollo del gusto por la innovación y estímulo a la investigación y aprendizaje permanente, al igual que ha fortalecido los procesos de trabajo en equipo en torno a proyectos productivos con responsabilidad social.

Sin embargo, en desarrollo jurisprudencial emitida por el Consejo de Estado a través de los Conceptos y Sentencias, en este caso, en concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil emitido el diecisiete (17) de septiembre de dos mil quince (2015), cuyo

consejero ponente, William Zambrano Cetina, aborda el Contrato y Convenio Interadministrativo como lo establece el *artículo 95 de la Ley 489 de 1998*, en tratándose de “dos o más entidades estatales en la búsqueda de un fin público común respecto del cual cada entidad está interesada u obligada desde sus propias funciones o atribuciones legales. Se da pues un ánimo de colaboración entre organismos o entidades públicas con funciones interrelacionadas o complementarias” (Apoyo de la ESAP en Concurso de Méritos para la Elección de Personero, 2015, pág. 3)

De igual manera, debe tenerse en cuenta, lo señalado por Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, en Sentencia del 20 de mayo de 2004, expediente 25.154, C. P.: María Elena Giraldo Gómez, en relación con los poderes excepcionales de la administración, refiriéndose como aquella restricción a las decisiones unilaterales originadas en los negocios jurídicos en aquellos en que el Estado es parte, la administración prescindirá en la utilización de las cláusulas exorbitantes o excepcionales (Poderes Excepcionales de la Administración , 2014) cuando se trate de la celebración de contratos o convenios interadministrativos, cuyo objeto es el de aunar esfuerzo entre entidades del sector público para la realización de sus fines o cometidos, lo anterior en consonancia al *principio de colaboración interinstitucional* como eje articulador de las actuaciones de los diferentes órganos y entidades del Estado cuando señala que “los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines” (Apoyo de la ESAP en Concurso de Méritos para la Elección de Personero, 2015, pág. 2)

Más recientemente, la misma Corporación, en Sentencia de fecha 16 de marzo de 2015, M.P. Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. exp.32820, señaló, el Municipio de Yumbo no se encontraba habilitado para proferir un acto administrativo unilateral por medio del cual se

declara tal incumplimiento, pues ello conlleva el ejercicio de una facultad excepcional, cuya estipulación en los convenios interadministrativos se encuentra prohibida, de conformidad con el párrafo del artículo 14 de la Ley 80 de 1993 (Codeter, 2015)

Por lo tanto, en los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos; en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2° del artículo 14, consagrado en la Ley 80 de 1933, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguro tomados por las entidades estatales, se prescindirá de la utilización de las cláusulas exorbitantes o estipulaciones excepcionales.

De otra parte, el mismo Consejo De Estado - Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez, en sentencia de fecha 13 de febrero de 2013, procedió a clasificar los contratos estatales para efectos de ejercer facultades excepcionales, así:

Para el ejercicio de las facultades excepcionales, los contratos estatales pueden clasificarse en cuatro (4) grupos bien diferenciados: i) contratos estatales en los cuales las cláusulas excepcionales al derecho común son obligatorias; ii) contratos estatales en los cuales las cláusulas excepcionales al derecho común son facultativas; contratos estatales en los cuales se encuentra prohibido incluir y, por tanto, ejercer cláusulas o estipulaciones excepcionales y iv) todos los demás contratos estatales no previstos ni contemplados en alguno de los grupos anteriormente individualizados. (Clasificación Contratos Estatales , 2013, pág. 3)

Así mismo, señaló la competencia de las entidades estatales para incluir cláusulas excepcionales, señalando que solo pueden incluirse en contratos que por su tipo o naturaleza la ley lo ha dispuesto, así: Se debe señalar que si una entidad estatal decide incluir cláusulas excepcionales —cuyos contenido y finalidad suponen y comportan el ejercicio del poder público por parte de las autoridades facultadas para ello— en contratos en los cuales, por su tipo o naturaleza, la ley no ha dispuesto ni previsto y menos autorizado esa inclusión, con ello se está contrariando el derecho público de la nación que contiene, precisamente, el comentado régimen legal que se encarga de precisar cuáles son los únicos tipos contractuales en los cuales se deben incorporar obligatoriamente esas cláusulas excepcionales y en cuáles se autoriza su estipulación, amén de que ello también comporta un evidente abuso de las competencias o el poder que a esas entidades les han conferido las normas vigentes.

