

¿Es factible pactar cláusulas excepcionales en los convenios de cofinanciación?

Jose Luis Zuluaga Pérez

Universidad Pontificia Bolivariana
Escuela de Derecho y Ciencias Políticas
Facultad de Derecho
Medellín
2020

¿Es factible pactar cláusulas excepcionales en los convenios de cofinanciación?

Jose Luis Zuluaga Pérez

Trabajo de grado para optar al título de abogado

Asesor

Gustavo Adolfo Higuera Olaya

Abogado

Universidad Pontificia Bolivariana
Escuela de Derecho y Ciencias Políticas
Facultad de Derecho
Medellín
2020

Palabras clave: Convenios interadministrativos; Cofinanciación; Cláusulas excepcionales; Contratación estatal;

Resumen: La ley 80 de 1993 en el ordenamiento jurídico colombiano ha sido la norma general sirviendo como estatuto de la contratación pública. Dentro de sus fundamentos normativos establece las prerrogativas con las que cuentan las entidades en materia de contratación estatal, siendo estas las cláusulas excepcionales. Las cláusulas excepcionales son facultades con las que cuenta la administración como posición dominante frente al contratista, en las cuales las mismas no pueden pactarse por prohibición legal entre entidades públicas, específicamente en los convenios de cofinanciación.

Los convenios de cofinanciación según la jurisprudencia son transferencias económicas que una entidad le realiza a otra con el fin de que esta última genere un cumplimiento de sus fines estatales en concordancia con los fines constitucionales y con relación al Presupuesto General de la Nación.

Tabla de contenido

Introducción.....	1
I. Conceptos fundamentales: convenios interadministrativos y contratos interadministrativos.....	3
I.I Contratos interadministrativos	3
I.II Convenios de Cofinanciación	4
I.III Cláusulas excepcionales en los contratos estatales.....	6
I.III.I Interpretación Unilateral	7
I.III.II Modificación Unilateral	8
I.III.III Terminación Unilateral.....	9
I.III.IV Caducidad.....	10
I.III.V Reversión y Sometimiento a las leyes nacionales	11
I.V Razón legal del legislador de prohibir las cláusulas excepcionales.....	13
entre entidades públicas.....	13
Cuadro elaborado por Jose Luis Zuluaga Pérez	14
II. Análisis de caso: convenio de cofinanciación celebrado entre el Municipio de Sincelejo y la Fundación para el Desarrollo Integral de la Mujer y la Niñez	15
III. Postura sobre la aplicación de las cláusulas excepcionales entre entidades públicas.....	17
III.I Los argumentos a favor y en contra de la aplicación de las cláusulas excepcionales entre entidades estatales.....	17

III.II Necesidad de dar aplicación de las cláusulas excepcionales a los convenios de cofinanciación	19
Conclusiones.....	21

Introducción

Las cláusulas excepcionales son aquellas prerrogativas utilizadas en materia de contratación estatal. Dentro del ordenamiento jurídico colombiano, la contratación estatal cuenta con un objetivo: la satisfacción del interés general y, en muchas ocasiones, el cumplimiento de la prestación de servicios públicos.

La contratación estatal en Colombia se encuentra regulada por una serie de leyes y decretos, siendo los principales la ley 80 de 1993 y la ley 1150 de 2007. Específicamente, la ley 80 de 1993 hace referencia al estatuto de la contratación pública, dando lugar a los límites y aspectos legales a la hora de contratar con una entidad del Estado colombiano. Ahora bien, en materia de contratación estatal no se puede hablar única y exclusivamente de contratos entre un particular y una entidad, sino que, a su vez, existen, además de los contratos estatales, los convenios interadministrativos y los contratos interadministrativos. Estos dos últimos conceptos van ligados y relacionados a los acuerdos o contratos que celebra una entidad del Estado con otra entidad estatal. El artículo 14 de la ley 80 de 1993 en su numeral 2 expresa que las entidades estatales a la hora de contratar cuentan con unas facultades legales que son las cláusulas excepcionales. No obstante, estas cláusulas excepcionales deben de suprimirse, es decir, no pueden pactarse en convenios entre entidades públicas, toda vez que el legislador así lo dejó plasmado en el párrafo del artículo 14 de la ley 80 de 1993, por ende, cuando existan convenios entre entidades públicas, las mismas no podrán pactar dichas cláusulas.

El presente trabajo pretende evidenciar la existencia de los problemas que se pueden presentar al no permitir el legislador pactar las cláusulas excepcionales en los convenios entre entidades públicas, en el entendido de que es muy probable que, al no existir dicha incorporación, se presenten problemas jurídicos que impliquen a las entidades acudir a instancias judiciales, extendiendo innecesariamente un problema jurídico que, con la incorporación de las

prerrogativas consignadas en el numeral 2 del artículo 14 de la ley 80 de 1993, podría solucionarse sin necesidad de generar problemas legales. Es importante resaltar que la mayoría de las entidades estatales en Colombia celebran convenios con otras entidades públicas, por ende, el problema planteado puede presentarse en cualquier entidad y su solución podría encontrarse en la posibilidad de aplicar dichas facultades. De acuerdo a lo anterior surgen diversos interrogantes tales como: ¿es factible autorizar el pacto de cláusulas excepcionales entre entidades estatales? ¿se lograría una protección del erario público con la posibilidad de incorporar las cláusulas excepcionales a favor de la entidad que financie con sus recursos a otra entidad para que esta última desarrolle sus proyectos?

La experiencia de quien aquí escribe en su práctica, realizada en la Gobernación de Antioquia, le permitió observar que los convenios entre entidades públicas pueden acarrear problemas en cuanto a su cumplimiento, interpretación, manifestación, entre otros, y es por ello que se considera necesario aplicar y no prescindir de las potestades excepcionales entre entidades.

