

Aplicabilidad de las cláusulas excepcionales en los contratos y convenios interadministrativos

Ronis Eduardo Socarras Soto*

Resumen

Las cláusulas excepcionales fueron creadas para que la administración ejerciera su poder exorbitante frente a los particulares que coadyuvan al cumplimiento de los fines del Estado. Esas potestades de interpretación unilateral del contrato, modificación unilateral del contrato, terminación del contrato, reversión, multas, declaratoria de incumplimiento y cláusula penal, la misma Ley 80 de 1993 ha señalado que no podrán ser aplicadas en algunas tipologías de contrato dentro de los que se encuentra el Contrato Interadministrativo. Ahora bien, si las dos formas que tiene el Estado para materializar sus fines son a través de la prestación del servicio y la contratación estatal, el interés público o interés general se convierte en el bien jurídico a proteger por parte del Estado en cualquiera de los negocios jurídicos que decida celebrar ¿por qué no es aplicable en los negocios jurídicos celebrados entre entidades públicas?

Palabras claves: contrato interadministrativo, convenio interadministrativo, interés público, interés general, cláusulas excepcionales, negocio jurídico.

Abstrac

The exceptional clauses were created so that the administration exerted its exorbitant power against the individuals who contribute to the fulfillment of the ends of the State. These powers of unilateral interpretation of the contract, unilateral modification of the contract, termination of the contract, reversion, fines, declaration of noncompliance and penal clause, Law 80 of 1993 has indicated that they can not be applied in some typologies of contract within which Is the Inter-Administrative Contract. However, if the two forms that the State has to fulfill its purposes are through the provision of service and state contracting, the public interest or general interest becomes the legal good to be protected by the State in any of the Businesses that you decide to hold, why not apply in legal business between public entities?

Key words: interadministrative contract, interadministrative agreement, public interest, general interest, exceptional clauses, legal business.

* Abogado especialista en Derecho Administrativo, con amplia experiencia en Contratación Estatal. Representante Legal de la Firma de Abogados "Causa Lícita".

1. Justificación

El Estado Social de derecho tiene como fin último el servicio a la comunidad y una de las herramientas que utiliza para la materialización de esos fines, es precisamente la contratación estatal. Los contratos estatales son en principio regulados por el estatuto contractual -Ley 80 de 1993-, esta última en su artículo 32, los ha definido como todo acto jurídico generador de obligaciones, que a su vez están consagrados en el derecho privado, en normas especiales o los que puedan surgir de la autonomía de la voluntad de las partes, entre esas fuentes también se encuentra la misma ley que los define.

Las entidades estatales según su misionalidad deben satisfacer necesidades a través de la suscripción de contratos y convenios, en ambas categorías existe un acuerdo de voluntades, con la diferencia que en la primera, lleva implícita una contraprestación, contrario a la segunda, donde las partes realizan aportes para sacar un objetivo común, no existe contraprestación.

El estatuto contractual ha dotado a las entidades públicas de un poder excepcional para evitar la paralización o la afectación grave de los servicios prestados por el Estado y así

garantizar una inmediata, continua y adecuada prestación de los mismos.

Las cláusulas excepcionales fueron creadas para que la administración ejerciera su poder exorbitante frente a los particulares que coadyuvan al cumplimiento de los fines del Estado. Esas potestades de interpretación unilateral del contrato, modificación unilateral del contrato, terminación del contrato, reversión, multas, declaratoria de incumplimiento y cláusula penal, la misma Ley 80 de 1993 ha señalado que no podrán ser aplicadas en algunas tipologías de contrato dentro de los que se encuentra el Contrato Interadministrativo.

Ahora bien, de acuerdo con lo planteado por Dávila, L. (2016) donde manifiesta lo siguiente: *“En contratación estatal tales potestades, se justifican por la preeminencia y protección del interés público que los caracteriza”*.

En un contrato interadministrativo suscrito bajo la modalidad de contratación directa, no se incluyen garantías que amparen el cumplimiento del objeto contratado y una de las entidades incumple con sus obligaciones, y además generan traumatismo para la implementación de medidas que conlleven al cumplimiento de las obligaciones, vemos que, para estos casos, la entidad que cumple se enfrenta a un problema de grandes

magnitudes, que pueden derivar en consecuencias de tipo disciplinario y fiscal. Así las cosas, vale la pena preguntarse, si en circunstancias como esas cabe la posibilidad de hacer uso de los poderes excepcionales que tienen las entidades estatales para dar cumplimiento a sus fines, a la luz de la preeminencia y protección del interés público; lógicamente, esas facultades tendrán que ser reguladas de una manera diferente, ya que no se podría pretender inhabilitar a una entidad pública para contratar, pero si se podría establecer mecanismos de soluciones reales para ese tipo de situaciones y así le permitiría a las entidades que cumplen pero que se encuentran atadas por no poder hacer uno de ese poder especial que le ha dotado la ley.

Con el presente artículo pretendemos plantear una tesis donde exista la posibilidad de aplicar unas cláusulas excepcionales con efectos excepcionales para los contratos interadministrativos.

2. Problema socio jurídico

La prohibición legal de incluir cláusulas excepcionales en los contratos o convenios interadministrativos, no prevé algunos casos en que se pueda ver afectado el interés público, siendo este el fundamento de esos poderes

especiales que tienen las entidades del Estado.

3. Hipótesis

La ley 80 de 1993, prohíbe taxativamente la inclusión de cláusulas excepcionales en los contratos interadministrativos. Es necesario determinar, a la luz de la hermenéutica jurídica en qué contexto podrían ser aplicables dichas figuras en el marco de los convenios y contratos interadministrativos.