En este sentido se tiene entonces que el desconocimiento del derecho público de la nación vicia de ilicitud el objeto de las cláusulas en examen, de conformidad con los dictados del artículo 1519 del Código Civil. (...) Así mismo se impone registrar que el numeral 3° del comentado artículo 44 de la Ley 80 sanciona con nulidad absoluta los contratos estatales que "[si celebren con abuso... de poder".

Finalmente, en la misma providencia, señaló que la celebración o estipulación de cláusulas excepcionales sin contar con la facultad legal para ello, desconoce el artículo 21 de la Constitución Política, así:

Ante el panorama normativo que se deja descrito, en cuanto se advierte que con la celebración o estipulación de cláusulas excepcionales sin contar con facultad o autorización legal para ello se desconoce la prohibición expresamente consagrada en el canon 121 de la Carta Política y que con ello, además, se contraría el derecho público de la nación y se advierte un evidente abuso de poder, forzoso resulta

concluir entonces que en tales eventos se configuran entonces las causales de nulidad absoluta previstas en los numeral 2 y 3 del artículo 44 de la Ley 80, así como aquella, aplicable por igual a los contratos estatales, consagrada en el parcialmente transcrito artículo 1741 del Código Civil (Clasificación Contratos Estatales , 2013, pág. 10)

Así mismo, la Sala de Consulta y Servicio Civil, en Sentencia de fecha 28 de junio de 2012, Exp. 2092. M.P. Sr. William Zambrano Cetina, en cuanto a los efectos de la Ley 1474 de 2011, señaló:

En cuanto al fondo de la disposición transcrita, se constata que la ley 1474 mantiene la exigencia de que la suscripción de contratos interadministrativos tenga relación directa con el objeto de la entidad ejecutora, lo cual por demás está relacionado con la obligación general de toda entidad contratante de verificar que el contratista público o privado tenga capacidad jurídica para celebrar el contrato, es decir, que el mismo se encuentre dentro de su objeto. (Ley 1474 de 2011, 2012, pág. 2)

Este último tópico, "la obligación general de toda entidad contratante de verificar que el contratista público o privado tenga capacidad jurídica para celebrar el contrato, es decir, que el mismo se encuentre dentro de su objeto" constituye una causa extraña, que se encuadra dentro de lo que se conoce como culpa exclusiva de la víctima y a su vez, en una exclusión a la luz del Condicionado General.

De acuerdo con la Constitución, el Código Contencioso Administrativo y la Ley 80 de 1993, entre otras disposiciones, la Administración tiene el deber, sin embargo, de aplicar las medidas necesarias para la prestación de los servicios y la ejecución de los contratos o convenios interadministrativos en protección del interés público con el fin de evitar el detrimento del patrimonio del Estado cuando los riesgos y circunstancias en que

se cumpla el contrato resulten contrarias al interés público, o su desarrollo amenace conducir a tales eventos.

Por otro lado, como restricción en los Convenios o 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.

Para la Sala la integración normativa hecha con respecto a esas tres disposiciones (artículos 14, 60 y 61 de la ley 80 de 1993) 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, consistente 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.

Por lo tanto, en el desarrollo de los convenios interadministrativos el uso de las facultades excepcionales establecidas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, como lo es la terminación unilateral de los contratos, se encuentra vedada, dado que, dicha prohibición, se encuentra justificada en criterios de igualdad entre los sujetos que hacen parte de la relación contractual –entidades públicas-.

A manera de conclusión, los Convenios o Contratos Interadministrativos celebrados por autoridades administrativas permiten coordinar las actuaciones hacia el cumplimiento de los fines del Estado, de esta manera se evitan actuaciones desarticuladas y aisladas y se garantiza una mejor utilización de los bienes y recursos públicos. (Apoyo de la ESAP en Concurso de Méritos para la Elección de Personero, 2015, pág. 2).