Una de las figuras más recurrentes en materia de contratación estatal son los convenios de cofinanciación, los cuales hacen referencia a transferencias económicas realizadas entre entidades estatales en las cuales una de las entidades otorga contenido de carácter económico para que la otra entidad realice el proyecto requerido. Sin embargo, dichos convenios de cofinanciación requieren que los dineros se encuentren autorizados en el Presupuesto General de la Nación.

Por lo anterior, se hablara de la conceptualización del convenios interadministrativos y contratos interadministrativos, específicamente de los convenios de cofinanciación, a su vez se hablara de la definición de cláusulas excepcionales y cuales son, estableciendo un ejemplo de un convenio de cofinanciación el cual fue el celebrado entre el Municipio de Sincelejo y FUNDIMUR para culminar con las respectivas conclusiones con respecto y con relación a la

posibilidad de aplicar las cláusulas excepcionales en los convenios entre entidades públicas.

I. Conceptos fundamentales: convenios interadministrativos y contratos interadministrativos

I.I Contratos interadministrativos

Los convenios de cofinanciación hacen parte de los convenios interadministrativos. Los convenios anteriormente mencionados se diferencian de los contratos interadministrativos en la medida que los primeros son un vínculo jurídico establecido mediante políticas públicas o entidades estatales con el fin de coordinar la realización de funciones administrativas de interés común a los sujetos contratantes y cooperar o colaborar con ella (Chávez, 2020, pág. 114). Cabe resaltar que el objeto de dichos convenios se encuentra establecido en el artículo 209 de la Carta Política de 1991. Este artículo desarrolla la función administrativa del ordenamiento jurídico colombiano, generando que, desde el punto de vista formal, los convenios interadministrativos constituyan una actividad contractual de la administración, en cuanto se forma mediante la concurrencia de manifestaciones autónomas de voluntades (Chávez, 2020, pág. 124).

Por otra parte, los contratos interadministrativos contienen intereses distintos, ya que una de las partes contratantes pretende satisfacer una necesidad estatal y la otra parte pretende la retribución o reconocimiento de un precio por el servicio brindado a través del vínculo contractual generado.

Es así como en el concepto del 30 de abril del 2008 por parte del Consejo de Estado con Magistrado Ponente Enrique José Arboleda Perdomo se manifiesta que:

El principio de coordinación o colaboración está definido por el artículo 6° de la misma ley 489 de 1998, como la necesidad de ejercer sus respectivas funciones de los contratos, significa que las partes se obligan a poner en ejecución todos los medios a los que se comprometen para obtener la realización del objeto de convenio. Implica que en el contrato regido por el principio de colaboración no se da un verdadero intercambio de bienes o servicios, sino que los contratantes realizan la finalidad propia de las entidades contratantes. (Concepto 110001-03-06-000-2008-00013-00(1881), 2008).

De acuerdo con lo anterior, el convenio interadministrativo pretende no un reconocimiento por la prestación sino el cumplimiento constitucional de la función

administrativa con miras a satisfacer las finalidades estatales y el contrato interadministrativo entre sus partes, una de ellas pretende satisfacer un fin estatal y la otra un reconocimiento de un precio u honorarios. Un ejemplo de convenio interadministrativo fue el celebrado entre el Departamento de Antioquia específicamente de su Gerencia de Servicios Públicos, con la Corporación Autónoma Regional de las Cuencas de los Ríos Negro y Nare (CORNARE), con fecha de inicio 25/10/2017, el cual tuvo por objeto la disminución de la contaminación por vertimientos de aguas residuales domésticas en el área rural de los municipios del Carmen de Viboral, San Rafael, La Unión, Marinilla, Rionegro, Abejorral, la Ceja del Tambo y San Roque. El convenio tuvo como contratante a la Gerencia de Servicios Públicos como representante del Departamento de Antioquia y como contratista a CORNARE. El convenio consistió en cofinanciar con tres mil ciento cincuenta millones de pesos colombianos (\$3.150.000.000) a CORNARE para disminuir la contaminación por vertimientos de aguas. Este ejemplo ilustra que la cofinanciación como convenio interadministrativo entre entidades no pretende un reconocimiento económico o ganancia sino una cooperación, en este caso específico, del Departamento de Antioquia a favor de CORNARE para satisfacer una necesidad pública, por lo cual se cofinancia el proyecto, es decir, se brinda un apoyo económico sin esperar nada a cambio.

I.II Convenios de Cofinanciación

Una vez definidos y diferenciados los conceptos de convenio y contrato, se hace referencia a la cofinanciación, que se entiende como un tipo de convenio interadministrativo celebrado entre entidades estatales y entidades sin ánimo de lucro. Desde el punto de vista legal, el legislador no estableció una definición expresa del mismo, por lo cual se debe acudir a otros escenarios tales como la jurisprudencia, doctrina o entidades estatales para definir qué se entiende por cofinanciación entre entidades estatales.

El Departamento Nacional de Planeación de la República de Colombia establece que la Cofinanciación es un instrumento financiero complementario para

apoyar con recursos no reembolsables del Presupuesto General de la Nacional la ejecución de proyectos de competencia territorial, en el marco de las políticas de interés nacional.

A su vez, la cofinanciación cuenta con unos principios: descentralización, autonomía territorial, articulación con las políticas nacionales, promoción y consolidación de la cultura de proyectos, equidad regional en la asignación de recursos y participación comunitaria. Es así como la cofinanciación permite un desarrollo y aplicación de la descentralización territorial, permitiendo que exista un apoyo de recursos estatales.

