



**POTESTADES UNILATERALES EN EL CONVENIO INTERADMINISTRATIVO DEL
ARTÍCULO 95 DE LA LEY 489 DE 1998**

Santiago Nicolás Argoti Eraso

Trabajo de grado presentado para optar al título de Especialista en Derecho Administrativo

Asesor

Cristian Díaz Díez, Magíster (MSc) en Derecho

Universidad de Antioquia

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Especialización en Derecho Administrativo

Medellín, Antioquia, Colombia

2023

Cita	(Argoti Eraso, 2023)
Referencia	Argoti Eraso S.N. (2023). Potestades unilaterales en el convenio interadministrativo del artículo 95 de la Ley 489 de 1998 [Trabajo de grado especialización]. Universidad de Antioquia, Medellín, Colombia.
Estilo APA 7 (2020)	



Especialización en Derecho Administrativo, Cohorte XIX.



Biblioteca Carlos Gaviria Díaz

Repositorio Institucional: <http://bibliotecadigital.udea.edu.co>

Universidad de Antioquia - www.udea.edu.co

Rector: John Jairo Arboleda Céspedes.

Decana: Ana Victoria Vásquez Cárdenas.

Coordinadora de Posgrados: Cristian Guardia López.

El contenido de esta obra corresponde al derecho de expresión de los autores y no compromete el pensamiento institucional de la Universidad de Antioquia ni desata su responsabilidad frente a terceros. Los autores asumen la responsabilidad por los derechos de autor y conexos.

Resumen

La asociación entre entidades públicas para el cumplimiento de fines comunes y de interés general se encuentra desarrollado legalmente en Colombia en la Ley 489 de 1998. Dicha tipología contractual reviste una característica, cual es la *cooperación* como su base esencial. En el escenario aquí planteado, la incorporación de potestades unilaterales en su ejercicio se torna problemática, puesto que su adopción otorga en la práctica unas prerrogativas que suelen brindar a la Administración una posición preferente con el fin de salvaguardar su condición como partícipe de la relación contractual, con lo que se concluye en una contraposición entre la base axiológica del convenio interadministrativo y su finalidad al interior del ordenamiento jurídico.

Palabras Clave: (i) Contratación Estatal; (ii) Convenio Interadministrativo; (iii) Facultad Unilateral; (iv) Función Administrativa; (v) Principio de Coordinación.

Abstract

The association between public entities for the fulfillment of common purposes and general interest is legally developed in Colombia in Law 489 of 1998, such contractual typology has a characteristic, which is cooperation as its essential basis. In this scenario, the incorporation of unilateral powers in its exercise becomes problematic, since its adoption grants in practice some prerogatives that tend to give the Administration a preferential position to safeguard its condition as a participant in the contractual relationship, which leads to a contradiction between the axiological basis of the interadministrative agreement and its purpose within the legal system.

Key words: (i) State Contracting; (ii) Interadministrative Agreement; (iii) Unilateral Authority; (iv) Administrative Function; (v) Principle of Coordination.

Sumario

Introducción. **1.1** Breve aproximación a la noción de convenio en la contratación estatal. **1.1** El convenio interadministrativo: Base legal y jurisprudencial. **1.2** El contrato y el convenio interadministrativo. **2.** Las potestades unilaterales de la Administración en la contratación estatal en Colombia. **2.1** Cláusulas exorbitantes y potestades unilaterales. **2.2** Aplicabilidad de las potestades unilaterales de la Administración en la jurisprudencia del Consejo de Estado. **3.** La aplicación de potestades unilaterales de la Administración sobre la base axiológica del convenio interadministrativo. **4.** Conclusión. **5.** Referencias bibliográficas.

Introducción

La materialización de los fines del Estado se realiza a través de diversos mecanismos, instituciones, procedimientos e instrumentos bajo los cuales se establece su esquema organizacional y ejecutivo como un partícipe al interior de las relaciones jurídicas, económicas, legales y reglamentarias del conglomerado social al interior del país.

Dentro de esta conceptualización se encuentra inmersa la figura del Estado bifurcado en dos escenarios que serán fundamentales en el estudio a realizar, refiriéndose a la participación estatal tanto como ente regulador, pero también como sujeto partícipe de las relaciones contractuales tanto con particulares, como es el caso por ejemplo del convenio de asociación con personas jurídicas privadas o la asociación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad (art. 96. Ley 498 de 1998) (arts. 209 y 355 de la Constitución Política de 1991), como entre las mismas entidades públicas (art. 95. Ley 498 de 1998).

El presente estudio centrará su atención en el segundo de los escenarios esto es, en la figura del Estado como parte de una relación de cooperación entre las Entidades que le conforman para

cumplimiento de su finalidad. Especial atención merecen las implicaciones que traerá la facultad de incorporación de potestades unilaterales a una figura jurídica como el convenio interadministrativo, en el contexto antes descrito.

En este sentido, este artículo plantea una exploración jurisprudencial y doctrinal que permitirá conocer el criterio que se ha consolidado al interior del máximo tribunal en materia contencioso-administrativa y contractual en la materia, el Consejo de Estado. Esta corporación se ha pronunciado en diversas ocasiones en aspectos transversales a la materia objeto de estudio, tales como: la diferencia entre cláusulas exorbitantes y potestades unilaterales; así como la conceptualización del contrato y convenio interadministrativo, con sus aristas y bemoles. Temas que serán abordados en el cuerpo del presente artículo y que se constituirán como la base jurisprudencial de las nociones que permitirán llegar a la conclusión de este estudio.

Sobre la base del análisis descrito y presentado en este documento será posible evaluar si en los convenios interadministrativos, el ejercicio de potestades públicas de carácter unilateral entre entidades estatales bajo la figura de esta tipología contractual constituye un menoscabo del principio de coordinación (Ley 489 -1998, Art. 6).

Lo anterior en razón de la aplicación de los mecanismos unilaterales que, en últimas, se manifiesta como una prerrogativa entre entidades estatales, traducido en un desequilibrio que, de acuerdo a la tesis defendida en la presente investigación, alteraría la esencia de esta tipología contractual, en el sentido de que la finalidad de esta modalidad de asociación se direcciona a la materialización de los fines del Estado basada en la colaboración entre entidades y no a una relación conmutativa donde se avizore el rasgo de la contraprestación y donde medie un interés particular que, en últimas, alteraría su sentido originario.

1. Panorama del convenio interadministrativo en el ordenamiento jurídico colombiano

Con el objetivo de consolidar una definición íntegra del convenio interadministrativo se hará referencia, en principio a los (i) elementos básicos y constitutivos de la noción inicial del concepto de convenio, (ii) connotación normativa del convenio interadministrativo y su aplicación en el ordenamiento jurídico colombiano. Para pasar a establecer un necesario paralelo que marca la (iii) relación entre los conceptos de contrato y convenio interadministrativo en la jurisprudencia. Finalmente, se podrá entrar a definir con mayor propiedad sus atributos, límites y la problematización práctica que adquiere esta figura jurídica, partiendo del sustento jurisprudencial, en la siguiente parte de este escrito.

1.1 Breve aproximación a la noción de convenio en la Administración Pública

La actividad administrativa del sector público adquiere diversos matices respecto de los mecanismos que facultan la exteriorización de las múltiples funciones inherentes a su existencia. Para efectos de este estudio se hará referencia a aquellas que van encaminadas a la producción de efectos jurídicos. Para que, de esta manera, se pueda ubicar a la definición de convenio al interior del andamiaje del derecho administrativo.

Los eventos en los cuales la Administración profiere decisiones y manifiesta su voluntad, tienen que ver, por regla general, con la producción de actos administrativos y la celebración de contratos¹, cuyas definiciones doctrinales y jurisprudenciales adquieren relevancia en la categorización que se le dará al convenio como objeto de estudio.

En primera medida, entendiendo al acto administrativo como:

¹ Cabe anotar que, los hechos, las operaciones, vías de hecho y omisiones administrativas adquieren también la virtualidad de producir efectos jurídicos son manifestación de la actividad administrativa, pero para efectos del presente estudio, se hará referencia al acto y contrato estatales, ello por su cercana relevancia con la figura del convenio el cual, ha sido caracterizado al interior de estos últimos.

[...] cualquier manifestación productiva de efectos jurídicos, de voluntad, de conocimiento, de apreciación de opinión, de deseo, de los órganos del Estado o de los otros sujetos de Derecho público, reconocidos como tales, dirigida a la satisfacción, en el ámbito del Derecho objetivo, de las necesidades propias de tales entes (Tivaroni, C, 1939, p. 25).

En la doctrina especializada autores como Gastón Jeze recogido en el Manual de la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, afirma que el acto administrativo: “Es una declaración de gobernantes, agentes públicos o simples particulares, en ejercicio de un poder legal y con el objetivo de producir efectos de derecho” (p. 24). Esta conceptualización abarca una esfera de mayor espectro y se considera relevante por revestir diversos matices entre los cuales se incluye, por ejemplo, el ejercicio de funciones públicas por particulares y adicionalmente porque en ella se prescinde de un elemento importante que otro sector de la doctrina y la jurisprudencia han sostenido, *la Unilateralidad*.

En este orden de ideas, al seguir esta línea, a partir de la lógica mencionada, autores como Rivero y Rodríguez Rodríguez recogidos en la obra de Chávez Marín (2015, p. 21) hacen parte de la vertiente de la doctrina, que considera que en efecto existen los actos administrativos de carácter bilateral, en los cuales podrá o no verse inmiscuida la participación de un sujeto privado o de personas jurídicas públicas o entidades estatales como sujetos activos en su consecución. Por tanto, se concluye que bajo esta postura los contratos administrativos son equivalentes a los actos administrativos bilaterales, esto por ser expresión de un acuerdo de voluntades donde el Estado asume una posición de jerarquía.

Para esta línea argumentativa, el régimen jurídico aplicable a los contratos es equivalente al de los actos administrativos, con el alcance que dicha aseveración acarrea en materia de su formación, presunciones, prerrogativas, nulidades, extinción, entre otros. Lo cual se tornaría

como una figura paradójica en Colombia, dado el efecto y alcance que el régimen jurídico del acto administrativo adquiere en contraste con el aplicable en materia contractual, por lo cual no es compartida por el autor de este artículo.