Por tanto, el hecho de que cada entidad u organismo tenga sus propias funciones y que para su ejercicio la ley les confiera determinadas funciones no se justifica actuaciones aisladas, contradictorias o económicamente ineficientes entre las diversas organizaciones estatales, pues en cualquier caso sus competencias están regidas por los mandatos de colaboración y coordinación interinstitucional que permiten el logro mancomunado del interés general y la satisfacción de los derechos de las personas.

Se tiene que en virtud de los principios del derecho administrativo – coordinación, transparencia, eficiencia, colaboración- las entidades garantizarán “la armonía en el ejercicio de sus respectivas funciones con el fin de lograr los fines y cometidos estatales”, (Apoyo de la ESAP en Concurso de Méritos para la Elección de Personero, 2015, pág. 2), por lo que, en consecuencia, “prestarán su colaboración a las demás entidades para facilitar el ejercicio de sus funciones” (ibídem).

Los Convenios Interadministrativos están dados a la concurrencia de dos o más entidades estatales en la búsqueda de un fin público común respecto del cual cada entidad está interesada u obligada desde sus propias funciones o atribuciones legales.

Análisis sobre la posición de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado al respecto de los convenios y contratos interadministrativos.

POSICIÓN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL Y EL CONSEJO DE ESTADO AL RESPECTO DE LOS CONVENIOS Y CONTRATOS INTERADMINISTRATIVOS

Los contratos estatales y convenios de la Administración derivados del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que los define como “contratos estatales 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 [...]”. Por lo tanto, el concepto de contrato estatal obedece a la presencia de acuerdos como parte de un negocio jurídico, de donde surge el contrato estatal. Ante lo cual el contrato que celebra el Estado y el interés público, conforme con los fines de la contratación estatal, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.

El concepto de convenio de la Administración ha sido ampliamente desarrollado por un sector de la doctrina, y debatido por las altas cortes en innumerables fallos. Se trata del acuerdo de voluntades que, basado en la realización de intereses comunes, que celebra la Administración Pública con otra persona de derecho público o privado, creando vínculos jurídicos cuyo objeto es el cumplimiento de un fin común.

El convenio tiene tres elementos importantes: en primer lugar, es celebrado por la Administración Pública, esto es, “por una Administración Nacional y una Administración Territorial. Dicha Administración Pública se compone de un conjunto de personas jurídicas previstas en las Constitución y en la ley (...)” (Ibáñez Najjar, 2007, p. 207). En segundo lugar, es un acuerdo que parte de intereses comunes entre la Administración Pública y la persona con quien se celebre el convenio. En ese sentido, no se parte de una contraposición de intereses.

En tercer lugar, es un acuerdo que crea obligaciones entre las partes, esto es, vínculos jurídicos en virtud de los cuales las partes se comprometen a realizar prestaciones. Tales prestaciones están encaminadas a lograr la satisfacción de interés común de ambas partes, por lo que la Sección Tercera de la Sala Administrativa del Consejo ha considerado lo siguiente: (...) la Sala precisa que el negocio jurídico celebrado entre el FIS y el Departamento de Risaralda corresponde, dentro de las prescripciones legales, a la denominación de “contratos o convenios interadministrativos”, los cuales han sido estudiados por la Sección Tercera con el propósito de definir su naturaleza, la normatividad aplicable y la modalidad de acciones que se pueden impetrar en relación con ellos (...)

La Sala considera oportuno aprovechar esta oportunidad para afirmar que los “convenios interadministrativos” cuando quiera que, como en el asunto sub iudice, involucran prestaciones patrimoniales, asumen idéntica naturaleza obligatoria y, en consecuencia, idénticos efectos vinculantes y judicialmente exigibles en relación con los que se predicán de cualquier otro

...acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación patrimonial”, en los términos del artículo 864 del Código de Comercio. (...)

En atención a lo anterior y en relación específicamente con lo que interesa para el caso concreto, 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; (...) (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; (...) (CE 3, 23 Jun. 2010. M. Fajardo Gómez).