Ahora bien, la jurisprudencia también ha generado algunos pronunciamientos en diversas sentencias acerca de los convenios de cofinanciación. En la sentencia C 414 del 2012, el máximo órgano constitucional hace referencia a una misma sentencia de dicha corporación, donde la Corte Constitucional hizo alusión a la clasificación de recursos que sirven de apoyo a la gestión de las entidades territoriales estableciendo que las entidades territoriales cuentan, además de la facultad de endeudamiento —recursos de crédito—, con dos mecanismos de financiación. En primer lugar, disponen del derecho constitucional a participar de las rentas nacionales. Dentro de este capítulo, se ubican las transferencias de recursos a los departamentos y municipios, las rentas cedidas, los derechos de participación en las regalías y compensaciones, los recursos transferidos a título de cofinanciación y, en suma, de los restantes mecanismos que, para estos efectos, diseñe el legislador (Sentencia C 414/12, 2012).

Es así como los convenios de cofinanciación son apoyos que se traducen en recursos brindados u otorgados de una entidad a otra, entendidos como transferencias económicas tal y como se manifiesta en la sentencia C 985 de 2006:

Los proyectos y servicios que son de competencia del municipio no pueden financiarse con partidas apropiadas en el Presupuesto General de la Nación, salvo que se trate de “apropiaciones presupuestales para la ejecución de funciones a cargo de la Nación con participación de las entidades territoriales, del principio concurrencia y de las partidas de cofinanciación” (Sentencia C 985/06 , 2006).

En esta sentencia se incorpora un elemento y concepto de la cofinanciación siendo este la financiación de proyectos, de los cuales se puede obtener

financiación con recursos del Presupuesto General de la Nación. También dentro de la misma sentencia se da una conceptualización de la cofinanciación de orden jurisprudencial, estableciéndose que la misma es un mecanismo que permite que se lleven a cabo transferencias financieras no obligatorias del Presupuesto General de la Nación a las entidades territoriales, con miras a articular los principios de unidad y autonomía del ordenamiento territorial (Sentencia C 985/06 , 2006). Cabe resaltar que para que apliquen los convenios de cofinanciación se requiere que la norma que decreta el gasto prevea un sistema de cofinanciación. Para el Consejo de Estado, los convenios de cofinanciación son contratos privados de la administración dentro de los cuales de presentarse o generarse algún problema jurídico, el mismo debe dirimirse ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, lo anterior relacionado con el siguiente pronunciamiento:

Al respecto es conveniente señalar que el Consejo de Estado, en vigencia del Decreto 222, tuvo la oportunidad de analizar la naturaleza de los convenios de cofinanciación celebrados entre entidades y concluyó que no constituían contratos administrativos sino contratos privados de la administración, puesto que no estaban tipificados dentro de las normas referidas.. (Sentencia 70001-23-31-000-1997-06354-01(2554), 2014).

Al expresar el Consejo de Estado que los convenios de cofinanciación son contratos privados de la administración hace referencia a que las entidades debido a la autorización presupuestal pueden contribuir entre ellas para dar cumplimiento a proyectos estatales, dando lugar a manifestar que por ello son privados por ser entre administraciones, es decir, entre entidades.

I.III Cláusulas excepcionales en los contratos estatales

Para poder hablar de cláusulas excepcionales es necesario acudir a la regulación legal que existe en Colombia acerca de dichas cláusulas aplicadas y permitidas en la Contratación Pública. La ley 80 de 1993 en su artículo 14 consagra lo siguiente:

Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:

2.Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión. Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios.

En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aun cuando no se consignent expresamente. Parágrafo. 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 o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2o. de este artículo, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguro tomados por las entidades estatales, se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales (Ley 80, 1993).

Esta ley establece de primera mano el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, estipulando la posibilidad de incorporar unas disposiciones no aplicables al derecho común, conocidas y catalogadas como cláusulas excepcionales; es así como la interpretación unilateral, la modificación unilateral, la terminación unilateral, la caducidad, el sometimiento a las leyes nacionales y la reversión se encuentran reguladas y definidas para su aplicación en los artículos 15 al 19 de la ley 80 de 1993, teniendo de esta forma un sustento legal y otorgando una posición dominante a las entidades estatales cuando celebran contratos estatales y una característica general como es la protección de intereses generales, en armonía con los fines del Estado (Castellanos & Santos, 2014).

I.III.I Interpretación Unilateral

La interpretación unilateral es aquella que permite que una vez presentado un inconveniente o discrepancia en la ejecución del contrato y sobre la misma no exista una solución entre las partes, la entidad estatal, la cual ostenta una de las partes del contrato podrá interpretar a su forma el objeto o discrepancia sobre la cual no exista acuerdo. No obstante, la entidad deberá plasmar su interpretación mediante acto administrativo debidamente motivado toda vez que ello es exigido por el legislador en el artículo 15 de la ley 80 de 1993, por lo cual interpretar unilateralmente un contrato sin tener que acudir a la jurisdicción, circunstancia que no se permite respecto del particular contratista, es una causal que se configura ante unos supuestos fácticos legalmente establecidos (Guechá, 2018).

Frente a la interpretación unilateral, esta misma es otorgada por una potestad brindada en la contratación, potestad que deviene de la responsabilidad que tiene la entidad estatal de ejercer la dirección general, el control y vigilancia en la ejecución del contrato y su aplicación se da exclusivamente con el objeto de evitar

la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a cargo de la entidad, y asegurar su inmediata, continua y adecuada prestación (Betancur, Londoño, & Múnera, 2017, pág. 18). Ligado a lo anterior hay que destacar que lo que puede hacer la entidad estatal con base en el artículo 14 de la ley 80 de 1993 es interpretar unilateralmente, lo que no puede hacer la entidad es modificar el contrato, de lo contrario estaría incurriendo en una nulidad del mismo. Frente a la presente cláusula, la Corte Constitucional en sentencia C 1514 del 2000 considero como razonable dicha potestad estatal partiendo del mandato constitucional y relacionado a la prestación de servicios públicos para que los mismos no se vean interrumpidos. (Sentencia 1514/00, 2000).