En este punto del estudio, es menester reseñar a una categoría cuya descripción se hace necesaria por la estrecha relación que adquiere con el convenio interadministrativo, con esto se busca hacer referencia al acto administrativo complejo², entendido como: “aquel que para su formación requiere la reunión de varias voluntades de la misma entidad o de varias entidades que se integran con unidad de objeto y fin” (Consejo de Estado, 2018, Exp. 22380).

Con todo, la discusión frente al alcance del acto administrativo ha sido abordada en la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, cuyo resultado se apresura a predecir un criterio heterogéneo, con posiciones encontradas y decisiones contradictorias, como se pasará a explorar a continuación.

En principio y para efectos de la perspectiva mediante la cual se reseñará las definiciones traídas por la Corte Constitucional, se hará referencia a la acepción de acto administrativo en razón de los *efectos* que acarrea su conceptualización, lo cual se realizará a través de la línea jurisprudencial recogida por Cristian Díaz Díez (2019) en su texto: “Significados del acto administrativo en la jurisprudencia de la Corte Constitucional”.

² Para ilustrar este concepto se trae como ejemplo la designación de una terna elegida por el Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado y remitida al Senado de la República para la elección de los magistrados de la Corte Constitucional. (art. 239, Constitución Política de 1991). En este caso, a juicio de la máxima autoridad de lo Contencioso-Administrativo se configuran los presupuestos del acto complejo bajo el entendido de que: “se forma bajo la intervención de voluntades de dos o más órganos o autoridades, en momentos distintos, pero encaminados hacia la misma finalidad y constituye una verdadera unidad jurídica en donde cada acto es totalmente dependiente del otro” (Consejo de Estado, 2013, Rad. 11001-03-28-000-2013-00024-00).

En principio, se tiene que en Sentencia C-1436 del 2000, con ponencia del Magistrado Alfredo Beltrán Sierra; este alto tribunal se refirió al acto administrativo como “la manifestación de la voluntad de la Administración, tendiente a producir efectos jurídicos ya sea creando, modificando o extinguiendo derechos para los administrados o en contra de éstos” (Corte Constitucional, 2000, Sent. C-1436).

Como se puede observar, dicho pronunciamiento presenta varios aspectos relevantes por su carácter controvertido. El citado autor aduce que, en principio, el carácter volitivo de la noción presentada por la Corte al catalogarse como una manifestación de voluntad lo distancia de ser un acto material y consecuentemente limita la definición a un producto intelectual. Adicionalmente, omitieron dos aspectos: el efecto de unilateralidad del acto tomado como manifestación de la voluntad y la función administrativa como sujeto activo de su producción. Queda por cuestionar el alcance que se le dará a la aseveración presentada, con lo que cabe interrogarse: ¿Se dejó abierta la posibilidad al acto administrativo bilateral?

Más adelante, en la sentencia C-542/2005 con ponencia del Magistrado Humberto Antonio Sierra Porto, se adujo que:

El acto administrativo representa el modo de actuar ordinario de la administración y se exterioriza por medio de declaraciones unilaterales o bien orientadas a crear situaciones jurídicas generales, objetivas y abstractas o bien orientadas a crear situaciones concretas que reconocen derechos o imponen obligaciones a los administrados. (Corte Constitucional, 2005, Sent. C-542).

Continuando con su estudio, Díaz Díez (2019) reseña la sentencia C-173/2006³.

³ En dicha oportunidad, la Corte Constitucional aborda el problema jurídico ligado a la demanda de inconstitucionalidad presentada en contra de un inciso del artículo 32 de la ley 643 de 2001 “por la cual se fija el régimen propio del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar”, en el cual se prevé la autorización previa de los alcaldes municipales mediante concepto jurídico para aspirar a la autorización de ETESA (Empresa de Transmisión Eléctrica S. A) para su puesta en marcha.

El punto de interés para efectos de este escrito, es la incorporación de un elemento relevante a la discusión, esto por cuanto el alto tribunal caracteriza a la autorización previa por vía de concepto como un “acto de contenido material que debe contener consideraciones fácticas y jurídicas y por ende, puede ser susceptible de ser controvertido judicialmente”, dándole según nuestro autor un alcance propio del acto administrativo bajo las dos aristas, su motivación y la posibilidad de ser demandado (Díaz Díez, 2019, citando a la Corte Constitucional de Colombia, 2006, Sent. 173). En este sentido, la Corte clasifica dicho elemento como un “acto administrativo complejo”, calificación que ha sido expuesta por buena parte de la doctrina⁴ y que, como se vio anteriormente, adquiere un tinte que le daría la virtualidad o al menos semejanzas notables con los convenios interadministrativos. En esta oportunidad la Corte recoge la definición del autor Manuel María Díez para considerar el juicio referido como el resultado: “del concurso de voluntades de varios órganos de una misma entidad o de entidades públicas distintas, que se unen en una sola voluntad”⁵ (Corte Constitucional de Colombia, 2006, Sent. 173). Frente a este tópico, la manifestación unilateral de la Administración para la consecución de un acto común refleja elementos que permiten asemejarlo con la figura del convenio, dada la pluralidad de actores independientes entre sí y la confluencia de estos para emitir un único acto. Con todo, finalmente la Corte Constitucional declara exequible el aparte demandado bajo la consideración de que tanto la solicitud de autorización para el funcionamiento de juegos de azar

⁴ Para mayor ilustración sobre el tema del acto administrativo complejo en la jurisprudencia Colombiana, remitirse Luis Enrique Berrocal (2009): *Manual de acto administrativo*, Bogotá, Librería Ediciones del Profesional, Quinta Edición. P. 165-175.

⁵ Sobre este particular, Díaz Díez (2019) desarrollando lo expuesto asevera que: “El concepto de acto administrativo complejo es sencillo de entender, como la expresión de una sola voluntad conformada por la manifestación de varios órganos de una misma entidad o de varias entidades, sin que por ello desaparezca la unilateralidad, como requisito de existencia del acto”. (subrayado fuera del texto original). Con lo que, se concluye finalmente que con este aparte señalado se concreta un elemento esencial que nos permitirá más adelante establecer diferencias, sino tajantes, al menos significativas para alejar los conceptos de acto administrativo complejo y convenio administrativo.

como el concepto previo del Alcalde avalando su consecución conforman entre sí una unidad jurídica que, para efectos legales, se tomará indistintamente.

En este punto, el carácter problemático se refleja en la Sentencia del 23 de junio de 2005, con ponencia del Consejero Germán Rodríguez Villamizar, que analiza el Decreto 111 de 1996 – Estatuto Orgánico del Presupuesto. El autor arriba referenciado cita el siguiente aparte normativo en aras de señalar la problemática expuesta (2008, p. 25):

Si bien, la norma antes descrita⁶ hace alusión al perfeccionamiento de “actos administrativos”, la misma [SIC] ha de entenderse la hecha en sentido genérico y no reducida a los actos administrativos unilaterales; por lo tanto, en ella deben incluirse tanto los unilaterales como los bilaterales, ya que dicha disposición no hace distinción alguna.

Este aparte jurisprudencial y el contexto normativo que le rodea da cuenta de dos aspectos que se relacionan y desarrollan el objeto central de este estudio, tenemos el *carácter bilateral del acto administrativo*, el cual como se vio en la cita anterior, se consideró en su momento como expresión de *una sola voluntad*. Por consiguiente, mencionar este tema dando apertura a la gabela de la biteralidad aunado al contexto normativo que se trató en dicha sentencia, el cual está relacionado a asuntos de carácter contractual; hace necesario retratar la situación no solo para referir a los actos plurales de la Administración como un contrato, sino también para darle un alcance como eventual manifestación de este y en últimas, como la apertura a una posibilidad de considerar a los contratos y convenios, que son actos plurales, como un acto administrativo. Tesis que contraría la opinión del autor de este escrito, por cuanto el acto administrativo será siempre unilateral, situación contraria y opuesta al evento de los contratos estatales.

⁶ La norma en comento es el Art. 49 de la ley 179 de 1994, específicamente: "Todos los actos administrativos que afecten las apropiaciones presupuestales deberán contar con certificados de disponibilidad previos que garanticen la existencia de apropiación suficiente para atender estos gastos".

Para concluir, se retomará el trabajo de Cristian Díaz Díez (2019), quien en su análisis jurisprudencial y recogiendo también pronunciamientos doctrinales y del Consejo de Estado, concluye:

Si bien la definición del acto administrativo más admitida en el ordenamiento jurídico colombiano es aquella que afirma que se trata de una manifestación unilateral de voluntad proferida en ejercicio de función administrativa, no ha sido, pues, la única noción doctrinaria que se ha elaborado.

Lo anterior deja en evidencia que la falta de uniformidad en los significados del acto administrativo contenidos en la jurisprudencia de la Corte Constitucional es una manifestación específica de la falta de claridad de dicha noción en la doctrina jurídico-administrativa y en la jurisprudencia del Consejo de Estado, o sea, su correlato.

Así pues, hasta el momento no existe una noción uniforme al respecto, bajo dicha pluralidad de elementos es menester contextualizar la discusión al interior del ordenamiento jurídico colombiano para consolidar elementos de juicio que permitirán en los apartes siguientes dar con una idea – sino consolidada-, al menos fundamentada de la atribución jurídica que se ha construido en la ley y el desarrollo jurisprudencial sobre el convenio interadministrativo.

Por otra parte, y una vez establecido el parámetro diferencial entre el acto y el contrato estatal como categorías jurídicas diferentes, se hace necesario abordar esta misma discusión frente a la idea que pretende asimilar al contrato con el convenio, tesis defendida por Chávez Marín (2015) en su libro: *Los convenios de la Administración: Entre la gestión pública y la actividad contractual* y recogida en el texto de Alejandro Gómez Velásquez y Cristian Díaz Díez, (p. 290) contenido en la revista *derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia. N.º 44, septiembre-diciembre 2019, por cuanto:

... atendiendo a la causa que conduce a producir la manifestación, es decir, a celebrar el negocio correspondiente, o al observar el fin que guía la declaración de voluntad, se puede distinguir la existencia de dos tipos de actos jurídicos, vale decir, distintos: unos para los que resulta conveniente y procedente mantener la denominación de contrato y otros negocios para los que es procedente bautizarlos o nominarlos como convenios (p. 49-50).