Por lo anterior es conveniente afirmar que esto conlleva la creación de obligaciones para las partes, al igual que cualquier otro tipo de contrato, acercándose al concepto de negocio jurídico. Así la celebración de negocios jurídicos entre las entidades estatales puede que se esté en presencia de negocios de contraprestación, como de colaboración, por lo que las entidades al aunar esfuerzos para sacar adelante una función u objetivo en común que es acorde con sus funciones constitucionalmente establecidas.

Por lo que la norma, ha establecido como causal de contratación directa prevista en la letra d) del numeral 4 del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007 se encuentran los convenios y los contratos interestatales. Que se adelantan en juego el interés público, se admite que excepcionalmente la entidad pueda contar con una serie de poderes, el Consejo de Estado ha afirmado que existen dos tipos de poderes excepcionales (CE 3, 10 Jun. 2009. M. Fajardo Gómez). Por un lado, se encuentran las cláusulas excepcionales consagradas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993. Estas cláusulas hacen referencia a los acuerdos de caducidad, terminación unilateral, modificación unilateral, interpretación unilateral, sujeción a normas nacionales y reversión.

De otra parte, el mismo Consejo De Estado procedió a clasificar los contratos estatales para efectos de ejercer facultades excepcionales, así:

Para el ejercicio de las facultades excepcionales, los contratos estatales pueden clasificarse en cuatro (4) grupos bien diferenciados: i) contratos estatales en los cuales las cláusulas excepcionales al derecho común son obligatorias; ii) contratos estatales en los cuales las cláusulas excepcionales al derecho común son facultativas; contratos estatales en los cuales se encuentra prohibido incluir y, por tanto, ejercer cláusulas o estipulaciones excepcionales y iv) todos los demás contratos estatales no previstos ni contemplados en alguno de los grupos anteriormente individualizados. (CE 3, 13 Feb. 2015. M. Mauricio Fajardo Gómez).

A través de las potestades excepcionales generales la Administración goza de prerrogativas que le permiten llevar a cabo el objeto del contrato celebrado, la dirección general del mismo, así como el control y la vigilancia de su ejecución, a fin de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y poder, así, asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación de los mismos. Se garantiza de esta manera, el cumplimiento de los fines estatales que se desarrollan a través de la contratación estatal mediante el reconocimiento a la Administración Pública, de un poder especial de orden administrativo.

Los contratos estatales y se deriva de los principios igualdad, libre concurrencia y de planeación. El principio de igualdad proviene del artículo 13 constitucional. En materia de contratación estatal, dicho principio implica respetar

...la posibilidad jurídica de las personas que estén en real capacidad de ejecutar el contrato requerido por la administración de participar en un proceso de selección en idénticas oportunidades respecto de otros oferentes (...)" (CE 3, 3 Dic. 2007. R. Correa Palacio). El principio de libre concurrencia se deriva del artículo 333 de la Constitución Política, norma que establece el deber de garantizar la libertad de competencia. Este principio "garantiza la facultad de participar en el proceso licitatorio a todos los proponentes que tengan la real posibilidad de ofrecer lo que demanda la administración" (CE 3, 3 Dic. 2007. R. Correa Palacio). El principio de planeación se encuentra los artículos 209 y 334 Constitucional. De acuerdo con este principio, se tiene que la entidad debe "realizar estudios previos adecuados (...), con el fin de precisar el objeto del contrato, las obligaciones mutuas de las partes, la distribución de los riesgos y el precio, estructurar debidamente su financiación y permitir a los interesados diseñar sus ofertas (...). (CConst, C-300/2012, J. Pretelt).

El omitir lo anterior significa reducir la posibilidad de impulsar actividades públicas, de corresponsabilidad social, desarrollen conjuntamente actividades con el Estado, es por ello que con los convenios se examina el desarrollar mancomunadamente una actividad que es propia de la entidad estatal.