I.III.II Modificación Unilateral

Ahora bien, partiendo de la cláusula de modificación unilateral consignada en el artículo 16 de la ley 80 de 1993, sobre la misma se puede inferir que si se está ejecutando el contrato y se requiere introducir cambios contractuales en el contrato para evitar la paralización o afectación del servicio público y no se llega a un acuerdo entre las partes al igual que la interpretación unilateral pero en este caso con cambios generados en el contrato, la administración podrá realizarlo a través de acto administrativo debidamente motivado. Dicha modificación se realizará suprimiendo o adicionando obras, u otros aspectos necesarios siempre y cuando dichas modificaciones no alteren el 20% o más del valor inicial del contrato, ya que si ello ocurre el contratista podrá renunciar a continuar con la ejecución, se realizaría la respectiva liquidación y la entidad deberá de lograr la terminación del objeto del contrato. Vemos como en esta potestad el contratista cuenta con la posibilidad de renunciar a la ejecución del contrato, aspecto que no se permite en la interpretación unilateral.

La modificación unilateral es una prerrogativa que tiene la administración para modificar unilateralmente un contrato estatal, constituye una facultad otorgada por el legislador, que posee una naturaleza reglada, es decir, que para poder

ejergerla debe constatar la existencia de los supuestos facticos previstos en la norma, lo cual significa que la modificación unilateral no es discrecional, ya que debe adoptarse solamente cuando dentro de la ejecución de un contrato se presenten circunstancias que puedan paralizar o afectar la prestación de un servicio público (Betancur, Londoño, & Múnera, 2017). La Corte Constitucional, a su vez, en sentencia C949 del 2001, manifestó y reitero lo mencionado, agregando que la modificación unilateral es una prerrogativa que se deriva de la responsabilidad de garantizar la continuidad del servicio contratado, adquiriendo la administración las facultades necesarias para tomar las medidas que aseguren la continuidad en la ejecución del mismo (Sentencia C 949/01, 2001).

I.III.III Terminación Unilateral

Otra de las prerrogativas con la que cuenta la administración en materia de contratación pública es la terminación unilateral del contrato estatal estipulada en el artículo 17 de la ley 80 de 1993. El artículo 17 de la ley 80 de 1993 manifiesta y reitera que la decisión proferida por la administración de terminación unilateral conste mediante acto administrativo debidamente motivado; dicha terminación podrá realizarla la entidad si se presentan 3 eventos: el primero de ellos es que las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo imponga, la segunda es cuando se presenta muerte o incapacidad física permanente del contratista, si es persona natural, o por disolución de la persona jurídica del contratista. En este numeral existe una exequibilidad condicionada con respecto al concepto de incapacidad física o permanente. La Corte Constitucional en sentencia C 454 de 1994 manifestó que la exequibilidad debe de interpretarse y entenderse en la medida en que la incapacidad física permanente impida de manera absoluta el cumplimiento de las obligaciones específicamente contractuales, cuando ellas dependan de las habilidades físicas del contratista.

Los numerales 3 y 4 de la terminación unilateral expresan que se podrá terminar el contrato estatal por interdicción judicial o declaración de quiebra del contratista o por cesación de pagos, concurso de acreedores o embargos judiciales

del contratista que afecten de manera grave el cumplimiento del contrato. El legislador fue claro en este punto al expresar que el embargo que presente el contratista sobre sus bienes debe afectar de manera grave el cumplimiento de las obligaciones, por lo cual no podrá predicar una terminación unilateral la administración estatal por cualquier embargo que presente el contratista, la condición establecida e impuesta es que dicha situación sea gravosa para el cumplimiento contractual.

Continúa el artículo 17 de la ley 80 de 1993 expresando que cuando se presentan las situaciones del numeral 2 y 3 relacionadas a la muerte o incapacidad permanente del contratista y por interdicción judicial o declaración de quiebra del contratista, la ejecución del contrato continuara con el garante de la obligación, es decir con quien haya otorgado la garantía contractual. Culmina el precepto normativo determinando que cuando se presente un trámite de recuperación de empresa del contratista, la iniciación de dicho trámite no dará lugar a la declaratoria o terminación unilateral del contrato, el contrato debe de continuar sujeto a la normatividad de administración de los negocios del deudor y la administración pública podrá disponer de las medidas de inspección, control y vigilancia necesarias para asegurar el cumplimiento del objeto contractual e impedir la paralización del servicio.

Vemos cómo la terminación unilateral como potestad estatal no puede predicarse o aplicarse por el simple arbitrio de la entidad estatal toda vez que debe de existir una adecuación a los numerales anteriormente analizados, numerales consignados en la ley 80 de 1993, por lo cual el artículo 17 de la ley anteriormente mencionado nos hace referencia a unas causales netamente taxativas, conllevando a que si la entidad realiza la terminación unilateral sin justa causa debe de indemnizar al contratista.

I.III.IV Caducidad

Ya hemos observado la interpretación, modificación y terminación unilateral, ahora se hablará de la caducidad, cláusula excepcional que cuenta con un elemento

común con la interpretación, modificación y terminación unilateral, siendo dicho elemento la necesidad de un acto administrativo debidamente motivado generado y proferido por la entidad. Es así como la caducidad consagrada en el artículo 18 de la ley 80 de 1993 establece que de presentarse unos hechos que den lugar al incumplimiento obligacional por parte del contratista y afecten de manera grave y directa la ejecución del contrato, la administración podrá dar por terminado el contrato y ordenará que el mismo se liquide en el estado en que se encuentre.