Para Chávez Marín (2015), se alega la existencia de diferencias sustanciales entre las figuras en comento, que se justifica principalmente en la finalidad de cada uno de ellos, por una parte el contrato adquiere el carácter obligacional para las partes y por otra en el caso del convenio este se determina bajo la característica de ser un acuerdo de cooperación en que no se ve inmersa la contraprestación en razón a motivos que se encuentran arraigados a la raíz de estas que no solo permiten, sino que requieren de un tratamiento jurídico diferenciado; por cuanto en la esencia prestacional de los contratos, la existencia de obligaciones recíprocas entre ellos resulta inescindible y en sentido opuesto, el convenio prescindirá de la voluntad del particular o el agente público involucrado para la consecución de efectos jurídicos.

Sobre este particular, Gómez Velázquez y Díaz Díez (2019, p. 290-292) se apartan de la posición de este autor⁷, argumentando que el régimen jurídico y la remisión a las civiles y comerciales adoptado para la materia de los convenios y los contratos administrativos en las normas contractuales, da cuenta de que a partir del criterio orgánico o subjetivo que el entendimiento que la norma refiere, indistintamente, a las nociones en cuestión pese a las variables y notas diferenciales que adquieren cada una por su finalidad y condicionamientos, aspecto que no es óbice para que la evidencia legal demuestre que ante estas dos modalidades se aplica

⁷ [...]en nuestro ordenamiento jurídico el contrato o convención se define como “un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa”, independientemente del contenido o finalidad que lo inspira. Además, el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 dispone que “[s]on 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, así como los que, a título enunciativo, se definen” en dicha norma. Incluso, desde un punto de vista lingüístico, la palabra “convenio” se define como “[a]cuerdo o pacto”, lo que resulta acorde con la conceptualización del contrato como acuerdo de voluntades o como pacto entre varios sujetos para obligarse; circunstancia que se presenta en los convenios, con independencia de su contenido o finalidad, pues allí también surgen obligaciones de dar, hacer o no hacer. En tal sentido, más que expresiones diferentes o enmarcadas en una relación de género a especie, las palabras “contrato” y “convenio” son sinónimas (Gómez Velázquez y Díaz Díez, 2019. p. 290).

indistintamente iguales preceptos normativos que hacen no solamente inocua sino también problemática la separación conceptual entre ambos.

Po tanto, resulta claro para el autor de este artículo que el régimen jurídico aplicable en la materia permea a la figura del contrato y el convenio de la Administración como figuras homólogas y que, dichas estipulaciones normativas se ven abarcadas bajo idéntico régimen contractual por lo que su separación es un equívoco desde la academia, la teoría y la práctica jurídica.

1.2 El convenio interadministrativo: base doctrinal, legal y jurisprudencial

Se tiene que la consagración legal de la tipología contractual abordada en esta investigación se encuentra contenida en el artículo 95 de la Ley 489 de 1998, donde se señala que en desarrollo de principios que rigen tanto a la función pública (art. 3 CPACA) como a la contratación estatal (arts. 3, 6 Ley 489-1998); así como de los elementos axiológicos de raigambre Constitucional como la colaboración armónica para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado (art.113, 209 Constitución Política de 1991), se podrá consolidar la asociación entre entidades públicas 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.

Dicho aparte normativo despliega un panorama general cuyo verbo rector es la palabra *cooperar* por lo que, a partir de esta noción básica será posible adentrarse en las particularidades legales que permitirán advertir el planteamiento del problema que será descrito en este artículo.

La temática en cuestión ha venido siendo abordada por un desarrollo principalmente jurisprudencial, emanado del Consejo de Estado, ya que su consagración legal y reglamentaria no se encuentra desarrollada en el ordenamiento jurídico. Por tanto, las siguientes líneas abordarán el

concepto a raíz de la interpretación del máximo tribunal de lo contencioso-administrativo, que permitirán al lector obtener mayores elementos para consolidar las principales características del tema central de este artículo.

Se partirá de la base de que el convenio interadministrativo es un acuerdo entre dos o más entidades estatales para el cumplimiento de los fines del Estado, el cual se caracteriza por no poseer una contraprestación directa entre las partes involucradas, por lo que no se ve inmerso el provecho económico, sino la unión de fuerzas para la consecución de fines comunes. Sobre esto, la Agencia Nacional de Contratación Pública “Colombia Compra Eficiente” en el Concepto C-236 del 05 de julio de 2023, sostiene: “[...] los convenios interadministrativos no pueden ser sinalagmáticos, debido a que en ellos no se involucran intereses contrapuestos, sino un interés común” (p, 10). Por lo que, en principio, en lo que concierne a aquellos que contemplen prestaciones económicas para su ejecución, la participación económica de las Entidades no se consideran pagos, sino aportes para el cumplimiento de su objeto.

Con todo, cabe resaltar que, de acuerdo a lo dispuesto por el Consejo de Estado, en sentencia del 23 de junio de 2010 C.P: Mauricio Fajardo Gómez. Exp. 17860:

La Sala considera oportuno aprovechar esta oportunidad para afirmar que los “convenios interadministrativos” cuando quiera que, como en el asunto sub judice, 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 (Consejo de Estado, 2010, Exp. 17860).

Se concluye que, para el alto tribunal con la suscripción del convenio interadministrativo las entidades convergen, en principio, en los términos de sus estipulaciones negociales, pero, al involucrar prestaciones patrimoniales se atenderá lo contenido en los artículos 1495 y 1602 del

Código Civil, esto es, en materia de los efectos vinculantes, obligacionales y el alcance de ser ley para las partes y sin perjuicio de las disposiciones contenidas en la Ley 80 de 1993 (en adelante EGCAP) y las que le desarrollen⁸, que al ser la directriz general en los asuntos contractuales que incorporen la participación de entidades del estado (Ley 80, 1993, Arts. 1 y 32), tiene aplicabilidad en la materia.

En este sentido, es importante acotar que, pese a que el EGCAP no prevé en su contenido la figura convencional mencionada, sí lo hace el Decreto 1082 de 2015⁹, mismo que se refiere expresamente a la modalidad de selección para esta tipología y desarrolla el art. 2, núm. 4, literal c) de la Ley 1150 de 2007 la cual establece la modalidad de selección pública de los procesos contractuales y convencionales en Colombia.

Por consiguiente, como queda retratado en la normativa referenciada, la *contratación directa*, es la modalidad a través de la cual se asociarán las entidades públicas en pro del cumplimiento conjunto de la misionalidad estatal. Con el cumplimiento de los condicionamientos y la

⁸ Frente a este punto en particular, la Sección Tercera, Subsección A del Consejo de Estado, en sentencia del 14 de junio de 2019, C.P.: Marta Nubia Velásquez Rico. Rad.: 25000-23-37-000-2010-02552-01, manifestó:

[...] más allá de la concurrencia de voluntades, se trata de la asunción de objetivos comunes orientados predominantemente por una finalidad de derecho público que, además de que justifica la existencia de dichos convenios, rebasa o excede el sentido tradicional del concepto de “contrato”, por lo que, en cuanto a la normativa aplicable se refiere y en el estado actual de las cosas, aquellos deben interpretarse de forma tal que la regulación del EGCAP y del derecho privado sea de aplicación supletoria, esto es, solo en la medida en que exista una verdadera laguna o falta de regulación normativa y/o convencional (Consejo de Estado, 2019, Rad. 2010-02552-01).

⁹ Artículo 2.2.1.2.1.4.4. Convenios o contratos interadministrativos. La modalidad de selección para la contratación entre Entidades Estatales es la contratación directa; y en consecuencia, le es aplicable lo establecido en el artículo 2.2.1.2.1.4.1 del presente decreto.

justificación para contratar que para el caso prevé el artículo 2.2.1.2.1.4.1 del Decreto 1082 de 2015¹⁰.

En atención a lo anteriormente expuesto y, a modo recopilatorio, se trae un importante pronunciamiento de la Sección Tercera del Consejo de Estado contenido en la Sentencia del veintitrés (23) de junio de dos mil diez (2010) C.P: Mauricio Fajardo Gómez. Exp. (17860). En el cual se relaciona uno a uno los elementos constitutivos de la figura del contrato y convenio interadministrativo:

[...] se puede señalar que los convenios o contratos interadministrativos tienen como características principales las siguientes: (i) constituyen verdaderos contratos en los términos del Código de Comercio cuando su objeto lo constituyen obligaciones patrimoniales; (ii) tienen como fuente la autonomía contractual; (iii) son contratos nominados puesto que están mencionados en la ley; (iv) son contratos atípicos desde la perspectiva legal dado que se advierte la ausencia de unas normas que de manera detallada los disciplinen, los expliquen y los desarrollen, como sí las tienen los contratos típicos, por ejemplo compra venta, arrendamiento, mandato, etc. (v) la normatividad a la cual se encuentran sujetos en principio es la del Estatuto General de Contratación, en atención a que las partes que los celebran son entidades estatales y, por consiguiente, también se obligan a las disposiciones que resulten pertinentes del Código Civil y del Código de Comercio; (vi) dan lugar a la creación de obligaciones jurídicamente exigibles; (vii) persiguen una finalidad común a través de la realización de intereses compartidos entre las entidades vinculadas; (viii) la acción mediante la cual se deben ventilar las diferencias que sobre el particular surjan es la de controversias contractuales (Consejo de Estado, 2010, Exp. 17860).

De conformidad con lo señalado por el Consejo de Estado, se resalta la característica distintiva de los contratos y convenios interadministrativos, entendidos en su globalidad, en cuanto a ser *figuras contractuales* a las cuales se les da una aplicabilidad contenida en normas de derecho privado y de derecho público.

¹⁰ El artículo señalado indica los condicionamientos para establecer a la contratación directa como el mecanismo para la suscripción de contratos y convenios interadministrativos, previendo que el acto administrativo de justificación debe contener la causal por la cual se invoca; el objeto del contrato; el presupuesto y condiciones exigidas al contratista y el lugar donde el interesado podrá consultarse los estudios y documentos previos.

Así que, en el caso particular, al involucrar una participación entre entes públicos, se resalta un elemento distintivo derivado de la ausencia de regulación legal especial de la figura convencional estudiada, razón por la cual se vale de una mixtura normativa especial que puede ser encontrada también, por ejemplo, en las entidades de régimen exceptuado.

Con la diferencia central de que, en el caso del objeto de nuestro análisis, se incorpora potestades especiales como las prerrogativas unilaterales, para salvaguardar tanto los recursos públicos, la necesidad de funcionamiento del Estado y la finalidad de interés general que se asienta como el elemento constitutivo sobre el cual se basa las actuaciones estatales y su relaciones interorgánicas, interadministrativas y público-privadas.