4. Objetivo

Determinar, a la luz de la hermenéutica jurídica en qué contexto podrían ser aplicables las cláusulas excepcionales en el marco de los convenios y contratos interadministrativos.

Desarrollo

5. Interés general o interés público en la contratación estatal

La principal razón de existencia de las cláusulas excepcionales en los contratos estatales, es precisamente proteger el interés general o interés público, como es conocido por algunos autores. En esta ocasión veremos

algunas definiciones del concepto Interés Público o Interés General para entender la importación de esta institución jurídica.

Para muchos autores es fundamental empezar a desarrollar el concepto de manera desglosada para llegar a una conclusión.

Escola (1989) concluye que el vocablo “interés” proviene de la voz latina *interest*, cuyo sentido literal es “*estar entre*” y que con el paso del tiempo llegó a significar algo así como “*lo que importa*” o “*lo que es importante*”.

Por otro lado, Escola, mediante una publicación en la revista de Derecho Público N 10, Ed. FCU, Montevideo. 1997, P. 249 y 250, continúa definiendo el término de interés público como “*el resultado de un conjunto de interés compartidos y coincidentes de un grupo mayoritario de individuos, que se asigna a toda la comunidad como consecuencia de esa mayoría, y que encuentra su origen en el querer axiológico de esos individuos, apareciendo con un contenido concreto y determinable, actual, eventual o potencial, personal y directo respecto de ellos, que pueden reconocer en él su propio querer y su propia valoración, prevaleciendo sobre los intereses individuales que se le opongan o afecten a los que desplaza o sustituye, sin aniquilarlos*”.

Así mismo, Cerri (1973), planteó que el interés público en cierto sentido, encierra un juicio de valor, aunque éste no estará dado a nuestro entender por los intereses de la clase dominante, sino por el sentir mayoritario y homogéneo de la población que expresa sus convicciones al concertar un texto constitucional.

Siguiendo con las diversas definiciones del concepto interés público o general, Prat (1977), sustenta que la “*precisión del interés general se revela imposible por ser un concepto de contenido contingente, variable según las épocas, las técnicas y las formas sociales*”.

En cuanto a la función del concepto de interés público o interés general, Stephen Bailey (1986), aduce que, en un Estado de derecho, la sola apelación a la autoridad no justifica la limitación de las libertades individuales: se requiere para ello la existencia de motivos razonables socialmente reconocidos, que la expresión interés público recoge, precisamente por cumplir esa función limitadora, el concepto tiene que ser objeto de análisis detenido.

Roland Pennok (1967), manifestó que, ciertamente, el derecho sufriría una gran mengua si se viese desposeído del término interés público, pues si esto sucediera, se plantea la siguiente pregunta ¿cómo se justificaría a un

particular el sacrificio que debe hacer por la convivencia social? A lo que responde que esta es precisamente la función del concepto del interés público en el derecho.

Algunos autores plantean que el concepto de interés público o general goza de unos inconvenientes, ya que a través del mismo se justifican incluso, exabruptos jurídicos, frente al tema, Rodríguez G. Cesar Augusto (1994) a propósito de los “conceptos jurídicos indeterminados”, hace una rica exposición de lo que a su juicio y el de otros autores han señalado como inconvenientes en dicho concepto, esbozando que a pesar de la función que desempeña el término de interés público, el uso indiscriminado que de él se ha hecho, plantea cuatro confusiones importantes; señalando que en primer lugar, se ha utilizado a la vez en sentido descriptivo y normativo, queriendo decir con esto, que cuando se dice que una decisión se toma en favor del interés público, se está pensando simultáneamente en la satisfacción de los deseos de un grupo mayoritario y en el cumplimiento de ciertas metas sociales ideales, como la paz o la seguridad; plantea que la confusión radica en que el concepto puede ser manipulado y utilizado de manera intercambiable, significando algunas veces el querer del público y otras veces el de los funcionarios

encargados de establecer las metas sociales.

Esta posición Rodríguez G, tiene mucho asidero en la práctica política y jurídica, ya que el constituyente primario no alcanza a dimensionar cual es la verdadera intención de la implementación de una política a la luz del interés público o general, incluso desdibujando el significado mismo del concepto.

Continúa diciendo Rodríguez G, en el citado artículo, que como segunda confusión del concepto, aduce que se ha apelado a éste para simplificar exageradamente los problemas jurídicos, en este punto menciona que un examen realizado a la Sentencia T-184 de 1993 de la Honorable Corte Constitucional, se muestra que la noción de interés público ha resuelto cuestiones con una mayor complejidad donde, se ha necesitado quizás un análisis más detallado y cuya solución adecuada se encontraba en criterios más sutiles que la simple invocación del concepto; así mismo plantea que los puntos de disputa en la discusión democrática rara vez son simples y puros.

Como tercera confusión del concepto, plantea Rodríguez que el mismo tiene su origen en un error semántico, ya que se ha hablado de acciones y normas que buscan el interés público, como si éste fuera un objeto por

alcanzar, expresa que el mismo no es una meta sino un instrumento para alcanzar ciertas metas socialmente deseables; “porque las metas pueden alcanzarse; pero no podemos hablar de “alcanzar el interés público”. Los intereses ya sean públicos o privados, continúa diciendo el autor, no son el tipo de cosas que pueden ser alcanzarse, únicamente pueden ser protegidos.