Al respecto, la doctrina especializada, hablando acerca de los convenios de asociación, expresa que "los referentes pertinentes no son las actividades de los particulares –idea central del Artículo 355 de la Constitución– sino los cometidos y las funciones que la ley asigna a las entidades públicas habilitadas para participar con los particulares (...)" (Tafur Galvis, 2011, pp. 152 y 153). Este debe contener aquellos requisitos de los contratos definidos por el artículo 355 de la Carta. Por lo que la interpretación de la Corte, acerca de los convenios de asociación con los contratos celebrados por la administración con las entidades privadas sin ánimo de lucro y, son sometidos al régimen propio de los contratos previstos por esa norma constitucional. Este último hecho significa indudablemente que el Legislador reglamenta la aplicación y cobertura del artículo 355 y define el alcance del régimen de los contratos previstos por el mismo. Razón ésta que sustenta, nuevamente, la posición antes asumida por el autor, de cuestionamiento de la intromisión del Legislador en la competencia que directa y exclusivamente establece la Constitución a favor del Ejecutivo para la reglamentación de la

materia prevista por el inciso segundo del artículo 355 de la Carta (Chávez Marín, 2012, p. 393).

POSICIÓN DE LA LEY, LA JURISPRUDENCIA Y LA DOCTRINA DE OTROS PAÍSES CON RELACIÓN A LOS CONTRATOS Y CONVENIOS INTERADMINISTRATIVOS

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

La legislación permite la asociación de entidades regulada en el literal c) numeral 4 del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007, establece bajo modalidad directa la celebración de 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.

En relación con lo anterior una de las formas de asociación se encuentra en los contratos interadministrativos, la ley 1474 de 2011 en su artículo 92, modifico el literal c, del numeral 4 del artículo 2 de la ley 1150 de 2007, en el cual considera que los convenios interadministrativos deben tener las siguientes características:

Contratos interadministrativos, siempre que las obligaciones derivadas del mismo tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora señalado en la ley o en sus reglamentos. Se exceptúan los contratos de obra, suministro, prestación de servicios de

evaluación de conformidad respecto de las normas o reglamentos técnicos, encargos fiduciarios y fiducia pública cuando las instituciones de educación superior públicas o las Sociedades de Economía Mixta con participación mayoritaria del Estado, o las personas jurídicas sin ánimo de lucro conformadas por la asociación de entidades públicas, o las federaciones de entidades territoriales sean las ejecutoras.

Al respecto Consejo de Estado. Sección Tercera en Sentencia del 23 de mayo de 2012, expediente 1998-01471 define a los Convenios Institucionales, como todos aquellos acuerdos de voluntades celebrados por la entidad con personas de derecho público, que tienen por objeto el cumplimiento de las obligaciones constitucionales, legales y reglamentarias de la entidad, para el logro de objetivos comunes.

Los Convenios pueden no tener un contenido patrimonial, en términos generales y en ellos no se persigue un interés puramente económico. Con ellos se busca primordialmente cumplir con objetivos de carácter general, ya sean estos sociales, culturales o de colaboración estratégica.”

Frente a la posición del Consejo de Estado (Almeida-España 2012), señaló que “Los convenios interadministrativos intermunicipales se definen como aquellos negocios jurídicos bilaterales y plurilaterales con el fin de cooperar en la planificación o ejecución de las actuaciones que pretenden desarrollar para conseguir un objetivo común de interés público para así lograr una mayor eficacia y eficiencia, es necesario que esta cooperación en posición de igualdad para las partes (pág. 612).

La posición de Willy Preschi muestra la exoneración de procesos de selección para la contratación estatal en Perú, el marco normativo contempla cuatro tipos de procesos de selección cuya aplicación resultara procedente dependiendo del objeto como el monto entre

los cuales se encuentra la licitación pública, concurso publico adjudicación directa (puede ser publica o selectiva) y adjudicación de menor cuantía.

La exoneración hace referencia a los denominados "contratos interadministrativos"; es decir, aquellos acuerdos o negocios de donde se deriven obligaciones para las partes, y que son distintos de los convenios o acuerdos suscritos entre las Entidades de la Administración Pública como mecanismo de colaboración -y que constituyen, por tanto, simples convenciones entre sujetos administrativos-, y respecto de los cuales no se pueda deducir ningún régimen obligacional (obligaciones de dar, hacer o no hacer una cosa), (Willy Preschi).