1.3 El contrato y el convenio interadministrativo

Para el Consejo de Estado, el régimen jurídico del contrato y el convenio interadministrativo presenta características especiales y han sido decantadas en varias oportunidades las cuales serán brevemente descritas en este apartado.

Tomando como base las consideraciones de la Sección Tercera, Subsección A del Consejo de Estado, se tiene que:

Mientras en un convenio interadministrativo se busca cumplir, de manera conjunta, las funciones a cargo de las entidades públicas que suscriben el acuerdo o prestar los servicios que les han sido encomendados por la ley -enmarcados en los principios de colaboración y de coordinación-, en un contrato existe una amalgama de derechos y obligaciones recíprocas, siendo protagonista el interés meramente económico o ganancial (Consejo de Estado, 2023, Exp. 56002).

Por cuanto se concluye que un elemento nuclear que marca su diferencia es el interés económico, el cual está ausente en el convenio en estudio y presente en los contratos interadministrativos, más adelante se aduce que en el segundo de éstos:

En los contratos interadministrativos se generan obligaciones recíprocas y patrimoniales a cargo de ambas entidades contratantes, dado que concurren a su formación con intereses disímiles o contrapuestos, pues, aunque la entidad que resulta contratista es de carácter público, tiene intereses propios derivados de su actividad (Consejo de Estado, 2023, Exp. 56002).

Este apartado jurisprudencial en línea con lo mencionado en la sentencia del 23 de junio de 2010 C.P: Mauricio Fajardo Gómez. Exp. 17860, permite al intérprete concluir que el hecho de involucrar prestaciones patrimoniales hace que la figura del convenio adquiera las características propias del contrato interadministrativo el cual, al adoptar la remisión a normas de derecho privado y contractual, proscribire la posibilidad de incorporación de cláusulas exorbitantes, de conformidad con el parágrafo del artículo 14 del EGCAP y sus disposiciones legales complementarias.

El convenio interadministrativo en su contenido material y finalista persigue el interés común y actúa en procura de la unión de esfuerzos, competencias y capacidad para cumplir con la finalidad estatal. Además, se rige por los principios de cooperación, coordinación y apoyo y tienen el rasgo distintivo de que, pese no asumir una finalidad lucrativa, subsiste y se mantiene el vínculo obligacional que será común a las partes y se configura como ley para las mismas. Con todo, a partir de las consideraciones dadas hasta ahora en este artículo, se tiene que las figuras del contrato y convenio interadministrativo con contenido patrimonial adquieren idénticas características y régimen jurídico, con lo que se concluye que la delimitación conceptual y jurídica en aras a delimitar cada uno de ellos, resulta cuestionable.

El escenario planteado permite evidenciar la delgada línea que existe entre las figuras contractuales tratadas en este apartado¹¹, así como las derivaciones que ello acarreó en materia del ejercicio de facultades unilaterales entre Entidades Públicas, la relación con el estudio presentado es evidente y adquiere gran relevancia por sus implicaciones teóricas y prácticas. Por ende, se observa que la separación que ha pretendido establecerse vía jurisprudencial no adquiere sustento jurídico, en razón a los motivos expuestos en los acápites anteriores, que se resumen en que la consagración normativa frente a ambos es común, su tratamiento ha sido el mismo en los casos que se han estudiado por la Corporación principalmente en el evento de representar prestaciones patrimoniales y, en esencia, ambas figuras adquieren el tratamiento de verdaderos contratos estatales.

Así las cosas, se prosigue con el estudio de las prerrogativas unilaterales de la Administración y su consecuente relación con la figura contractual contenida en el Art. 95 de la ley 789 de 1998.

2. Las potestades unilaterales de la Administración en la contratación estatal en Colombia

El párrafo del artículo 14 del EGCAP¹², señala expresamente que en los contratos interadministrativos se prohíbe expresamente la inclusión de las cláusulas excepcionales

¹¹ Para efectos de ilustrar este evento, remitirse a: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, del 04 de mayo de 2022 C.P: Martín Bermúdez Muñoz. EXP. (63048). En dicho pronunciamiento, el Alto Tribunal adujo que la figura convencional pactada es en realidad un contrato interadministrativo, por cuanto entre las partes hubo una relación jurídica negocial consistente en el cumplimiento obligacional y la consecuente remuneración por la obra pública contratada. por tanto, señaló que el contrato objeto de estudio no corresponde a aquellos que celebran las empresas de servicios públicos en el marco de la Ley 142 de 1993. En consecuencia, su régimen jurídico no es el derecho privado y se rige debido a la calidad de las partes por el EGCAP y que: “En virtud de lo anterior, al contrato le era aplicable el artículo 17 de la Ley 1150, que prevé la posibilidad de pactar la facultad para que las entidades declararen el incumplimiento del contrato luego de su terminación y hagan efectiva la cláusula penal”.

¹² 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.

contenidas en este mismo artículo. Estas cláusulas (terminación, modificación e interpretación unilateral, caducidad, sometimiento a leyes nacionales y reversión), fueron adoptadas en el sistema jurídico colombiano con una finalidad específica:

[...] Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, en el marco de lo señalado en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 y con el único objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación de los mismos, dichas entidades podrán interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos contenidas, introducir modificaciones a lo pactado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado (Consejo de Estado, 2011, Exp. 19483).

El apartado citado refleja la trascendencia que trae la continuidad de la prestación del servicio para lo cual se estableció inicialmente el pacto de la Administración. A raíz de ello, se erigió un alcance a las prerrogativas que este adquiere en pro de salvaguardar el interés final que radica en una ejecución contractual satisfactoria; por lo que las mismas adquieren una connotación relevante en el ejercicio de la actividad del Estado, dado que su incorporación altera la igualdad entre las partes en la consolidación del clausulado de los contratos y marca una diferencia clara con el derecho privado, puesto que se rompe la relación sinalagmática o de igualdad entre las partes en aras de otorgar al Estado una posición preferente en el contrato por la relación divergente entre los fines e intereses que se persiguen en cada una de las áreas del derecho mencionadas.

En ese sentido y en consonancia con el apartado normativo traído en el párrafo señalado, las cláusulas excepcionales son de aplicación restringida y, por consecuencia lógica, su incorporación en la tipología contractual estudiada se encuentra vedada por ley.

El asunto relevante por tratar se manifiesta en la apertura que se ha denotado en la jurisprudencia del Consejo de Estado para la aplicación de prerrogativas unilaterales en el ejercicio de los

acuerdos de voluntades en los que el Estado es parte. Para ilustrar este evento en particular, se hará remisión a diversos pronunciamientos del alto tribunal en los que se ha referido la aplicación o exclusión de dichos mecanismos en el ejercicio de las actuaciones, para conducir finalmente la discusión al tema central del convenio interadministrativo.

2.1 Cláusulas excepcionales y las potestades unilaterales

Como punto de partida se hará alusión a las consideraciones de la Sentencia del 20 de mayo de 2004. Exp. 25154 CP: María Elena Giraldo Gómez, en esta oportunidad se determinó una posición clara e indistinta que reside en la limitación de la adopción, bien sea, de prerrogativas públicas como de cláusulas excepcionales. Para la Sala cabe una clara distinción entre los contratos de la Administración cuando existe participación de privados y cuando esta se realiza exclusivamente entre entidades estatales. Dicha separación se marca tanto por sus fines como por la facultad de imponer coactivamente su voluntad en las diferentes etapas del contrato:

Tal facultad administrativa se atribuyó al ADMINISTRADOR DE LO PÚBLICO y únicamente frente a su COLABORADOR PRIVADO y por lo mismo no para el contrato interadministrativo, en el cual ambas partes son Agentes Públicos, pues ambos representan la Administración pública gestora del interés general y por lo tanto no imperan frente a éstas, en mundo negocial, los poderes coactivos, como así lo informa indirectamente el artículo 14 de la ley 80 de 1993 que si bien alude a cláusulas excepcionales, ontológicamente se erige en canon ilustrativo de la prohibición del ejercicio de poderes unilaterales del Estado contratante respecto del Estado contratista (Subrayado fuera del original). (Consejo de Estado, 2004, Exp. 25154).

Cabe resaltar que en este caso se utilizaron indistintamente los conceptos de contrato y convenio interadministrativo, pero su alcance resulta siendo el mismo. El objeto de análisis de la sentencia fue un convenio interadministrativo. De esta manera y a partir de la postura indicada, se estableció un antecedente de distinción tanto para las cláusulas excepcionales señaladas en la ley como de las potestades unilaterales de la Administración. Según esta lógica, estas tienen

aplicabilidad exclusiva frente a los contratos celebrados por el Estado con su colaborador privado, y se excluyen explícitamente de los acuerdos entre entidades estatales. En tal sentido, se establece un límite a la facultad de que estas sean pactadas en los clausulados contractuales de los acuerdos de voluntades predicados exclusivamente al interior del sector público.

Más adelante, se estudia la incidencia y aplicación de potestades unilaterales, dentro de la sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, del 10 de junio de 2009, Expediente 36252 C.P: Mauricio Fajardo Gómez. Ahí se aborda el caso particular de la posibilidad de expedir actos administrativos unilaterales en la ejecución de un contrato de obra pública que a raíz del pacto de cláusula compromisoria fue llevado a laudo arbitral. En el caso puntual el alto tribunal dio alcance a una sentencia de constitucionalidad (C-1436-2000¹³) para concluir que la exclusión del ámbito competencial de los árbitros con relación al ejercicio de poderes excepcionales no se debe entender indistintamente con las potestades unilaterales no contenidas en el Art. 14 del EGCAP, siendo estas de consagración taxativa, excluyendo por tanto a las demás, con lo que se entendió como válido el pronunciamiento del laudo frente a la imposición de multas al contratista y la liquidación unilateral del contrato objeto de estudio en la sentencia. Finalmente subyace la idea de que dichas potestades si bien hacen parte del ámbito unilateral del Estado, no se podrán tratar indistintamente de aquellas que se encuentran consagradas expresamente en la normativa contractual del país¹⁴.

¹³ Mediante la cual se declaró la exequibilidad condicionada de los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993 bajo el entendido que los árbitros nombrados para resolver los conflictos suscitados como consecuencia de la celebración, el desarrollo, la terminación y la liquidación de contratos celebrados entre el Estado y los particulares, no tienen competencia para pronunciarse sobre los actos administrativos dictados por la administración en desarrollo de sus poderes excepcionales.