Frank Sourauf (1967, citado por Rodríguez G 1994), plantea que la distinción hecha al concepto es fundamental, pues implica que cualquier persona que intente justificar una decisión con base en el interés público, deberá estar en capacidad de explicar el objetivo que quiere alcanzar a través de la apelación al concepto y agrega que la simple alusión al interés público no es suficiente, que requiere estar justificada sólo si se hace para buscar algún cometido socialmente valioso, como el mantenimiento del proceso democrático o la prosperidad económica.

208

Rodríguez G, dice que el cuarto inconveniente surge de la aplicación descontextualizada del término, para explicar este cuarto inconveniente, Escola señaló que esas definiciones incondicionales caen en el error de toda definición esencialista, al pretender que las palabras son convenciones cambiantes, y que la tarea de

definir debe partir del estudio del uso común de los términos en un contexto determinado.

Considera Escola (1989), que el interés público es el interés de individuos concretos que pueden constituir el público en un lugar y un momento determinados y no el interés que encaja en los parámetros de alguna prescripción con pretensiones universales; señala que es por esa razón que, la concepción del interés público varía entre las distintas clases de sociedades y en una misma sociedad a través del tiempo, como por ejemplo el interés que hoy se muestra en la protección del medio ambiente, no constituía preocupación pública hace un par de siglos.

Lo anterior significa que, así mismo, como se ha usado el concepto de interés público o interés general para preservar instituciones jurídicas, algunos teóricos han planteado la utilización indeliberada en la redacción y aplicación de las normas jurídicas a la luz del interés público y esto ha traído resultados contrarios al mismo ordenamiento jurídico.

Ahora bien, si las dos formas que tiene el Estado para materializar sus fines son a través de la prestación del servicio y la contratación estatal, el interés público o interés general se convierte en el bien jurídico a proteger

por parte del Estado en cualquiera de los negocios jurídicos que decida celebrar ¿por qué no es aplicable en los negocios jurídicos celebrados entre entidades públicas?

Como se puede observar anteriormente, la aplicabilidad del concepto de interés público o general se recoge en algunas decisiones o explicaciones jurídicas en determinados episodios, pero así mismo es soslayado en algunos negocios jurídicos celebrados por la administración, como es el ejemplo de los contratos o convenios interadministrativos, ya que uno de los mecanismos utilizado por el legislador para proteger el denominado interés general o público, son las cláusulas excepcionales, las mismas no podrán ser aplicadas en los mencionados contratos.

6. Naturaleza y definición de las cláusulas excepcionales

Las cláusulas excepcionales son la manifestación del poder exorbitante con que cuenta la administración para tomar la dirección y control de los negocios jurídicos celebrados por la administración. La doctrina nacional e internacional, ha manifestado que la razón de ser de la implementación de dichas cláusulas, encuentran fundamento bien sea en el legislador o en el interés general o interés público del

que hablamos anteriormente, de allí se deriva una discusión que termina en concepciones divididas.

Renato Alessi (1970, 181), manifestó que las Cláusulas Excepcionales son prerrogativas públicas que le otorgan al Estado un beneficio y trato favorable en sus distintos ámbitos de acción, derivada de la premisa de que la administración, normalmente, se presenta como titular de un poder soberano frente a los particulares.

Así mismo, Durán Martínez (1988), señaló que la idea de prerrogativas exorbitantes se basa en una idea errónea identificación derecho civil-derecho común: el régimen jurídico será distinto, sí, pero no puede afirmarse que uno de los sistemas (público o privado) sea el común respecto del otro; pero fundamentalmente el concepto falla por cuanto en realidad, lejos de constituir un régimen exorbitante, el de los contratos administrativos se presenta como un régimen de equilibrio y colaboración, en el que si bien las partes perseguirán fines diversos, ellos no serán opuestos, porque el fin privado coadyuva con el público.

Por otro lado, Georges Vedel (1980), da un concepto respecto de la naturaleza de las cláusulas, manifestando que son estipulaciones cuyo objeto es conferir a las partes derechos u

obligaciones ajenos por su naturaleza a aquellos que son susceptibles de ser libremente consentidos por una persona en el marco de las leyes civiles o comerciales.

Distinto a lo que plantea Georges Vedel, en cuanto a que las cláusulas excepcionales no son ilícitas en los contratos de derecho privado, en tanto que José Roberto Dromi (2003), definió las cláusulas exorbitantes como cláusulas derogatorias del derecho común, inadmisibles en los contratos privados, porque rompen el principio esencial de la igualdad de los contratantes y de la libertad contractual que prima en la contratación civil. Continúa Dromi diciendo que son cláusulas inusuales en el derecho privado, o que, incluidas en un contrato de derecho común resultarían ilícitas, por exceder el ámbito de la libertad contractual y contrariar en el orden público.

Palacio Hincapié (2014), manifiesta que las cláusulas exorbitantes no derivan su fuerza vinculante del contrato, ellas existen fuera de él, pues se derivan del mismo ordenamiento jurídico, siendo la norma superior, la ley, la que le da esa supremacía que ostenta la Administración y le otorga poderes que le permiten actuar en protección del interés general y le señala las pautas para su ejercicio,

por eso hay que hablar de poderes exorbitante.

Como se puede observar, existen posiciones encontradas frente al fundamento de las cláusulas excepcionales, por un lado, algunos autores manifiestan que encuentran fundamento en el interés general y por otro lado, manifiestan que la razón de ser es la ley, quien ha dotado a la administración para defender el interés general. En ese sentido, hay que analizar varios aspectos, en principio, la autonomía de la voluntad es la generadora del negocio jurídico, las partes manifiestan su voluntad de celebrar un contrato con un objeto y unas condiciones definidas que se podría ver vulnerada con esas potestades especiales que tiene la administración, ya que en determinado momento se podría quebrantar el principio de igualdad por preservar el interés general o interés público.