El consejo de estado ha sostenido que la regulación de las forma de asociación, que hace referencia el artículo 6 de la Ley 489 de 1998 establece que una de las finalidades de la función administrativa en virtud de los principios de coordinación y colaboración las entidades garantizarán “la armonía en el ejercicio de sus respectivas funciones con el fin de lograr los fines y cometidos estatales”, en consecuencia, “prestarán su colaboración a las demás entidades para facilitar el ejercicio de sus funciones”.

Una de las formas de definir el mandato constitucional las funciones del estado es la colaboración interinstitucional a través de convenios interadministrativos, tal como lo establece el artículo 95 de la propia Ley 489 de 1998 que señala lo siguiente:

“Artículo 95º.- Asociación entre entidades públicas. Las entidades públicas podrán asociarse con el fin de cooperar en el cumplimiento de funciones administrativas o de prestar conjuntamente servicios que se hallen a su cargo, mediante la celebración de convenios interadministrativos o la conformación de personas jurídicas sin ánimo de lucro.”

Se puede observar que los convenios interadministrativos está dada la concurrencia de dos o más entidades estatales en la búsqueda de un fin público común respecto del cual cada entidad está interesada u obligada desde sus propias funciones o atribuciones legales.

Se da pues un ánimo de colaboración entre organismos o entidades públicas con funciones interrelacionadas o complementarias:

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

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.”

De este modo es posible, incluso común, que los convenios interadministrativos no comporten la ejecución de recursos ni su traslado, así como tampoco el pago de una remuneración. Dicho de otra manera, es viable distinguir entre convenios interadministrativos de contenido patrimonial o que compartan la ejecución de recursos públicos y otros que si bien implican obligaciones y responsabilidades recíprocas, no tienen ese elemento oneroso o económico, al girar en torno solamente a la forma de complementar y articular las funciones de cada entidad mediante el intercambio de información, el apoyo logístico, la facilitación de infraestructuras, etc. Lógicamente, es posible que en esta última hipótesis cada entidad incurra en gastos y en ejecución de su propio presupuesto para cumplir sus funciones y los

compromisos adquiridos para con la otra, pero eso no hace que el convenio tenga por objeto “la ejecución” de recursos públicos.

Frente al concepto del consejo de estado Almeida (España 2012) enfatiza que uno de los mecanismos que emplean para llevar a cabo la cooperación han sido llamados por la doctrina como instrumentos de naturaleza funcional e instrumentos de materia orgánica, los de materia funcional hace referencia a una figura administrativa como son los convenios y los instrumentos de naturaleza orgánica conllevan a una organización administrativa canalizada en la cooperación, individualizando dos grupos; el primer grupo sin personalidad jurídica y el segundo con personalidad jurídica propia, esta última tiene dos subdivisiones que son importantes aclarar que son las que pueden tener personalidad jurídica-pública o personalidad jurídico-privada.

La práctica ha podido demostrar que la utilización de los convenios interadministrativos genera una conjunta prestación de los servicios de manera ágil evitando llevar al complejo proceso de creación de un nuevo ente, disminuyendo los gastos burocráticos al no crear una nueva estructura administrativa.

La encomienda de gestión intermunicipal es otra figura de asociación que consiste en la encomienda de competencia exclusiva de carácter material, técnico o de servicios, con la exclusión de acciones de orden jurídico, negocio que se lleva materializa entre un encomendante a otro encomendado y la responsabilidad legalizar los actos administrativos derivados de este negocio jurídico está a cargo del encomendante, formalizándole con la suscripción y firma de un convenio interadministrativo.

En referencia Willy Preschi menciona que con los contratos que se celebran entre dos o más entes administrativos por la propia naturaleza de los contratantes no se encuentran sujetos a idénticas exigencias y resguardos que cuando la Administración contrata con particulares,

toda vez que se reconoce que en los contratos interadministrativos es el mismo Estado que interactúa entre sí, si bien ello se produce a través de distintos entes y órganos públicos.