¹⁴ En dicha oportunidad, el Consejo de Estado consideró que:

[...] el Tribunal de Arbitramento sí podía conocer válidamente de cualquier pretensión relativa a dicha liquidación, puesto que no se estaba frente al ejercicio de una de las precisas potestades excepcionales

En consecuencia, se empieza a advertir en el ámbito contractual una modificación paulatina del criterio jurisprudencial, para empezar a abordar en la discusión del tema y de manera diferenciada a las cláusulas exorbitantes contenidas en la Ley 80 de 1993 y aquellas potestades que, si bien hacen parte del conglomerado normativo y contractual, no se encuentran expresamente contenidas en el artículo 14 de la norma aquí referenciada.

2.2 Aplicabilidad de las potestades unilaterales de la Administración en la jurisprudencia del Consejo de Estado

Una vez establecido el parámetro mediante el cual se ha venido tratando la temática central de este artículo, resulta relevante establecer el espectro normativo a partir del cual emerge la posibilidad de las entidades públicas para pactar unilateralmente la adopción de potestades unilaterales en el ejercicio de la actividad contractual.

Es así como, en concepto emitido el 10 de octubre de 2013 por la Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 2157, CP: Álvaro Namén Vargas, se realizó por parte de la alta Corporación una descripción acerca de la normativa y las condiciones a partir de las cuales se habilita la adopción de esta clase de facultades; por consiguiente, se señala como el antecedente inmediato a partir del cual se declaró con suficiencia y oportunidad la imposición de multas, declaratoria de incumplimiento y efectividad de la cláusula penal¹⁵ sin que medie intervención judicial como

previstas expresamente en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, las cuales –bueno es reiterarlo– son las únicas de esa estirpe que quedaron excluidas del conocimiento de la justicia arbitral por virtud del condicionamiento al cual la Corte Constitucional sujetó la exequibilidad de los artículos 70 y 71 del Estatuto de Contratación Estatal en la referida sentencia C-1436 de 2000, más allá de que la mayoría de la Sala considere que la facultad de liquidación unilateral del contrato forme parte del género de los poderes excepcionales que en materia de contratación tienen a su disposición las entidades estatales contratantes (Consejo de Estado, 2009, Exp. 36252).

¹⁵ En el ejercicio genérico de ese poder sancionatorio en materia contractual se han identificado varios tipos de sanciones a saber: (i) pecuniarias, como la efectividad de las cláusulas penales; (ii) rescisorias, que le permiten a la administración sancionar a su contratista y poner fin al contrato en razón del incumplimiento total y grave de las

factor habilitante para su efectividad, a partir de la expedición y entrada en vigencia de la Ley 1150 de 2007:

El artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 habilita en forma expresa a la entidad contratante para imponer las multas o declarar el incumplimiento total o parcial del contrato con el objeto de hacer efectiva la cláusula penal, siempre que se hubiesen pactado, y autoriza a obtener su pago por cualquier mecanismo (Consejo de Estado, 2013, Exp. 2157).

En atención a lo cual, la aplicabilidad inmediata y retrospectiva de las potestades unilaterales en virtud de su párrafo transitorio¹⁶, refleja una caracterización especial para los contratos regidos por el EGCAP, puesto que, la posición preferente de la Administración se consolida en un sustento legal específico y totalizador. En ese sentido, se previó que el ejercicio de dichas potestades debe *venir precedido de un procedimiento mínimo que garantice el debido proceso del contratista*, en virtud de lo cual, en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, se consagró el procedimiento para la imposición de multas, sanciones y declaratoria de incumplimiento, como un blindaje de garantía al derecho de contradicción, al principio de legalidad e igualdad, el cual funge como base de las actuaciones jurisdiccionales, sancionatorias o disciplinarias.

Adicionalmente, la aplicación de las potestades mencionadas debe ser en virtud del pacto expreso de las mismas, aspecto que se torna como un elemento central en su incorporación a los acuerdos de voluntades regidos por la Ley 80 de 1993 - EGCAP.

En este orden de ideas, el siguiente apartado del texto se enfocará en el desarrollo normativo y jurisprudencial a partir del cual se ha tratado el tema mayormente abordado por el máximo

obligaciones a cargo de este último, como el decreto de la caducidad del contrato y (iii) coercitivas o compulsorias, que tienen por objeto que el contrato se pueda cumplir dentro del término y en las condiciones pactadas, como la imposición de multas (Consejo de Estado. Concepto 2157 del 10 de octubre de 2013. CP: Álvaro Namén Vargas).

¹⁶ PARÁGRAFO TRANSITORIO. Las facultades previstas en este artículo se entienden atribuidas respecto de las cláusulas de multas o cláusula penal pecuniaria pactadas en los contratos celebrados con anterioridad a la expedición de esta ley y en los que por autonomía de la voluntad de las partes se hubiese previsto la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas.

tribunal de lo contencioso administrativo, esto es, la liquidación unilateral de los contratos y convenios interadministrativos.

Así pues, es menester partir de que el fundamento para la liquidación unilateral no se circunscribe solamente a la satisfacción del interés general – pese a no excluirse por ser la finalidad misma del Estado – sino que también se fundamenta en la aplicabilidad del art. 60 de la Ley 80 de 1993¹⁷, que consagra para los contratos de tracto sucesivo la obligación de llevar a cabo la liquidación del contrato/convenio y su condicionamiento temporal en el art. 11 de la Ley 1150 de 2007 en un plazo de 2 meses posteriores al término de los 4 meses iniciales que se dispone para la liquidación bilateral o vencido este plazo dentro del término de los dos años siguientes ya sea en forma bilateral o unilateral, dentro del cómputo de la caducidad de la acción contractual; y además en el hecho de que la liquidación no se consolida netamente como un poder exorbitante, pese a estar encabeza de la entidad estatal contratante sino también como un requisito legal esencial para el cruce de cuentas definitivo¹⁸.

El escenario que aquí se plantea ha sido objeto de pronunciamientos del Consejo de Estado, ello por cuanto a los efectos (tales como el cómputo del término de caducidad) se presta como un escenario interesante para dilucidar un campo en el cual, en materia del convenio

¹⁷ ARTÍCULO 60. DE LA OCURRENCIA Y CONTENIDO DE LA LIQUIDACIÓN. <Artículo modificado por el artículo 217 del Decreto 19 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:> Los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, serán objeto de liquidación.

¹⁸ Así lo expresa el Consejo de Estado en providencia de 13 de junio de 2022 C.P: José Roberto Sáchica Méndez. Exp. 55868:

En el caso de la facultad de liquidación unilateral del contrato, cabe mencionar que, si bien se ha discutido acerca de su equiparación a una verdadera potestad excepcional en tanto, propiamente, su objeto no radica en asegurar que el servicio público objeto del contrato se cumpla de manera continua e ininterrumpida o en evitar su paralización o su grave afectación, sino en establecer con carácter definitivo y vinculante para el contratista las cuentas de la relación negocial, lo cierto es que no hay discusión alguna en cuanto a que se trata de una prerrogativa pública que se inspira en la necesidad de proteger de manera efectiva el patrimonio público y, por lo mismo, el interés general. (Consejo de Estado, 2022, Exp. 55868).

interadministrativo, ha presentado diferencias considerables por la calidad de las partes involucradas, lo que ha llevado a la construcción jurisprudencial de varios eventos donde su puesta en marcha ha traído consideraciones especiales.

Uno de los antecedentes centrales en la materia de la liquidación unilateral del convenio interadministrativo, se encuentra en la sentencia del 29 de julio de 2015, CP: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Exp. 38789. El alto tribunal emitió unas consideraciones que brindan un entendimiento del alcance que tendrá el ejercicio del acto liquidatorio en materia del convenio interadministrativo. En dicha ocasión, dos entidades públicas discutían mediante el ejercicio del medio de control de controversias contractuales, acerca de la procedencia de la solicitud emitida por la parte demandante frente a la solicitud de restablecimiento de la ecuación económica del convenio suscrito, la cual fue denegada por la parte demandada mediante acto administrativo debidamente ejecutoriado sin haberse interpuesto recurso en su contra; lo que no podría solicitarse por vía de la acción contractual, ya que frente a ello, el acto liquidatorio se encontraba en firme, se presumía su legalidad y no había sido demandado. Por lo tanto, se demuestra que la liquidación unilateral al adquirir firmeza se erige como un verdadero estado de cosas en materia financiera y contractual y que, al ser determinado en forma unilateral por una de sus partes, pese a ser ambas entidades públicas, somete a una de ellas a la consideración que la otra tenga frente a los efectos del convenio y, como en este caso, su ecuación económica.

El siguiente acápite partirá de la búsqueda de elementos comunes que el juez de lo contencioso-administrativo ha dilucidado a partir de su interpretación de los preceptos normativos contenidos en la ley y sus reglamentos.

Una primera noción del tema a tratar, que permite empezar a percibir el alcance y características especiales y diferenciales que rigen la actividad convencional, es traído en la sentencia del 14 de junio de 2019 C.P: Marta Nubia Velásquez Rico. NR.: 2134421, en esta oportunidad el alto tribunal hace referencia a un elemento nuclear para la posterior conceptualización de esta temática, al referir que:

[...] más allá de la concurrencia de voluntades, se trata de la asunción de objetivos comunes orientados predominantemente por una finalidad de derecho público que, además de que justifica la existencia de dichos convenios, rebasa o excede el sentido tradicional del concepto de “contrato”, por lo que, en cuanto a la normativa aplicable se refiere y en el estado actual de las cosas, aquellos deben interpretarse de forma tal que la regulación del EGCAP y del derecho privado sea de aplicación supletoria, esto es, solo en la medida en que exista una verdadera laguna o falta de regulación normativa y/o convencional (Consejo de Estado, 2019, Rad. 2134421).