Así las cosas, es evidente que se le da una mayor relevancia al interés general en los negocios celebrados entre la administración y el particular.

Ahora bien, indistintamente de las calidades de las partes que intervienen en el negocio jurídico celebrado por una entidad pública, el legislador no prevé estas cláusulas en los negocios jurídicos celebrados entre entidades públicas, cierta decisión es importante

desde el punto de vista de las consecuencias de ser aplicadas dichas cláusulas, pero se podría plantear que en dichos negocios se encuentra desprotegido el interés general.

El Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, mediante. Sentencia del 1 de diciembre de 2008 (C.P. Enrique Gil Botero, Exp.35827), ha señalado que, en lo relacionado con las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, el numeral 2 del mencionado artículo 14 regula su ejercicio en atención al tipo de contrato de que se trate.

En este orden de ideas, el legislador exigió su imposición en aquellos contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión.

De igual forma, la normativa facultó a la administración para aceptar dichas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios. Así mismo, la norma establece que las entidades podrán prescindir de la utilización de estipulaciones excepcionales en los contratos que se celebren con personas públicas internacionales o de cooperación,

ayuda o asistencia y en los contratos interadministrativos, de empréstito, de donación, de arrendamiento y de aquellos que tengan por objeto actividades comerciales, industriales, científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguro tomados por las entidades estatales.

7. Contexto jurídico de los convenios y contratos interadministrativos

Aproximación de una definición de contrato y convenio

La Doctrina ha coincidido que tanto el contrato como el convenio son acuerdos de voluntades, en ambas figuras se configura un negocio jurídico, es así como Ospina Fernández, (2016), define el negocio jurídico como la manifestación de voluntad directa y reflexivamente encaminada a producir efectos jurídicos, señalando dos elementos esenciales del negocio jurídico, esto es, la manifestación de la voluntad de uno o más sujetos de derecho y por otro lado el objeto jurídico a que dicha manifestación de voluntad se endereza.

En ese mismo texto, Ospina Fernández, explica la diferencia existente entre el acto jurídico y el acto humano, aduce diferencias fundamentales que

se manifiestan principalmente tres aspectos principales; 1. En cuanto a la naturaleza de los agentes, ya que en el acto jurídico lo es sujeto de derecho y en el acto humano lo es el hombre. 2. En cuanto a los criterios y forma de apreciación del proceso de desarrollo del acto mismo. 3. En cuanto a la habilidad o capacidad de obrar de dichos agentes en uno y otro campo.

Ahora bien, las finalidades de las dos figuras van por caminos diferentes, teniendo en cuenta que el contrato lleva de suyo una contraprestación mientras que en el convenio se aúnan esfuerzos para lograr un objetivo común a las partes que intervienen.

Cuando hablamos de contrato, el Código Civil Colombiano en su artículo 1495 trae una definición; “Contrato o convenio es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas”, podemos denotar que no hace una diferencia el Código Civil Colombiano entre contrato y convenio.

El Código Civil francés en su artículo 1101 brinda una definición de contrato en los siguientes términos; “El contrato es una convención por la cual una o más personas se obligan, hacia otra o varias más, a hacer o a no hacer alguna cosa”, en esta definición

se puede observar al contrato como una especie de convenio.

El Código Civil Argentino, en su artículo 1137 tiene una definición del contrato y señala lo siguiente; “Hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos”. Por otro lado, en el mismo código en su artículo 1197 utiliza el término de convenio como parte del contrato, así; “*Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma*”.

Álvaro Tafur González, en los comentarios realizados al Código Civil Colombiano del año 2011, especialmente al artículo 1495, frente a la definición del contrato señala lo siguiente:

En el lenguaje corriente se emplean como sinónimos de contrato otros dos términos: acto jurídico y convención; pero, en el lenguaje del Derecho, cada una de esas palabras posee, o debería poseer, un sentido técnico preciso.

1. El acto jurídico es toda manifestación de voluntad que tenga por fin producir un efecto jurídico, modificar una situación jurídica. Esa manifestación de voluntad es unas veces unilateral (por ejemplo, el testamento): existe entonces

un acto unilateral; otras veces consiste en un acuerdo: entonces hay convención.

2. La convención es, pues, una categoría particular de actos jurídicos. Aubry y Rau la definieron como “un acuerdo de dos o más voluntades sobre un objeto de interés jurídico”; es decir, un acuerdo que tenga por objeto modificar una situación jurídica: crear, extinguir o modificar un derecho.
3. El contrato es una convención generadora de derecho. El contrato es, por consiguiente, una especie particular de convención. La compraventa es un contrato, porque crea un derecho para el comprador y vendedor. La remisión de una deuda, acto por el cual un acreedor dispensa del cumplimiento a su deudor, es una convención.

En el código de comercio de Colombia, encontramos en su artículo 864 una definición de lo que es el contrato, señalando lo siguiente; “es un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ella una relación jurídica patrimonial”.

Podemos observar que el común denominador de las normas citadas en renglones anteriores, no hacen una diferencia entre el contrato y convenio, la aproximación que hubo

hasta entonces para diferenciar los conceptos la hizo Álvaro Tafur González.

Ahora bien, Jaime Alberto Arrubla Paucar (2003), estableció cinco diferencias entre el convenio (negocio jurídico de colaboración) y el contrato (negocio jurídico de contraprestación), así:

- a) En el negocio jurídico de contraprestación los intereses de las partes son distintos y opuestos, las partes están una frente a la otra, como por ejemplo, en la venta, donde el interés de una de las partes es adquirir la cosa al menor precio posible, y el de la otra entregarla en el mayor que pueda.