Esta potestad excepcional exige que la entidad evidencie que el incumplimiento pueda dar lugar a la paralización del objeto contractual y debido a ello podrá terminar la relación que ostentan las partes. No obstante, la entidad puede abstenerse de declarar la caducidad y proseguir con medidas requeridas para garantizar que se dé el cumplimiento del contrato. También la declaratoria de caducidad permite que la entidad contratante tome posesión de la ejecución del objeto contratado ya sea a través del garante del contrato o a partir de otro contratista. La declaratoria de caducidad no da lugar a indemnización a favor del contratista y la declaratoria de la misma constituirá el siniestro de incumplimiento.

La caducidad en otras palabras es la estipulación a favor de las entidades estatales permitiendo como consecuencia la terminación y liquidación de la relación contractual, la posesión del objeto del contrato con el garante u otro contratista y la no indemnización a favor del contratista.

I.III.V Reversión y Sometimiento a las leyes nacionales

Las últimas dos cláusulas excepcionales son la reversión y el sometimiento a las leyes nacionales, establecidas en los artículos 19 y 20 del mismo Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. La cláusula de reversión es aplicable única y exclusivamente para los contratos de explotación o concesión de bienes estatales y sobre dichos contratos se pactará que una vez finalizado el término de concesión y explotación, los bienes que de manera directa se afecten en la relación contractual pasan a ser parte de la entidad contratante, sin generar una compensación alguna (Congreso de la República , 1993).

La potestad de reversión es solamente para los contratos de explotación o concesión y el generarse que los bienes pasen a ser parte de la entidad estatal no da lugar a indemnización ni reclamación al contratista. La última cláusula denominada sometimiento a las leyes nacionales hace referencia a un deber y cumplimiento de orden interno del ordenamiento jurídico colombiano en materia de contratación estatal. Tienen su fundamento en el artículo 13 de la ley 80 de 1993 y lo consignado como estipulación en el artículo 14. No obstante, el Consejo de Estado frente a lo determinado por el artículo 14 numeral 2 de la ley 80 de 1993 en concepto 1293 del 2000 manifestó que el sometimiento a las leyes nacionales permite comprender que las entidades públicas como autoridades estatales estén obligadas por el legislador a desarrollar conductas unilaterales en la relación contractual, que no son propiamente consideradas excepcionales o exorbitantes, pero sí extrañas a los contratos entre quienes son iguales ante la ley, esto es, los particulares, regulados en su negocio por las mismas normas, además tienen libre disposición patrimonial y en sus relaciones contractuales el Estado es un tercero, por ende, son ajenos a las leyes que regulan las actuaciones públicas (Concepto 1293, 2000). Es por ello que para el máximo órgano de cierre de la Jurisdicción Contencioso Administrativa el sometimiento a las leyes nacionales no puede considerarse o catalogarse como una cláusula excepcional como lo estableció en el concepto anteriormente descrito.

Las cláusulas excepcionales fueron creadas para corregir las acciones de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, se estipulan a favor de la administración y no del contratista, en algunos contratos pueden pactarse, en otros no se podría y en algunos se entienden pactados así no se diga expresamente en el contrato, dichas cláusulas son de carácter público y son inusuales al derecho común (Castellanos & Santos, 2014) siendo su objetivo y finalidad de manera tácita proteger el patrimonio público y la función administrativa.

I.V Razón legal del legislador de prohibir las cláusulas excepcionales entre entidades públicas

El legislador determinó que existen tres razones por las cuales las cláusulas excepcionales deben de prescindirse entre entidades públicas. El primero de los argumentos fue aquel en virtud del cual entre las entidades públicas no existen posiciones dominantes, es decir se encuentran en igualdad de condiciones.

El segundo de los argumentos partió de que los convenios entre entidades estatales pretenden satisfacer necesidades de índole constitucional y de la función administrativa. El tercer argumento legislativo partió de que entre las entidades cuando se celebran acuerdos lo que se busca es una cooperación estatal, es decir un apoyo mutuo.

CLÁUSULAS EXCEPCIONALES

Creadas para corregir las acciones de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista.

Se caracterizan por:

Estipulación

Por regla general se estipula favor de la administración y no del contratista.

En algunos casos no será de esta forma, sino que deberá regirse en lo pactado del contrato.

Obligación

Está en cabeza de la entidad, por ende, será la administración la que cuenta con dicha facultad.

Aplicación

Son aplicadas en derecho público, siendo estas inusuales al derecho común.

Finalidad de las cláusulas

Proteger el patrimonio público y la función administrativa.

Cuadro elaborado por Jose Luis Zuluaga Pérez

II. Análisis de caso: convenio de cofinanciación celebrado entre el Municipio de Sincelejo y la Fundación para el Desarrollo Integral de la Mujer y la Niñez

El convenio de cofinanciación celebrado entre el Municipio de Sincelejo y FUNDIMUR generó un problema jurídico de fondo, llevando a que dicho conflicto se llevara a instancias legales teniendo como demandante a FUNDIMUR y como demandado al Municipio de Sincelejo. Por lo cual el Consejo de Estado Sección Tercera Subsección B con radicado 70001-23-31-000-1997-06354-01(25549) de fecha veinte (20) de febrero de dos mil catorce (2014) teniendo como magistrado ponente al señor Danilo Rojas Betancourth decidió el recurso de apelación interpuesto por el Municipio de Sincelejo quien ostentaba la calidad de demandando en el proceso contra la sentencia proferida en primera instancia con fecha del 21 de mayo del 2003.