Este apartado permite al lector concluir dos puntos: el primero es la falta de un criterio único, reflejado en que en los diferentes pronunciamientos del Consejo de Estado se adoptó por mérito de la ley que los contratos de tracto sucesivo deberán ser liquidados, para luego modificar el criterio a que la liquidación unilateral procederá en el evento de encontrarse expresamente pactada¹⁹. Lo segundo es que las estipulaciones convencionales determinan un verdadero parámetro vinculante para sus asociados y serán ellas las que determinarán, bajo la autonomía de la voluntad de las partes involucradas, el clausulado que rige para su desarrollo, con lo que en forma concomitante se entiende que el pacto bilateral que comporta la suscripción de una

¹⁹ Para retratar este punto, en la sentencia del 22 de octubre de 2021, Sección Tercera, Subsección A. C.P: Marta Nubia Velásquez Rico. EXP. (65978). Se introdujo un nuevo condicionamiento para la adopción de la potestad de liquidación unilateral en la materia, en dicha ocasión se manifestó por la Sala:

No se discute que en los convenios interadministrativos resulta válido que una de las partes adopte la decisión unilateral de liquidarlo, siempre y cuando ello esté expresamente pactado -pues de ahí se desprende la anuencia previa o el respectivo consentimiento pleno-, cuya precisión en la redacción permita entender, sin equívocos, que una de las partes autorizó a la otra la facultad de liquidarlo de manera unilateral mediante un procedimiento convencionalmente pactado (Subrayas fuera del original). (Consejo de Estado, 2021, Exp. 65978).

clausulado convencional en materia de potestades unilaterales adquiere plena validez jurídica y en consecuencia el incumplimiento de los compromisos adquiridos podrá ser declarado de forma unilateral y, consecuentemente, hacerse efectivo a través de los mecanismos dispuestos en la ley contractual.

Lo anterior deberá entenderse bajo la premisa de que la aplicación práctica de los elementos mencionados en el párrafo anterior posibilita que la entidad estatal, al evidenciar un retraso, incumplimiento o cumplimiento defectuoso en las actividades y compromisos pactados que así considere y, en forma discrecional, podrá expedir los actos administrativos con los que se establezca la responsabilidad del asociado y la consecuencia legal correspondiente.

Esta potestad abierta para la adopción de decisiones unilaterales con plenitud de efectos jurídicos y presunción de legalidad ha llevado a que el paralelo distintivo entre los contratos y convenios interadministrativos cada vez sea más difícil de apreciar y que la finalidad conmutativa y de cooperación entre las partes se difumine y se le confiera un tinte que permitiría asemejarse a la relación del Estado con los privados.

De esta manera, queda claro que, de conformidad con la jurisprudencia en la materia, se ha adoptado en la práctica jurídica contractual, la exigibilidad del pacto expreso para su efectividad y legalidad. Ello adquiere significativos efectos que se han podido denotar en gran medida en el cómputo del término de caducidad para el ejercicio del medio de control de controversias contractuales²⁰.

²⁰ En la cual se decide la acción de tutela interpuesta por Empresas Públicas de Medellín (EPM), en contra de la providencia del 30 de septiembre de 2020, proferida por la Sección Tercera, Subsección C del Consejo de Estado bajo el radicado 05001-23-33-000-2017-02845-01. En la cual se confirmó la decisión proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia que mediante auto del 8 de agosto de 2019 rechazó la demanda presentada por el accionante en razón a que había operado el fenómeno de la caducidad.

Para ilustrar este evento, se considera relevante la remisión a la Sentencia del 28 de enero de 2021, proferida por la Sección Primera del Consejo de Estado C.P: Nubia Margoth Peña Garzón. Exp: 2167097. En esta oportunidad, el tópico central del litigio emergió a partir del Convenio Interadministrativo Marco del 13 de noviembre de 2009 suscrito entre EPM y el Departamento de Antioquia, el Instituto Geográfico Agustín Codazzi -IGAC, el Municipio de Medellín, el Área Metropolitana del Valle de Aburrá y el Instituto para el Desarrollo de Antioquia-IDEA. El objeto del convenio era de aunar esfuerzos para la generación de la cartografía básica del Departamento de Antioquia, al cual se adhirió, el 27 de diciembre de 2010, la sociedad ISAGEN S.A. E.S.P. El litigio emergió en razón a que los asociados del convenio interadministrativo marco no llegaron a un acuerdo para la liquidación bilateral, por lo que EPM presentó demanda a través del medio de control de controversias contractuales, la cual, como ya se comentó, fue rechazada por el Tribunal Administrativo de Antioquia y posteriormente confirmada la decisión del *A quo* por la Subsección C, de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

En la referida sentencia de tutela, la Sección Primera denegó el amparo solicitado por EPM al no encontrar configurados los defectos enunciados por la parte solicitante quien alegaba el desconocimiento del artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, dado que, para la Sala, no se encontró incurso en un defecto sustantivo mediante la decisión proferida por la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado, que confirmó haberse configurado el término de caducidad de la acción bajo el siguiente argumento central:

[...] al no existir una posición unificada en la Corporación sobre la procedencia de la liquidación unilateral de los Convenios Interadministrativos de tracto sucesivo, para efecto de determinar cómo se realiza el conteo del término de caducidad del medio de control de controversias contractuales, acogió en el marco de su independencia judicial, la postura conforme la cual los Convenios Interadministrativos no son susceptibles de liquidación unilateral y, por tanto, no debía contarse dentro del término de caducidad el

plazo de 2 meses para ejercer dicha facultad, la cual fue debidamente motivada en el auto objeto de la presente acción (Subrayas fuera del texto original). (Consejo de Estado, 2021, Exp. 2167097)

En el caso brevemente reseñado anteriormente, se identifica y retrata el alcance que ha tenido la decisión del Consejo de Estado frente a la procedencia de la liquidación unilateral del convenio interadministrativo²¹, en dicha oportunidad se prescindió de la suspensión del término de caducidad bajo la premisa de que no existe un criterio que brinde uniformidad a las decisiones adoptadas por el alto tribunal; y con asiento en el criterio de independencia judicial se acogió discrecionalmente la postura del *Ad quem*.

El efecto del pacto expreso de la liquidación unilateral demuestra la implicación que ha traído para las entidades públicas inmersas en un convenio interadministrativo con relación directa al cómputo de la caducidad y con el detrimento que esto conlleva para el derecho al acceso a la administración de justicia; lo cual se traduce en la falta de seguridad jurídica cuya relevancia es evidente tanto por la calidad de las partes del convenio interadministrativo, como por el compromiso de recursos públicos que trae serias implicaciones para consecución definitiva de los

²¹ Al respecto, remitirse a la Sentencia del Consejo de Estado, del 29 de julio de 2022. C.P Carlos Enrique Moreno Rubio. EXP. 6605:

Para la Sala, no resulta irrazonable tal interpretación normativa del Tribunal acusado, toda vez que la liquidación de los contratos y convenios estatales tiene como fin ajustar definitivamente lo que a la terminación normal o anormal del contrato se encuentre pendiente a favor o en contra de cada uno de los contratantes y, si para el caso concreto, ambos contratantes son entidades públicas que no pactaron tal potestad expresamente en el contrato, ninguna de las dos entidades puede por sí misma imponer a la otra una liquidación de forma unilateral, por lo que, procedía la contabilización de la caducidad respecto de convenios interadministrativos sin pacto expreso de liquidación unilateral.

Asimismo, la sentencia del 25 de agosto de 2022. Sección Quinta CP: Carlos Enrique Moreno Rubio. Rad. 11001-03-15-000-2022-04137-00. En la cual se deniega el amparo constitucional solicitado por el Fondo de Adaptación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público en contra de la decisión proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío, donde se declaró la caducidad de la acción por la no suspensión del término de caducidad estipulado para ejercer la liquidación unilateral, por la importancia del tema se extrae un apartado de la providencia judicial:

“[...] A falta de acuerdo previo entre las partes, ninguna de éstas podía ejercer tal facultad unilateral, para así poder entender que en el conteo de la caducidad debía incluirse el lapso de dos (2) meses estipulado en el literal v) de la letra j) del numeral 2° artículo 164 de la Ley 1437 de 2011.

proyectos para los cuales en principio se configura la asociación de entidades públicas y que en últimas ve comprometido tanto el cumplimiento de los fines del Estado, la satisfacción del interés general y el cumplimiento de la función administrativa.

Ahora bien, otro escenario que se manifiesta a raíz de la posibilidad de la entidad pública asociada para imponer en forma autónoma las condiciones y medios para velar por una ejecución contractual satisfactoria o castigar el incumplimiento o retraso, recae en que la incorporación y aplicación de una potestad unilateral dentro del marco de un convenio interadministrativo adquiere una *discrecionalidad interpretativa de las condiciones y exigencias para hacerlas efectivas*, lo que en ocasiones ha sido objeto de revisión por el Consejo de Estado, como es el caso de la Sentencia del 23 de septiembre de 2021 C.P: Jaime Enrique Rodríguez Navas. EXP. 6679.

El órgano de cierre dispuso decretar la suspensión provisional de dos Resoluciones a través de las cuales el Departamento de Cundinamarca liquidó unilateralmente el Convenio Interadministrativo de Desempeño No. 900 de 2014 suscrito con el Hospital de Girardot E.S.E. En esta oportunidad la Subsección C de la Sección Tercera consideró que no se esgrimió la argumentación necesaria para haber realizado la liquidación y solicitar la devolución total de los recursos aportados en el marco del convenio, en una obra que había tenido un avance significativo y diversos matices que ameritan una inferencia o apariencia de actuar en contra de la ley.

Lo anteriormente reseñado, es clara muestra de que el sometimiento a la voluntad y criterio de una de las partes comporta una seria afectación al patrimonio de la entidad involucrada en el acto liquidatorio, que, al menos *prima facie*, posee apariencia de legalidad y efectividad a través del

mecanismo de cobro coactivo del que trata el título IV. Art. 98 y ss. Del CPACA²², el cual dispone la facultad de realizar el cobro de sus acreencias sin la necesidad directa de acudir ante el juez competente, sino que, en su lugar, lo podrá realizar la misma entidad ejecutante mediante el procedimiento previsto para tal fin. Así que, siendo el acto administrativo de liquidación unilateral uno de los actos administrativos susceptibles de cobro bajo dicha modalidad, comporta así una nueva manifestación de la complejidad que acarrearán las prerrogativas unilaterales dentro del marco de una modalidad contractual aparentemente regida bajo el verbo rector de la *cooperación o unión de fuerzas* para la consecución de fines de interés general.