En el negocio jurídico de colaboración se concilian esos intereses, en ese tipo de actos las partes persiguen iguales intereses y juntas colaboran en su realización; las partes están una al lado de la otra, como sucede en la constitución de una sociedad y en las juntas generales de socios.

(...)

- b) En los contratos de contraprestación solamente existen dos partes, es decir, dos voluntades que efectúan las declaraciones o manifestaciones de la voluntad.

Precisa el legislador civil que cada parte puede estar compuesta de una o varias personas.

En los negocios jurídicos de colaboración, pueden intervenir más de dos partes, todas las que se quiera si el negocio lo admite, como en las sociedades anónimas.

- c) En el negocio jurídico de contraprestación, las obligaciones que resultan como efecto propio del contrato para ambas partes, son interdependientes, se soportan mutuamente. Según la teoría clásica, el objeto de la obligación de una de las partes, es causa de la obligación de la otra parte.

En el negocio jurídico de colaboración las obligaciones de las partes tienen una existencia autónoma y no se soportan mutuamente.

- d) Como consecuencia de la característica antes señalada, la nulidad que afecta a una de las partes en el negocio jurídico de contraprestación, destruye generalmente el negocio, lo afecta y le acarrea una sanción. La compraventa no puede existir si el comprador es incapaz.

En cambio, en el negocio jurídico de colaboración, por no presentarse esa interdependencia entre las obligacio-

nes de los contratantes, la nulidad que afecta a una de las partes no tiene necesariamente y como norma general que destruir el negocio; por el contrario, el negocio podrá continuar excluyendo a esa parte exclusivamente. Con esta nueva concepción se establece una sanción diferente a este tipo de actos jurídicos, que es la nulidad respecto a una de las partes, la cual no acarrea la nulidad de todo el negocio jurídico.

- e) En este mismo orden de ideas el incumplimiento de uno de los contratantes en el negocio jurídico de contraprestación, da lugar para que el otro contratante solicite la resolución o el incumplimiento a su elección.

No ocurre lo mismo en el negocio jurídico de colaboración, en el cual, el incumplimiento de uno de los contratantes no da la posibilidad de pedir resolución a los demás, a no ser que el negocio se haya celebrado en consideración a ese contratante o que sin él no sea posible alcanzar el fin propuesto.

Expresamos total simpatía con la definición y diferenciación de Arrubla, en cuanto a las finalidades perseguidas tanto por el contrato como el convenio. Para el caso que nos ocupa, lo miraremos desde la perspectiva de lo público.

Evolución normativa de los contratos y convenios interadministrativos

La norma no hace una diferencia específica sobre lo que es un contrato interadministrativo y un convenio interadministrativo, esta tarea le ha asumido la Doctrina jurídica y las diversas jurisprudencias que al respecto han podido emitir las Altas Cortes.

Sin embargo, existe una definición general y creo que en ese sentido se encuentran diversos autores, tiene que ver con que todo convenio o contrato interadministrativo son negocios jurídicos de la administración, es decir, son contratos o convenios administrativos, porque siempre surge de la voluntad de crear derecho por parte de una entidad del estado.

Así las cosas, el Decreto –Ley 222 de 1983 regulaba de manera particular los acuerdos de voluntades entre entidades públicas, aunque sin hacer la distinción entre contrato o convenio interadministrativo, se aplicaba el mismo régimen para las dos modalidades.

Con la llegada de la Constitución Política de 1991 todo el ordenamien-

to jurídico existente en Colombia tomó un giro conforme a la política económica que se había definido para el país, fue así como toda la normatividad en materia de salud, pensión, derechos fundamentales y otros aspectos de la sociedad fueron regulados con base en la liberalización de la economía colombiana, lo que no podía ser la excepción los negocios jurídicos celebrados por la administración.

Consecuencia de lo anterior, nace el Estatuto Contractual Ley 80 de 1993 que así mismo fue reformada por la Ley 1150 de 2007, ley que contemplo los contratos interadministrativos en su artículo 2, numeral 4, literal C. Norma que fue modificada por la Ley 1474 de 2011 artículo 92. En dicha norma se establece el régimen sobre el cual se debe orientar la celebración de contratos y convenios interadministrativos.

Se puede observar que en ninguna de las normas antes citada se establece la diferencia entre convenios y contratos interadministrativo, no hace una diferencia la norma y, por el contrario, le da el mismo tratamiento, aun cuando conceptualmente no es lo mismo, en la primera existe contraprestación y en la segunda un propósito en común.

8. Diferencias entre el convenio interadministrativo y contrato interadministrativo

Tanto el contrato interadministrativo como el convenio interadministrativo se encuadran dentro de lo que se puede definir como negocios jurídicos de la administración, entonces, los negocios jurídicos de la administración se clasifican en contratos administrativos, convenios administrativos, contratos interadministrativos y convenios interadministrativos. Ahora bien, sólo nos interesa por ahora el estudio de los negocios jurídicos celebrados entre entidades del Estado, es decir, convenios interadministrativos y contratos interadministrativos.

Juan Ángel Palacio Hincapié (2014), hizo una diferencia entre el convenio y el contrato interadministrativo, señalando que en el desarrollo de las actividades administrativas es necesario, en muchas ocasiones, que ellas se desarrollen con la colaboración de las entidades, ya sea por la mayor experiencia de una de ellas o por la facilidad para realizarla de otras.