Los antecedentes que condujeron a dicho conflicto jurídico partieron del acuerdo al que llegaron las partes siendo estas el Municipio de Sincelejo y FUNDIMUR, celebrando de esta forma un convenio para que la segunda, es decir FUNDIMUR administrara los recursos de un fondo creado, mediante un acuerdo del Concejo Municipal, cuya finalidad era promover la actividad de los microempresarios (Sentencia 70001-23-31-000-1997-06354-01(2554), 2014). El convenio celebrado fue un convenio interadministrativo de manera genérica y de forma específica un convenio de cofinanciación cuyo objeto comprendía la cofinanciación para el montaje operativo, asesoramiento y administración del Fondo Municipal para el desarrollo de la microempresa, la economía informal y otras formas asociativas (Sentencia 70001-23-31-000-1997-06354-01(2554), 2014). El convenio de cofinanciación celebrado partía del acuerdo 08 de 1992 expedido por el Concejo de Sincelejo, acuerdo que ordenó la creación de un fondo para el desarrollo de la microempresa, la economía informal y otras formas de carácter asociativas. Posterior a ello se dieron los problemas jurídicos en el entendido de que el contrato se adicionó estableciéndose que la Fundación para el Desarrollo Integral de la Mujer y la Niñez (FUNDIMUR) habría de recibir, como

contraprestación por la administración y manejo de los recursos del Fondo, el 50% de los rendimientos financieros (Sentencia 70001-23-31-000-1997-06354-01(2554), 2014). Una vez adicionado el contrato, el Concejo de Sincelejo estableció en el Acuerdo N°004 derogar todos los convenios que daban destinación específica a los ingresos por recursos propios del municipio dando como consecuencia que el Municipio de Sincelejo expidiera la resolución N° 533 de 1995 a través de la cual se ordenaba liquidar el convenio de cofinanciación celebrado.

FUNDIMUR de acuerdo a lo proferido por el Municipio de Sincelejo en la resolución que ordenaba liquidar el convenio de cofinanciación, interpuso el recurso de reposición, dando lugar a que el Municipio de Sincelejo profiriera la resolución N° 575 de 1995 aduciendo que se podía realizar dicha liquidación, por lo cual el Municipio realizó de manera unilateral la liquidación del convenio. La Fundación para el Desarrollo Integral de la Mujer y la Niñez (FUNDIMUR) presentó a través del medio de control de controversias contractuales las pretensiones de declarar nulas las resoluciones que daban lugar a terminar y liquidar unilateralmente el convenio de cofinanciación por parte del Municipio de Sincelejo y como consecuencia de dichas nulidades que se indemnizara a la parte accionante.

El problema partía de la interpretación aplicable con respecto a determinar por parte de la parte accionante que si bien se profirió un acuerdo posterior que derogaba los anteriores, la normatividad aplicable al caso concreto era aquella que se encontrara vigente al momento de la celebración del convenio de cofinanciación, aspecto interpretativo distinto considerado por el Municipio de Sincelejo como parte accionada ya que dentro de sus argumentos estableció que como el Concejo profirió un acuerdo que ordenaba derogar los anteriores, el convenio de cofinanciación celebrado entre las partes debía de finalizar. El Tribunal Contencioso Administrativo de Sucre profirió sentencia en la cual declaró nulas resoluciones establecidas por el Municipio de Sincelejo y como consecuencia de dicha nulidad el Municipio de Sincelejo debía de indemnizar a FUNDIMUR. El Municipio de Sincelejo presentó

recurso de apelación frente a la decisión. (Sentencia 70001-23-31-000-1997-06354-01(2554), 2014).

El Consejo de Estado actuando como órgano competente en segunda instancia decidió revocar la sentencia proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Sucre y como consecuencia denegar las pretensiones de la parte demandante. Los argumentos que expuso el Consejo de Estado partieron de que los Convenios de Cofinanciación son contratos privados de la administración (Sentencia 70001-23-31-000-1997-06354-01(2554), 2014) pero sobre los cuales conoce la Jurisdicción Contencioso Administrativa, aún más este convenio de acuerdo que en el mismo se pactó como cláusula la terminación unilateral del mismo por parte del Municipio de Sincelejo cuando existiera un incumplimiento por parte de FUNDIMUR. El argumento de fondo del Consejo de Estado fue que el convenio de cofinanciación no se perfeccionó toda vez que no se cumplió con la ritualidad o formalidad requerida en materia de cofinanciación, generalmente con relación a convenios de cofinanciación en el entendido de que para que dicho convenio nazca a la vida jurídica requiere de una formalidad la cual es que el convenio conste por escrito, escenario que no aconteció por ello no existió un perfeccionamiento entre las partes y por ello revoco la decisión de primera instancia.

III. Postura sobre la aplicación de las cláusulas excepcionales entre entidades públicas

III.I Los argumentos a favor y en contra de la aplicación de las cláusulas excepcionales entre entidades estatales

Sin embargo, es importante manifestar los pro y los contra de aplicar de las cláusulas excepcionales en los convenios entre entidades públicas. Una desventaja de dicha posibilidad de estipulación sería, quizás, la desnaturalización conceptual de las cláusulas excepcionales toda vez que se podría interpretar que el contratista que sería otra entidad se catalogaría como persona natural o jurídica del orden privado. Otro problema podría ser que se llegue a considerar que las finalidades

de dichos convenios no sean la satisfacción constitucional y de la función administrativa sino que por el contrario se crea que la finalidad sea la de una posición dominante de la entidad cofinanciadora frente a la entidad cofinanciada.