Finalmente, con relación al tema de la efectividad de la cláusula penal, siendo este otro evento catalogado al interior de las potestades unilaterales de la Administración y que también ha sido tratado por parte del Consejo de Estado, comporta un escenario en el cual se ha considerado que la remisión al derecho civil y su reglamentación es factible de adoptar por parte del derecho contractual de acuerdo con los artículos 13, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993. Bajo esta perspectiva, la Sentencia del 16 de agosto de 2022. Sección Tercera, Subsección A. Con ponencia de la Consejera María Adriana Marín. Exp. 60434²³, se configura como uno de los pronunciamientos

²² ARTÍCULO 98. Deber de recaudo y prerrogativa del cobro coactivo. Las entidades públicas definidas en el parágrafo del artículo 104 deberán recaudar las obligaciones creadas en su favor, que consten en documentos que presten mérito ejecutivo de conformidad con este Código. Para tal efecto, están revestidas de la prerrogativa de cobro coactivo o podrán acudir ante los jueces competentes.

²³ El caso presentado en la sentencia llega al Consejo de Estado en el grado jurisdiccional de consulta, por haberse presentado en vigencia del Decreto 01 de 1984. En este caso se dispuso por parte del Tribunal Administrativo del Atlántico declarar el incumplimiento parcial del Convenio Interadministrativo de Cooperación 152 de 2007 suscrito entre el Municipio de San Juan de Acosta y la Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional “Acción Social”, para la construcción de obras públicas en el Municipio ejecutante, con un porcentaje de aporte de acción social equivalente a \$5.545’315.587 y del asociado por valor de \$70’509.911; se condenó la restitución de los recursos no ejecutados por el Municipio demandado (\$1.427’042.866.) y declarar liquidado el convenio, se hizo efectiva la cláusula penal y dado el monto de la condena se dispuso el grado jurisdiccional de Consulta en el Consejo de Estado previsto en el artículo 184 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 57 de la Ley 446 de 1998.

más recientes y dentro de los cuales se presenta el estado de cosas que frente al tema de estudio ha adquirido, sino plena aceptación en la Corporación, al menos un criterio consolidado.

En esta providencia judicial se resalta la consideración de la Sala acerca de aspectos que han sido expuestos en el cuerpo de este texto, tales como la liquidación unilateral expresamente pactada entre las partes, la cual no comporta el ejercicio de una cláusula excepcional del Art. 14 del EGCAP. Además se señaló que el convenio interadministrativo se rige por su clausulado y en materia del cómputo de la caducidad para presentar la acción contractual se tuvo en cuenta el término de 2 meses previsto en la ley para la liquidación unilateral, al haber sido pactada y no llevada a cabo por los asociados, razón por la cual el término comenzó a contabilizarse a partir de los 6 meses posteriores a la finalización del convenio interadministrativo y como la solicitud de conciliación extrajudicial fue presentada dentro de término, no operó el término de caducidad. La sala competente realizó el estudio de la documentación allegada al expediente del proceso judicial en el cual se evidenció el desembolso total de los recursos por parte de Acción Social y la no ejecución total de una de las obras objeto del convenio por parte del Municipio demandado, por lo que, de conformidad con la cláusula sexta del convenio²⁴, se dispuso la devolución del recurso no ejecutado que además debió ser indexado en favor de Acción Social.

En materia de la efectividad de la cláusula penal, la Sala del alto tribunal aseveró:

De este modo, aunque se habla de la cláusula penal como una tasación anticipada de perjuicios, esta solo es la regla general, puesto que, por vía de excepción, en tanto medie un pacto entre las partes, puede perder ese carácter y convertirse en una sanción convencional, por el simple retardo en el cumplimiento de las obligaciones. En estos supuestos, se puede solicitar al juez el pago de la indemnización por los perjuicios

²⁴ Cláusula Sexta: Si a juicio del comité técnico coordinador la utilización de los recursos entregados no se ajustan (SIC) a lo acordado en el presente convenio, ni al objeto del mismo, o si dichos recursos son utilizados transitoria o definitivamente para otros fines, Acción Social podrá exigir a el Municipio su restitución inmediata (Consejo de Estado, 2022, Exp. 60434).

causados y de la cláusula penal, como consecuencia del retardo (Subrayas fuera del original). (Consejo de Estado, 2022, Exp. 60434²⁵).

El anterior pronunciamiento se ha reseñado dada la relevancia que adquiere para los intereses académicos de este artículo, dejando un estado actual que se caracteriza por la plenitud de aplicabilidad de las potestades unilaterales de la Administración en materia del convenio interadministrativo, lo cual debe ser analizado minuciosamente sobre la base axiológica, teleológica y jurídica con la que el legislador dispuso su creación en el ordenamiento jurídico colombiano. Frente a este particular es necesario considerar las implicaciones que la ambigüedad que se presenta por la falta de desarrollo normativo en la materia, por lo que su caracterización se ha debido realizar con base a criterios jurisprudenciales interpretativos de la norma legal, cuyas implicaciones serán abordadas en el siguiente numeral.

3. La aplicación de potestades unilaterales de la Administración sobre la base axiológica del convenio interadministrativo

Una vez compilados los elementos teóricos y jurídicos para emitir un juicio respecto a la tesis central propuesta en el presente artículo, el acápite final partirá de la Constitución de 1991, que es la norma de normas y directriz de la actividad de las ramas del poder público y en general del Estado conformado como un todo.

Al respecto, el inciso del artículo 209 de la Carta Magna preceptúa: “Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del

²⁵ En el caso en cuestión, la cláusula vigesimoprimeras del Convenio Interadministrativo 152 de 2007, previó que, ante el incumplimiento, o el cumplimiento tardío o defectuoso debía pagarse en favor de Acción Social una suma del 0.5% del valor de sus aportes. Valor que fue declarado por la Subsección del Consejo de Estado, actualizado a la fecha en que debió surtirse la liquidación y sin necesidad de probar el perjuicio causado en razón al pacto inicialmente convenido en la cláusula penal, valorada esta como la tasación anticipada de perjuicios causados. Finalmente, la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado confirmó la decisión del Tribunal Administrativo del Atlántico actualizando los valores de las condenas correspondientes y haciendo efectiva la cláusula penal.

Estado [...]” (Constitución Política de Colombia, 1991, art. 209). Si bien la norma citada establece un parámetro general de base para la actuación de las autoridades públicas, es claro que en desarrollo del mandato superior se tendrá como eje conductor de la *Administración a la coordinación* para el armónico funcionamiento del Estado y el consecuente cumplimiento de su finalidad. Y bajo esa línea, la Ley 489 de 1998 en su artículo 6° prevé que:

En virtud del principio de coordinación y colaboración, las autoridades administrativas deben garantizar 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 y se abstendrán de impedir o estorbar su cumplimiento por los órganos, dependencias, organismos y entidades titulares (Ley 489, 1998, art. 6).

Bajo esta lógica, la incorporación de potestades unilaterales en el convenio interadministrativo cuya regulación se encuentra contenida dentro de la última norma citada, da cuenta de que el criterio jurisprudencial ha desbordado la base axiológica dentro de la cual fue consagrado. Lo anterior, se deriva de la carencia de un sustento legal que establezca seguridad jurídica para el adecuado desenvolvimiento en la ejecución de los convenios suscritos entre entidades estatales, que se evidencia en los litigios suscitados al interior del mismo Estado. En los que la interpretación unilateral de las partes derivada de la calidad atípica de estos acuerdos de voluntades establece un desbalance del criterio sinalagmático que se ha predicado frente a éstos. En ese marco, por el mentado vacío normativo se ha acudido en primera medida a la autonomía configurativa de los sujetos envueltos y subsidiariamente a la remisión de normas de derecho privado y contractual, lo cual no se establece como una solución sino como un agravante del problema jurídico expuesto en cuanto a que el espíritu de la norma regente en materia contractual, el EGCAP, haciendo referencia específicamente al párrafo del artículo 14

estudiado en el numeral 2 de este artículo, impide la aplicación de las cláusulas exorbitantes de los artículos 14 a 19 a esta clase de contratos, por la misma finalidad que se pretende con la asociación entre partes de un mismo organismo como es el Estado, cuál es el cometido de objetivos comunes y la asignación de competencias entre entidades públicas en el desarrollo de sus actividades.

Especial atención se dará a la liquidación unilateral de los contratos, puesto que el EGCAP en su artículo 60 establece la obligatoriedad de surtir del trámite de liquidación para contratos de tracto sucesivo, lo que se complementa con lo establecido en el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007 y en las causales del literal J) del numeral 2° del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011. Estas normas no refieren en su contenido ninguna facultad para prescindir de la fase unilateral de la liquidación por lo que el pacto expreso de la misma en forma facultativa como lo adujo el Consejo de Estado en su jurisprudencia acoge una excepción a la norma que, como se evidenció en las sentencias estudiadas en el numeral 2 de este artículo, ha suscitado diversos inconvenientes porque su ambivalencia y el criterio de autoridad que ejerce el máximo tribunal de lo contencioso administrativo en la consolidación del precedente judicial basado en sus pronunciamientos soslaya las garantías que la actividad contractual del Estado mantiene entre sus pares.

Lo que se complementa con el planteamiento de que, para efectos prácticos, las potestades unilaterales poseen efecto equivalente a las cláusulas exorbitantes, la inclusión de una y exclusión de otras contravía el sentido que se dio al párrafo del art. 14 ley 80 de 1993. El ejercicio de las mismas al interior del diagrama contractual del sector público se alza como un problema teórico con implicaciones directas en la práctica y en la base principialística dentro de la cual se asienta

la constitución de un acuerdo para la cooperación, colaboración sobre un interés concurrente y no disímil.

Conclusiones

La exploración doctrinal, normativa y jurisprudencial referente a las potestades unilaterales en el convenio interadministrativo ha permitido obtener un cimiento suficiente para emitir una argumentación en esta parte final del artículo. Esta se resume en los siguientes elementos: (i) ambigüedad en el régimen jurídico aplicable; (ii) carencia de un precedente judicial consolidado; (iii) desequilibrio de la calidad de los sujetos contractuales basado en sus intereses, lo que se resume en el quebranto del principio de coordinación sobre su base axiológica. Para lo cual se propondrá una posible solución.

Para entrar en materia, acerca de la teleología de los convenios, Pino Ricci (2005) afirmó:

Cuando las entidades estatales concurren en un acuerdo de voluntades desprovisto de todo interés particular y egoísta, cuando la pretensión fundamental es dar cumplimiento a obligaciones previstas en el ordenamiento jurídico, la inexistencia de intereses opuestos genera la celebración de convenios. Los convenios celebrados de esta forma deben tener un régimen especial y, por consiguiente, distinto al de los contratos (p. 463).