En el mismo texto acerca de los contratos interadministrativos, Palacio Hincapié señala que “Los contratos interadministrativos se pueden cele-

brar por contratación directa siempre que las obligaciones derivadas de los mismo tengan relación directa con el objeto de la Entidad ejecutora”, de forma complementaria continúa diciendo: “*El contrato interadministrativo es un contrato de colaboración entre entidades públicas y él sólo puede realizarse cuando las entidades públicas son capaces de ejecutar el contrato interadministrativo por sí mismas, sin acudir a la subcontratación*”.

Frente a esta última definición, debo expresar mi desacuerdo partiendo que no consideramos que el contrato interadministrativo sea un contrato de colaboración, en razón a que en el trasfondo del contrato interadministrativo existe realmente una contraprestación entre entidades públicas.

Augusto Ramón Chávez Marín (2012), realiza una aproximación conceptual y distinción entre el contrato y convenio interadministrativo y señala que

Para identificar conceptualmente la figura del convenio interadministrativo se propone una definición conforme a la cual este es el vínculo jurídico establecido mediante un acuerdo de voluntades celebrado entre dos o más personas jurídicas públicas con el objeto de coordinar, cooperar en la realización de funciones administrativas de interés común a los sujetos contratantes.

En ese mismo sentido, continúa el autor explicando aspectos del convenio y contrato interadministrativo, así;

... el convenio interadministrativo constituye una manifestación de la voluntad de la administración o del Estado, que se asemeja a un acto complejo, de complejidad externa, en cuanto se presenta un nivel de igualdad entre las voluntades que paralelamente concurren al acuerdo, fundado en el hecho de que todas son titulares de los servicios o funciones correspondientes; no como ocurre en el contrato administrativo o en el contrato interadministrativo, en los que uno solo de los sujetos contratantes busca la satisfacción de intereses específicos propios de las funciones y servicios administrativos del Estado. Pero esa semejanza entre el convenio interadministrativo y el acto complejo no es identidad, ni siquiera es pertenencia a una misma categoría jurídica, pues, aunque semejantes en lo indicado, continúan siendo figuras diferentes.

Por otro lado, Jorge Enrique Santos Rodríguez (2008), hizo referencia a la definición del convenio interadministrativo y el contrato interadministrativo en los siguientes términos:

... el convenio interadministrativo es el negocio jurídico en el cual están presentes dos entidades públicas en desarrollo de relaciones interad-

ministrativas cuyo objeto es coordinar, cooperar, colaborar o distribuir competencias en la realización de funciones administrativas de interés común a los sujetos negociales.

(...)

El contrato interadministrativo, por su parte, es también celebrado entre dos entidades públicas con capacidad de tener relaciones interadministrativas, con la particularidad de que el contrato es negocio jurídico generador de obligaciones al cual acuden las partes con diversidad de intereses”.

De lo anterior, podemos decir que se ajusta a la realidad de las figuras estudiadas, se hace una definición aterrizada y puntual, haciendo énfasis en que definitivamente el contrato interadministrativo y el convenio interadministrativo tienen finalidades distintas, aunque la norma no haga la diferencia.

9. Aplicabilidad de las cláusulas excepcionales en los contratos y convenios interadministrativos

Debemos empezar por definir que son las cláusulas excepcionales o exorbitantes, para poder entender la aplicación de las mismas en los convenios y contratos interadministrativos.

Las cláusulas excepcionales, según Néstor David Osorio Moreno (2013) “son prerrogativas que ostenta la administración pública, dentro de la relación jurídica contractual, y que conllevan a privilegiar a uno de los sujetos de la relación negocial, bajo criterios de interés público o por decisión del legislador”.

Bermejo Vera José (año), señala que las cláusulas excepcionales “han sido concebidas como poderes derivados de la exorbitancia reconocida a la administración pública, en el ejercicio de su función administrativa, con el fin de salvaguardar el interés público o garantizar el cumplimiento de las finalidades del Estado”.

Así las cosas, cuando la norma se refiere a las cláusulas excepcionales, se está frente a las siguientes figuras; terminación, interpretación y modificación unilateral así como la caducidad de algunos contratos, complementando, la Ley 80 de 1993 en su artículo 14 numeral 2 estableció que dichas cláusulas debían ser obligatorias en los contratos que tuvieran por objeto, la prestación de servicios públicos, la ejecución de obras públicas, el monopolio de actividades estatales y la explotación de concesión de bienes del Estado.

En ese sentido, Jorge Enrique Santos Rodríguez (2008) plantea que en los

eventos en que un contrato interadministrativo tuviere por objeto los arriba mencionados, deben incluirse las cláusulas excepcionales, no obstante, a que el parágrafo del artículo 14 de la Ley 80 de 1993 señala que se deberá prescindir de dichas cláusulas en los contratos interadministrativos.

Continúa diciendo Néstor David Osorio Moreno, que la aparición de la institución de las cláusulas excepcionales al Derecho común, en el mandato contenido en la Ley 80 de 1993, obedece a una imposición del legislador, a favor de la administración pública y que genera una posición jurídica especial en el negocio jurídico público, del Estado frente al sujeto co-contratante, que en nada interviene en la discusión y construcción de la supuesta *cláusula*, como debería ocurrir, en aplicación del principio de la autonomía de la voluntad.

El anterior análisis, es hecho bajo la perspectiva de la implementación de las cláusulas excepcionales en los contratos de la administración a la luz de la Ley 80 de 1993, no se refiere específicamente a los contratos interadministrativos, pero se hace interesante esa reflexión, teniendo en cuenta que pone en el debate conceptos como el interés público, cláusulas y autonomía de la voluntad en la configuración de los contratos de la administración.