No obstante, son más los argumentos a favor o positivos de la necesidad de pactar dichas cláusulas excepcionales en los convenios entre entidades públicas en el entendido de que como se han catalogado son unilaterales, ello quiere decir que solo una de las partes puede hacer uso de ellas; de acuerdo a ello podría determinarse que no se cambia la esencia de las mismas porque sería la entidad cofinanciadora quien pudiese pactarla a su favor y no ambas. Ligado a ello, si bien los convenios son creados para dar cumplimiento a los fines constitucionales y administrativos es importante resaltar que al permitirse dichas prerrogativas entre entidades públicas se estaría protegiendo a la entidad, traduciéndose dicha protección en una garantía para los intereses generales; dicho de otro modo, si se permite que la entidad cofinanciadora tenga a su favor las cláusulas excepcionales, se estaría protegiendo su patrimonio que no es otra cosa que los recursos propios que se invierten en proyectos para la comunidad. De acuerdo a los argumentos positivos de la necesidad de dar aplicación a las cláusulas, quizás el argumento más fuerte sea aquel con el cual al lograrse que en los acuerdos entre entidades estatales la entidad que financie u otorgue los dineros cuente con las cláusulas, ello permitirá evitar que las entidades que celebren el convenio ante un inconveniente deban acudir a la jurisdicción contenciosa, es decir a instancias legales que como se sabe son sumamente demoradas, por lo cual si se logran sus incorporaciones la solución se presentaría en sede administrativa y no en sede judicial.

Haciendo un contraste con la postura legislativa de determinar que se debe prescindir las cláusulas excepcionales entre entidades públicas, el argumento de fondo del legislador fue aquel que entre entidades lo que existe es una cooperación con fines constitucionales y de la función administrativa, pero con relación a los argumentos positivos expuestos, al permitirse la estipulación se lograría una mejor protección al erario público con fines legales y constitucionales debido a que se

protege como tal es la entidad que otorga los recursos a la otra administración para que realice diversos proyectos.

III.II Necesidad de dar aplicación de las cláusulas excepcionales a los convenios de cofinanciación

Es importante resaltar lo plasmado en la ley 80 de 1993 en su artículo 14 numeral 2 y su párrafo, ya que, como se evidenció anteriormente, las cláusulas excepcionales son garantías y prerrogativas con las que cuentan las entidades estatales para brindar protección a la función administrativa. Las potestades excepcionales según el párrafo del artículo 14 de la ley 80 de 1993 deben eliminarse y no aplicarse en los convenios interadministrativos y en otros contratos y cooperaciones estatales. El legislador manifestó su prohibición de pactar cláusulas excepcionales entre entidades estatales cuando celebren convenios con el argumento de que lo que existe cuando se presentan dichos acuerdos es una cooperación entre entidades, pretendiendo ambas dar cumplimiento a los fines constitucionales de ayuda y los fines de las funciones administrativas para satisfacer los intereses generales, es decir, que la ley prohibió dichas prerrogativas excepcionales porque cuando las entidades celebran convenios interadministrativos ambas tienen como fines constitucionales la protección y cumplimiento de funciones públicas con miras a dar prevalencia al interés general y en ese orden de ideas las entidades se encuentran en igualdad de posiciones, no existe según el legislador una entidad por encima de otra cuando celebran convenios, siendo lo anterior el argumento de fondo del porque entre entidades debe de prescindirse de las cláusulas excepcionales.

Ahora bien, al plasmar dicho precepto, el legislador no previó las problemáticas que podrían presentarse entre las entidades que celebren los convenios de cofinanciación. Es así como en el convenio de cofinanciación celebrado entre el Municipio de Sincelejo y FUNDIMUR la problemática de fondo podría haberse solucionado con la aplicación a dicho convenio de las cláusulas excepcionales y ello debido a que el problema partía del acuerdo aplicable al caso

en concreto en el entendido de que para FUNDIMUR entidad cofinanciada en el convenio, el acuerdo aplicable era aquel en virtud del cual estaba vigente al momento de la celebración de la relación contractual y para el Municipio de Sincelejo entidad cofinanciadora al existir una derogación de acuerdos y la expedición de uno nuevo por parte del Concejo de Sincelejo el convenio de cofinanciación debía de haberse terminado y liquidado.

Recordando las cláusulas excepcionales tales como la interpretación unilateral, modificación unilateral, terminación unilateral, caducidad, sometimiento a las leyes nacionales y reversión; para la cofinanciación entre el Municipio de Sincelejo y FUNDIMUR hubiese resultado de suma relevancia dar aplicación a las cláusulas de interpretación, modificación y terminación unilateral del convenio de cofinanciación, específicamente el numeral 1 del artículo 17 de la ley 80 de 1993 que consagra lo siguiente: La entidad en acto administrativo debidamente motivado dispondrá la terminación anticipada del contrato en los siguientes eventos: 1. Cuando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo imponga. Es claro que, el Concejo de Sincelejo al proferir como autoridad y órgano competente un acuerdo que derogaba los anteriores dentro de los cuales se encontraba el vigente al momento de la celebración del convenio de cofinanciación, dicha decisión da lugar a una exigencia y situación de orden público impuesta, por lo cual dicho convenio de haber sido posible dar aplicación a las cláusulas excepcionales no hubiese terminado en un proceso judicial ante el Tribunal Administrativo y el Consejo de Estado, permitiendo a las partes dirimir su conflicto, dándole una protección al Municipio de Sincelejo como entidad cofinanciadora.