La posición del autor citado permite entrever una línea argumentativa parcialmente contraria a la asumida por el autor de este artículo, en razón a que el régimen jurídico de los contratos es pensado bajo la idea de lo dispuesto en el artículo 1 del EGCAP, en el sentido en que se adopta dentro de éste: “las reglas y principios que rigen los contratos estatales”; por tanto, la aseveración de que esta modalidad contractual debe apartarse de la ley contractual, contraría el régimen jurídico que ha tenido plena aplicabilidad en materia del convenio interadministrativo, puesto que, si bien se comparte la idea de que no existe intereses contrapuestos en su celebración, no es óbice para considerar que en esencia los convenios son acuerdos de voluntades, cobijados por el

EGCAP y su reglamentación²⁶; dado que la remisión a normas de derecho privado y del contenido intrínseco del contrato estatal que este abarca, adquiere plena validez en el sentido que si bien la finalidad pretendida a través de la celebración de convenios se aparta de la idea generalmente adoptada para los contratos, esto no se erige como una separación sustancial del contrato estatal entendido en su globalidad; habida cuenta de que éstos no dejan de ser actos jurídicos generadores de obligaciones en los términos del artículo 1495 del Código Civil. Esta tesis es manejada por Gómez Velázquez y Díaz Díez (2019), quienes afirman:

Lo que sucede es que, en el ámbito del derecho público, no todas las convenciones pueden versar sobre las mismas materias. Dicho de otra manera, el ordenamiento jurídico en algunos casos restringe la autonomía de la voluntad de las entidades públicas para convenir, exigiendo el cumplimiento de ciertos requisitos (p. 292).

En consonancia con dicha postura, el contexto normativo ambiguo que permea el régimen legal del convenio del artículo 95 de la ley 498 de 1998 requiere de un desarrollo al interior del Órgano Legislativo o del reforzamiento de un criterio vinculante a efectos de otorgar seguridad jurídica tanto a las decisiones judiciales, como a las entidades públicas, a través de una sentencia de unificación en los términos del artículo 10 y 270 del CPACA, que dispone la interpretación del máximo tribunal en la materia para unificar criterios en materias de alta importancia jurídica, económica y social.

Así pues, el estado actual regido por los recientes pronunciamientos del Consejo de Estado en materia de potestades unilaterales ha constituido una afectación al principio de coordinación que rige la actividad pública. La adopción de potestades unilaterales dentro de los convenios de

²⁶ En los términos del artículo 32 del EGCAP: “Son 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” (Ley 80, 1993, art. 32).

asociación entre entidades públicas ha constituido una ruptura de la igualdad de los sujetos contractuales y, en el particular de la liquidación unilateral de este convenio, pese a considerar que debe ser especialmente regulado por su relación directa con la afectación al carácter cooperativo del convenio interadministrativo, actualmente la obligatoriedad del pacto expreso de la misma contraría el parámetro normativo que se dispone para esta clase de acuerdos de voluntades lo cual se ha venido adoptando a raíz de la vinculatoriedad que adquiere la jurisprudencia del Consejo de Estado.

En este orden de ideas, el complejo panorama que determinan las condiciones fijadas por la jurisprudencia frente al convenio en estudio ha desdibujado el eje esencial de su existencia y finalidad.

Para finalizar, el interés de este artículo ha sido ofrecer, a partir de los conocimientos teóricos obtenidos por el autor desde el aprendizaje académico y la práctica jurídica, suficientes elementos de juicio al lector que permitan en su conjunto y desde una base objetiva, aportar a la discusión teórico-jurídica frente a un tema con relevancia y actualidad en el ejercicio y estudio del derecho.

Referencias

Doctrinales:

Chávez Marín, A.R (2015). Los Convenios de la Administración: entre la gestión pública y la actividad contractual. Tercera Edición. Bogotá. Edit. Universidad del Rosario.

Recuperado de:

https://books.google.es/books?hl=es&lr=&id=VkJXEAAQBAJ&oi=fnd&pg=PR1&dq=CONVENIOS+EN+LA+ADMINISTRACION+PUBLICA+COLOMBIA&ots=8w3Rsy_Di6&sig=CERF-QhVMIYf-pobQ3Fd7_KPaf0#v=onepage&q=CONVENIOS%20EN%20LA%20ADMINISTRACION%20PUBLICA%20COLOMBIA&f=false

Díaz Díez, C.A (2019). Significados del acto administrativo en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. *Revista Socio-Jurídicos*, 21(2), 259-292.

Doi: <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.7807>

Gómez Velásquez, A. y Díaz Díez, C.A (2019). Los convenios de interés público y de asociación en el régimen de contratación pública colombiana. *Revista derecho del Estado*. 44 (ago. 2019), 285–325. DOI: <https://doi.org/10.18601/01229893.n44.11>.

Pino Ricci, J. (2001). Los convenios interadministrativos, en *Primeras Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Pino Ricci, J. (2005). *El Régimen Jurídico de los Contratos Estatales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Santofimio Gamboa, J. (2003). *Tratado de Derecho Administrativo*, t.II, 4ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Santos Rodríguez, J.E. (2008). Consideraciones sobre los contratos y convenios interadministrativos. Bogotá: Universidad Externado de Colombia Recuperado de: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/2592/2231>

Tivaroni, C. Teoria degli atti amministrativi. (1939). en Garrido Falla, F, (p. 410). Recuperado de: [https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/271/11001-03-25-000-2022-00348-%2000%20\(2832-2022\).pdf](https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/271/11001-03-25-000-2022-00348-%2000%20(2832-2022).pdf)

Normativas y jurisprudenciales:

Agencia Nacional de Contratación Pública “Colombia Compra Eficiente” (2023) Concepto C-236. Recuperado de: [1689170610348-C-236.docx \(live.com\)](https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/271/11001-03-25-000-2022-00348-%2000%20(2832-2022).pdf)

Congreso de la República de Colombia (28-10-1993) Ley 80. Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Diario Oficial No. 41.094. Recuperado de: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0080_1993.

Congreso de la República de Colombia (29-12-1989) Ley 489. Recuperado de: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=186>.

Consejo de Estado, Sección Tercera (20-05-2004) Exp: 25154 (C.P: María Elena Giraldo Gómez) Recuperado de: <http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>

Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A (10-06-2009) Exp: 36252 (C.P. Mauricio Fajardo Gómez) Recuperado de: <http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>

Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B (23-06-2010) Exp: 17860 (C.P. Mauricio Fajardo Gómez) Recuperado de: <http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>

Consejo de Estado. Sección Tercera, Subsección B (06-04-2011) Expediente: 19483 (C.P: Stella Conto Diaz Del Castillo) Recuperado de: <http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>

- Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil (10 de octubre de 2013) Concepto 2157, CP. Álvaro Namén Vargas. <https://matallanaabogadosconsultores.com/concepto-2157-2013-consejo-de-estado-cp-alvaro-namen-vargas-sanciones-contractuales-multas-posibilidad-de-modificar-el-regimen-sancionatorio-previsto-en-el-contrato-de-concesion/>
- Consejo de Estado, Sección Quinta (02-07-2013) Rad. 11001-03-28-000-2013-00024-00 (C.P: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez) Recuperado de: <https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/126/S5/11001-03-28-000-2013-00024-00.pdf>
- Consejo de Estado, Sección Cuarta (19-04-2018) Exp. 22380 (CP: Milton Chaves García) Recuperado de: <http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A (14-06-2019) Rad: 25000-23-37-000-2010-02552-01 (C.P: Marta Nubia Velásquez Rico) Recuperado de: <http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A (22-10-2010) Exp: 65978 (C.P: Marta Nubia Velásquez Rico) Recuperado de: <http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>
- Consejo de Estado, Sección Primera (28-01-2021) Exp: 2167097 (C.P: Nubia Margoth Peña Garzón) Recuperado de: <http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C (23-09-2021) Exp: 6679 (C.P: Jaime Enrique Rodríguez Navas) Recuperado de: <http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>
- Consejo de Estado, Sección Tercera. Subsección B (04-05-2022) Exp. 63048 (C.P: Martín Bermúdez Muñoz) Recuperado de: <https://samaicore.consejodeestado.gov.co/api/DescargarProvidenciaPublica/1100103/44001233100020120005902/16FF64AEA75EEDA16C168E1F061809033FDEE97B038F07C47CFBB79F2797D4AE/2>
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A (13-06-2022) Exp. 55868 (C.P: José Roberto Sáchica Méndez) Recuperado de: <https://samaicore.consejodeestado.gov.co/api/DescargarProvidenciaPublica/1100103/76001233100020020129001/D41324A4E28FCB3750467DB33D0322912FA4113949004FD725DBA9F8DCA9E4E1/2>
- Consejo de Estado, Sala Plena Contenciosa (25-08-2022) Exp: 6605 (C.P: Carlos Enrique Moreno Rubio) Recuperado de: <https://samaicore.consejodeestado.gov.co/api/DescargarProvidenciaPublica/1100103/11001031500020220413700/1C2AEE459FF11E0A437031307D8CF83806203AE91FEFF84C0937E33A7600C26D/2>
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A (16 de agosto de 2022) Exp: 60434 (C.P: María Adriana Marín) Recuperado de: <https://samaicore.consejodeestado.gov.co/api/DescargarProvidenciaPublica/1100103/08001233100020110050601/87EBFAE816B4BD8FFCB87E356A70F589F2F07300EC68347B7CEEECCDF0690AB5/2>

Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A (31-03-2023) Exp. 56002 (CP. María Adriana Marín) Recuperado de:

<https://samaicore.consejodeestado.gov.co/api/DescargarProvidenciaPublica/1100103/25000233600020140067401/7B7272589FD8C67746DE60BEAB751332DF5CC5863568BEF0C6A5CDCFC5F62F54/2>

Corte Constitucional, Sala Plena (24-05-2005) Sentencia C-542 (M.P: Jorge Ignacio Pretelt) Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-542-05.htm>

Corte Constitucional, Sala Plena (08-03-2006) Sentencia C-173 (M.P: Alfredo Beltrán Sierra) Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-173-06.htm#:~:text=La%20norma%20acusada%20conduce%20a%20afectar%20la%20libertad,industrial%20y%20comercial%20del%20Estado%20del%20orden%20nacional.>

Corte Constitucional, Sala Plena (25-10-2000) Sentencia C-1436 (M.P: Alfredo Beltrán Sierra) Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/C-1436-00.htm>