Pero no solamente el legislador no hizo una distinción entre el convenio interadministrativo y el contrato interadministrativo en cuanto a la aplicación de las cláusulas excepcionales; el Honorable Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 3ª, (expediente 11001-03-26-00-2003-00028 01(25154), C.P. María Elena Giraldo Gómez), asume la misma postura, así:

En el ordenamiento legal aparece una restricción en los contratos interadministrativos para la utilización de poderes excepcionales y con estos el de liquidar unilateralmente el contrato porque tanto el contratante como el contratista son sujetos públicos, relación horizontal de la Administración Estado que impide, de naturaleza, la imposición de decisiones unilaterales en el mundo de los negocios jurídicos a la contraparte que también es Estado. Y ello lo comprende así el Consejo de Estado por la integración armónica que se da entre los artículos 14, 60 y 61 de la Ley 80 de 1993 (...)

... la facultad del Estado para liquidar unilateralmente el contrato aparece frente al contratista particular marcada por los fines institucionales que debe cumplir (...)

Tal facultad administrativa se atribuyó al administrador de lo público y únicamente frente a su colabora-

dor 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 estas, en mundo comercial...

Entonces, el alto tribunal le da un tratamiento horizontal tanto al convenio como al contrato interadministrativo en cuanto a la aplicación de las cláusulas excepcionales.

En cuanto al análisis de la norma que prohíbe la aplicación de cláusulas excepcionales en contratos interadministrativos, continúa diciendo Santos Rodríguez:

... el objeto del contrato así como la intención común o dispar que motivó su celebración pueden llevar a una matización de la lectura de tal norma en el sentido de que sólo se excluyen las cláusulas excepcionales en los convenios interadministrativos y no en los contratos puesto que, como lo señala Bercaitz, en los contratos administrativos la subordinación no se produce entre personas sino entre el fin que motiva a cada persona a celebrar el contrato, de tal manera que si son dispares, el fin de lucro se encuentra subordinado al interés general que se piensa satisfacer con la celebración del contrato.

Lo anterior tiene sentido en la medida en que, como lo expresamos antes, la exclusión de las cláusulas excepcionales o de los poderes exorbitantes en los contratos y convenios interadministrativos obedece precisamente al hecho de que las partes, y con ello sus intereses, se encuentran en pie de igualdad, de tal manera que si se verifica la existencia de desigualdad entre los fines e intereses inmediatos de las dos administraciones públicas, es evidente que no deberá prescindirse de las cláusulas excepcionales, sino permitir su aplicación a la administración que encarna más directamente el interés general”.

La anterior posición es un avance significativo en cuanto a la aplicación de las cláusulas excepcionales, aunque a nuestro parecer Santos Rodríguez, se queda corto y limita la facultad de poder ejercer dichas cláusulas solo en los contratos interadministrativos so pretexto de que el interés particular se encuentra sometido al interés general, a pesar de que en todos los negocios jurídicos celebrados por la administración pública lleva implícito el interés general o público, luego entonces, a nuestro parecer compartimos la posición del Doctor Santos, pero creemos que debe ser extensiva dicha facultad y de forma especial tanto a los convenios como los contratos interadministrativos.

No obstante lo anterior, Santos Rodríguez, en su artículo ya citado, concluye el tema de la aplicación de las cláusulas excepcionales aduciendo lo siguiente:

...cuando la norma ordena que se debe prescindir de la utilización de las cláusulas excepcionales, ello implica la prohibición de utilización de cualquier otra clase de poderes unilaterales, como es el caso de la liquidación unilateral. Al respecto, consideramos que en la medida en que se trata de una prohibición, el parágrafo del artículo 14 de la Ley 80 de 1993 debe ser interpretado en sentido restrictivo, lo cual implica que sólo debe estar limitado a las situaciones reguladas en dicha norma.

Si bien estamos de acuerdo con lo anterior, creemos que incluso de las figuras que rodean los poderes exorbitantes de la administración en la contratación entre entidades públicas deben tener un tratamiento diferente, pero en deben ser tenidas en cuenta tanto en los convenios como con los contratos interadministrativos.

10. Conclusiones y propuestas

A lo largo del presente escrito se constató que la administración pública puede actuar a través de convenios

y contratos, estos a su vez dentro de la gama de los contratos administrativos, y tratándose de los convenios interadministrativos y los contratos interadministrativos, si bien son actos de la administración, su finalidad los diferencia.

Puede considerarse una coincidencia entre el convenio interadministrativo y el contrato interadministrativo, el llamado interés público o interés general, que no es otra cosa que lo que interesa a todos los que hacen parte de una nación. Así las cosas, toda actuación de la administración o Estado debe ir encaminada a salvaguardar dicho interés.

Tanto el contrato como el convenio interadministrativo, esto es, suscrito entre dos entidades públicas, siempre buscan materializar y hacer posible la implementación de los fines del Estado a la luz del interés público o interés general, por lo que puede darse como premisa media que el poder exorbitante de la administración debe estar presente incluso en los negocios jurídicos celebrados entre entidades del Estado, ya que en ellos también se busca satisfacer el interés público o interés general.

Ahora bien, no será posible que tal y como están concebidas las cláusulas excepcionales en la Ley 80 de 1993, sean aplicables a los contratos

y convenios interadministrativos, por lo que se hace necesario dar un alcance a la norma para que, en situaciones donde se vea en riesgo el interés público o interés general, en el marco de un convenio o un contrato interadministrativo, se apliquen dichas potestades por parte de la Entidad que lleve el mayor peso del interés general y así poder dirimir dicha dificultad.