El Consejo de Estado ha señalado que constituyen verdaderos contratos administrativos: “En tal sentido, si bien es cierto que en la práctica de las relaciones que se establecen en desarrollo de las actividades de la Administración se suele utilizar en algunas oportunidades la misma denominación, “convenios interadministrativos”, para calificar otro tipo de negocios que no corresponden a su naturaleza y efectos –como los acuerdos interorgánicos y como aquellos en los que se presenta un concurso de voluntades, pero que no generan obligaciones susceptibles de ser exigidas jurídicamente– en realidad, los convenios en los cuales las partes se obligan patrimonialmente constituyen contratos en toda la extensión del concepto y con todos los efectos de esa particular institución jurídica.” (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 23 de junio de 2010, expediente 1998-00261).

Conclusiones

En Colombia la Constitución contempla el principio de colaboración consistente en el cumplimiento de los fines del Estado para el buen manejo de los recursos públicos, dentro de los cuales permite la legislación la asociación entre entidades públicas siempre y cuando el objeto de la entidad permita el buen desarrollo de la ejecución contractual.

El Consejo de Estado ha definido los contratos como acuerdo de voluntades para el cumplimiento de las obligaciones constitucionales buscando cumplir con los objetivos de carácter general ya sean sociales, culturales etc.

La legislación española en esta materia ha desarrollado diversos mecanismos que han logrado ser efectivos y han promovido los diferentes escenarios de la política en los municipios, existen varias formas de cooperación que buscan suplir las necesidades de cada uno de los miembros, cumplir la función pública.

De acuerdo a la premisa que si es necesario una nueva redistribución de los municipios uniendo unos para poder disminuir los gastos del Estado pero sin perder la eficacia y eficiencia en la prestación de los servicios públicos, partiendo que en el texto la negativa a esta idea es notable, se podría afirmar que no es descabellado esta proposición teniendo en cuenta que se supriman varias entidades y con esto cargos administrativos, habría una notable disminución en los gastos públicos de administración del estado los cuales podrán ser invertidos en la prestación de los servicios, pero como se dijo anteriormente el autor no considera viable este proceso por tal motivo es necesario evaluar las herramientas de cooperación de los municipios.

El Estado español tiene un gran avance en esta materia y la experiencia podrá ser una herramienta valiosa a la hora que el legislador decida tomar decisiones al respecto puesto que podrá evidenciar cuál de los mecanismo podrá ser el más eficiente para la prestación de los servicios de manera eficiente y eficaz.

En Perú una de las figuras que permite la legislación es la exoneración de procesos de selección denominados Convenios interadministrativos donde el mismo estado interactúa, este tipo de asociación se da siempre y cuando las entidades cumplan con una serie de requisitos exigidos por la ley entre los cuales, destacamos que el prestador de servicios garantice una prestación más eficiente y resulte técnicamente más viable que la que prestaría un particular.

Para concluir resulta viable para los países analizados que la prestación de los servicios públicos a cargo del Estado deben garantizar una eficiencia, eficacia, el cumplimiento de los fines constitucionales y estatales; y que una de las formas que mejor pueden llevar a que esta prestación se de en las mejores condiciones sean mediante la celebración de convenios o asociaciones permitiendo que las entidades satisfagan sus cometidos estatales de carácter general de manera oportuna.

CONCLUSIONES

La contratación se desarrolla conforme a los principios rectores de la constitución Política y la Ley 80 de 1993, por lo que debe observar un estricto manejo en los recursos públicos sin importar el régimen de aplicación. Por lo que se buscó realizar una aproximación general a la aplicación de cláusulas o poderes excepcionales por parte de la administración como herramienta para salvaguardar el cumplimiento de los fines y su eficacia

La inclusión de cláusulas exorbitantes es ineludible para aquellos contratos celebrados por las entidades prestadoras de servicios públicos cuyo objeto es indispensable para la prestación del servicio público propiamente dicho.

El ejercicio de las cláusulas exorbitantes dentro de los contratos instrumentales, no son solo muestra de un poder desbordado y desequilibrado del frente al contratista, sino sin una herramienta efectiva que le permitan abordar situaciones que podría alterar la debida prestación del servicio, atentando contra la satisfacción de los fines del Estado y contra la correcta destinación de los bienes públicos.