Existe una necesidad de incorporar cláusulas excepcionales en las modalidades contractuales de las cuales habla el parágrafo de la ley 80 de 1993 en su artículo 14, específicamente en los convenios de cofinanciación ya que con las prerrogativas excepcionales se podrían evitar conflictos legales entre las entidades al momento de la celebración de relaciones contractuales y ello debe de ser así porque dentro de los convenios de cofinanciación pueden presentarse situaciones por parte de la entidad cofinanciada que genere un incumplimiento o desviación de

recursos otorgados por parte de la entidad cofinanciadora lo cual sin permitirse incorporar dichas cláusulas se requiere un acuerdo bilateral entre las partes para culminar, terminar y liquidar el convenio, aspecto que no sería necesario y sería potestativo de la entidad cofinanciadora si se incorporaran y no se prescindieran de las cláusulas excepcionales en los convenios interadministrativos en general entre entidades públicas y específicamente en los de cofinanciación. También es necesario por protección del erario público de la entidad que financia el proyecto.

Conclusiones

Las cláusulas excepcionales son garantías y prerrogativas legales con las que cuenta la administración, específicamente para ser aplicadas en los contratos estatales y de dicha forma dar protección al interés general en materia de prestación de servicios de índole público, protegiendo la función administrativa ya que las cláusulas son potestades únicas y exclusivas de las entidades contratantes y no del contratista.

Los convenios de cofinanciación son transferencias económicas que se realizan entre entidades públicas y entidades sin ánimo de lucro, dando lugar a entender los convenios de cofinanciación como aquellos convenios interadministrativos celebrados entre una entidad catalogada como entidad cofinanciadora y otra entidad denominada cofinanciada, convenios en los cuales a partir del Presupuesto General de la Nación, la entidad cofinanciadora le otorga unos recursos a la entidad cofinanciada para que esta última los utilice por cuenta propia y realice la labor o prestación del servicio público requerido. Surgen diversas preguntas en materia de convenios entre entidades públicas, la primera de ellas sería ¿existe una posición dominante de la entidad que financia un proyecto con relación a la entidad que recibe la financiación? ¿pactar las cláusulas excepcionales entre entidades estatales desfiguraría la esencia de dichas prerrogativas?.

Se hace necesaria la posibilidad y autorización legal de incorporar las cláusulas excepcionales en los convenios de cofinanciación para que de dicha forma se eviten inconvenientes en el ámbito o la esfera judicial, es decir, se evite

acudir a la Jurisdicción Contencioso Administrativa y de dicha forma se logre solucionar el conflicto en sede administrativa y no judicial.

La necesidad de brindar una aplicación de las potestades anteriormente mencionadas en la cofinanciación que celebren las entidades no sería un simple capricho jurídico sino una necesidad que en el fondo brindaría una protección de carácter público con relación a la función administrativa y al presupuesto general de la nación ya que la entidad cofinanciadora sería aquella entidad que en un convenio de cofinanciación ostentaría una postura un poco más elevada o supra-ordenada teniendo la facultad de las cláusulas excepcionales dentro del convenio, logrando con las cláusulas proteger los recursos o transferencias que le otorgue a la entidad cofinanciada y finalmente se logre evitar acudir a instancias judiciales para dirimir los conflictos que se presenten.

Referencias

- ANDI. (s.f.). 6.1 Contratación Estatal. Recuperado de <http://proyectos.andi.com.co/es/GAI/Guilnv/ConEst/ConEst/Paginas/PotExc>.
- Betancur Hincapié, G. L., Londoño Muñoz, C & Múnera Rendón, M.N. (2017). Las cláusulas excepcionales en la contratación estatal . *Nuevo Derecho* 13 (21): 1-31.
- Castellanos Duarte, E. M., & Santos Páez, S. P. (2014). Análisis de la aplicación de las cláusulas exorbitantes en los regímenes especiales de contratación estatal caso ley 42 de 1994. *Hipótesis libre* (8): 1-35.
- Constitución Política de Colombia [Const.] (1991) 20ma Ed. Legis.
- Chávez Marín, A. R. (2020). *Los convenios de la administración entre la gestión pública y la actividad contractual* . Bogotá: Temis.
- Circular 002 de 2019 , 002 (Departamento Administrativo de la Función Pública 28 de Febrero de 2019).
- Concepto 110001-03-06-000-2008-00013-00(1881) (Consejo de Estado 30 de Abril de 2008).

Concepto 1293 (Consejo de Estado 2000).

Congreso de la República . (28 de Octubre de 1993). Ley 80 de 1993 . Bogotá, Colombia .

Congreso de la República . (16 de Julio de 2007). Ley 1150 de 2007 . Bogotá , Colombia.

Guechá Torres, J. T. (2018). La garantía del equilibrio económico y financiero en los contratos estatales ante el ejercicio de las cláusulas excepcionales (Tesis de maestría). Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia.

Secretaria Distrital de Gobierno . (s.f.). Conceptos Jurídicos Contractuales . *Conceptos Jurídicos Contractuales* . Bogotá , Colombia .

Sentencia 1514/00, D-3026 (Corte Constitucional 8 de Noviembre de 2000).

Sentencia 68001-23-31-000-2003-01342-01(39536) (Consejo de Estado 10 de Noviembre de 2017).

Sentencia 70001-23-31-000-1997-06354-01(2554) (Consejo de Estado Sección Tercera Subsección B 20 de Febrero de 2014).

Sentencia C 414/12, D-8813 (Corte Constitucional 6 de Junio de 2012).

Sentencia C 593/ 97 , OP-20 (Corte Constitucional 20 de Noviembre de 1997).

Sentencia C 949/01, D-3277 (Corte Constitucional 5 de Septiembre de 2001).

Sentencia C 985/06 , OP-093 (Corte Constitucional 29 de Noviembre de 2006).

Sentencia C454/94, D-575 (Corte Constitucional 20 de Octubre de 1994).

Sentencia CE SIII E 29203 de 2014 (Consejo de Estado 2014).