Un ejemplo de lo anterior se da cuando dos entidades públicas deciden celebrar un convenio interadministrativo, con la particularidad que una de las entidades es del orden nacional y la otra territorial, y en el evento de que existiere un incumplimiento por una de las partes y así mismo pusiere talanqueras para dar por terminado de consuno entre las partes el convenio, la otra parte debería tener la potestad de dar por terminado unilateralmente el convenio y así mismo liquidarlo para poder preservar y proteger el interés general.

Ahora bien, lo que se propone es que en el marco de esas potestades excepcionales de la administración, el legislador debería estudiar la posibilidad de que no sólo sean aplicables en los convenios y contratos interadministrativos, sino que sus efectos no deben ser igual a los negocios jurídicos celebrados entre una entidad pública y un privado.

Lo anterior tiene lógica desde el punto de vista proteccionista, en el sentido de que el deber del Estado debe proteger el interés general o el interés público, pero así mismo una entidad pública no puede inhabilitar a otra o mucho menos podría sancionarla, porque están en igualdad de condiciones.

No obstante lo anotado, si bien, los efectos de la aplicación de cláusulas exorbitantes en los negocios jurídicos interadministrativos deben ser distintos, no pueden ser aplicadas todas las facultades, por ejemplo, la caducidad quedaría exenta, así como la interpretación unilateral, quedando sólo aplicable y con unos efectos especiales, la terminación unilateral, la liquidación unilateral y la modificación unilateral en eventos muy especiales, lo anterior a la luz de la defensa del interés público o interés general.

Bibliografía

222

Alessi, Renato (1970). *Instituciones de Derecho Administrativo*. Barcelona. Casa Editorial Bosch.

Arrubla Paucar Jaime Alberto (2003). *Contratos Mercantiles*. Bogotá D.C. Editorial Biblioteca Jurídica DIKE.

Bailey Stephen (1986). *El interés público: algunos dilemas funcionales que plantea*. México D.F., Editorial Roble.

Bercaitz Miguel Ángel (1980). *Teoría General de los Contratos Administrativos*. Ciudad. Depalma, 1980.

Bermejo Vera José (1997). *Derecho Administrativo Básico. Parte General*. Pamplona España. Editorial Civitas.

Cerri (1973). *Imparzialità ed indirizzo politico nella pubblica amministrazione*. Padova Italia. Ed. Cedam,

Chávez Marín Augusto Ramón (2012). *Los Convenios de la Administración*. Bogotá. Editorial Universidad Del Rosario.

Correa Palacio Ruth Estella, El ejercicio de los poderes del Estado en el Contrato Estatal, en De Vivero Arciniegas, Felipe (comp.), *Reforma al régimen de contratación estatal*, Universidad de los Andes. Bogotá 2010.

De Vivero Arciniegas Felipe (Comp.) (2010). *Reforma al Régimen de Contratación Estatal*. Bogotá D.C. Universidad de los Andes.

Dromi José Roberto (1987). *Manual de Derecho Administrativo*. Buenos Aires. Editorial Astrea.

Durán Martínez (1988). *Ejecución de los contratos administrativos*. Montevideo. Editorial FCU.

- Escola (1989). *El interés Público como fundamento del derecho administrativo*. Ciudad. Ed. Depalma.
- Escola (1997). *Algunos aspectos del instituto de declaración de inconstitucionalidad*. Montevideo *Revista de Derecho Público* N 10, Ed. FCU. 1997, pp. 249 y 250.
- Expósito Vélez Juan Carlos (2003). *La configuración del Contrato de la Administración Pública en Derecho Colombiano y Español, análisis de la selección de contratista*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia.
- Osorio Moreno Néstor David (2013). Las cláusulas excepcionales en la actividad contractual de la administración pública: ¿autonomía de la voluntad o imposición del legislador?, *Revista Digital de Derecho Administrativo* No. 10. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013.
- Ospina Fernández (2016). *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*. Bogotá D.C. Editorial Temis.
- Palacio Hincapié (2014). *La Contratación de las Entidades Estatales*. Medellín. Editorial Librería Jurídica.
- Pennock, J. Roland. (1967). "El individuo y las mayorías: una nota sobre el concepto". En: Friedrich, Carl J. (1967).
- Prat (1977). *Derecho Administrativo*, tomo I, Montevideo. Ed. Acali.
- Rodríguez G. Cesar Augusto (1994) ¿Qué es el interés público? A propósito de los "Conceptos jurídicos indeterminados". *Revista de Derecho Público*, N°5. Bogotá D.C.
- Santiago Rodríguez José María (1997). *Los Convenios entre Administraciones Públicas*. Marcial Pons.
- Santofimio Gamboa Jaime Orlando (1994). *Acto Administrativo*. Santafé de Bogotá. Universidad Externado de Colombia.
- Santos Rodríguez Jorge Enrique (2008). *Consideraciones sobre contratos y convenios interadministrativos*. Revista digital de Derecho Administrativo, N°1, 2009. Bogotá D.C.
- Tafur González Álvaro. *Comentarios al Código Civil Colombiano del año 2011*. Bogotá D.C. LEYER.
- Vedel Georges, 1980. *Derecho Administrativo*. Madrid. Editorial Aguilar.

Normatividad

Colombia

Constitución Política de 1991.

Código de Comercio de Colombia.

Ley 80 de 1993.

Ley 1150 de 2007.

Ley 1474 de 2011.

Decreto –Ley 222 de 1983.

Otros países

Código Civil argentino.

Código Civil francés.

Decisiones judiciales.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Ter-

cera. Sentencia del 1 de diciembre de 2008. C.P. Enrique Gil Botero. (Exp.35827).

Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 3ª, expediente 11001-03-26-00-2003-00028 01 (25154), C.P. María Elena Giraldo Gómez.