A través de las potestades excepcionales generales la Administración goza de prerrogativas que le permiten llevar a cabo el objeto del contrato celebrado, la dirección general del mismo, así como el control y la vigilancia de su ejecución, a fin de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y poder, así, asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación de los mismos. Se garantiza de esta manera, el cumplimiento de los fines estatales que se desarrollan a través de la contratación estatal mediante el reconocimiento a la Administración Pública, de un poder especial de orden administrativo.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

Almeida Cerredá, M. (2012). *La cooperación entre Municipios: una posible alternativa a la reordenación de la planta local en España*. Istituzioni Del Federalismo (Págs. 599-638).

Tomado de http://www.regione.emilia-romagna.it/affari_ist/Rivista_3_2012/Cerrada.pdf

Hernández Díaz, C. A. (2 de Mayo de 2010). Universidad Autónoma de Colombia. Obtenido de

Http://www.fuac.edu.co/recursos_web/documentos/derecho/revista_criterio/articulosgarantista2/9carloshernandez.pdf

Ibáñez Najar, J. E. (2007) *Estudios de derecho constitucional y administrativo*. Bogotá: Editorial LEGIS, Justicia y Desarrollo Sostenible y la Universidad Sergio Arboleda.

Pedreschi Garcés, W. (r.f.) Sobre la exoneración de los procesos de selección para contratación estatal en la ley de contrataciones del Estado, Decreto legislativo No. 1017 y su reglamento. *Revista Derecho y Sociedad de la Asociación Civil*, (36), 1-7.

Rodríguez Rodríguez, L. (2011). *Derecho Administrativo General y Colombiano*. Bogotá: Temis S.A.

Tafur Galvis, A. (2011) *Las personas jurídicas sin ánimo de lucro y el Estado*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.

Resúmenes Analíticos de Investigación

Arango Beatoncourth, J.C & Moncada, G. (2004) *Aplicación de las cláusulas exorbitantes de los contratos estatales regulados por regímenes especiales*. Trabajo de Grado para optar por el título de abogado. Pontificia Universidad Javeriana.

Buitrago Vargas, J.M. (2014) *Las multas y la cláusula penal pecuniaria en la contratación estatal. Naturaleza jurídica, pacto, validez, imposición por la vía administrativa y control judicial*. Trabajo de Grado para optar por el título de Magister en Derecho. Universidad Nacional de Colombia.

Perdomo Guerrero, C. E, (2014) *Los convenios de la administración y los contratos estatales: conceptos diferentes con regímenes jurídicos distintos*. Trabajo de Grado Magister en Derecho Público para la Gestión Administrativa. Universidad de los Andes.

Normatividad

Constitución Política de Colombia (1991).

Ley 80 de 1993

Ley 1474 de 2011

Ley 489 de 1998

Ley 29 de 1990

Ley 1437 de 2011

Ley 591 de 1991

Decreto Ley 393 de 1991

Decreto 222 de 1983

Decreto 150 de 1976

Decreto 777 de 1992

Decreto 1510 de 2013

Jurisprudencia

Consejo de Estado

Sala de Consulta y Servicio Civil, Sentencia de 28 de junio de 2012, Exp. 2092, C.P. William Zambrano Cetina.

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto del 23 de mayo de 2012, Exp. 2018869-05001-23-31-000-1998-00206-01(41219), C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 23 de junio de 2010, Exp. 66001233100019980026101, C.P. Mauricio Fajardo Gómez

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 17 de septiembre de 2015, Exp. 11001-03-06-000-2015-00164-00 (2269).

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 13 de febrero de 2013, Exp. 76001-23-31-000-1999-02622-01(24996), C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 16 de marzo de 2015, Exp. 32820, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 20 de mayo de 2004, expediente 25.154, C. P. María Elena Giraldo Gómez.

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 10 de junio de 2009, Exp. 11001032600020090000100, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, Mauricio.

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 3 de diciembre de 2007,
Exp. 1001032600020030001401, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

Sitios Web

Escuela Superior de Administración Pública. (Enero de 2008). Derecho Administrativo.

Obtenido de Escuela Superior de Administración Pública:

http://www.esap.edu.co/portal/wp-content/uploads/2015/08/2_derecho_administrativo.pdf