

CONTRATOS ESTATALES – Naturaleza – Finalidad – Aplicación – Ley 80 de 1993–
CONVENIOS ESTATALES – Ley 29 de 1990 – Definición –
Decreto Ley 393 de 1991 – Derecho Privado – Actividades Científicas y
Tecnológicas, Proyectos de Investigación y Creación de Tecnologías

Para la decisión de esta instancia, se impone a la Sala recordar que la actividad contractual del Estado se desarrolla principalmente a través de dos tipos de negocios jurídicos: los contratos y los convenios, y aunque el EGCAP no establece una distinción entre estas figuras, la jurisprudencia y la doctrina se han encargado de perfilarlos. La noción de *contrato estatal* está referida a los acuerdos de voluntades en que convergen intereses contrapuestos entre la administración y el contratista, pues se trata de un relacionamiento jurídico con fines diversos asociados al beneficio que el contrato reporta a cada una de las partes.

Así, mientras que para la administración lo esencial es la materialización de los cometidos públicos a su cargo, para el contratista lo es la contraprestación que obtiene por el cumplimiento de sus obligaciones (más allá de que el derrotero final sea la satisfacción del interés general). Estos contratos, por regla de principio, están sujetos al régimen general de contratación pública, sin perjuicio de que en ciertas hipótesis pueden estar sometidos a regímenes especiales, o al derecho privado cuando lo establezca la ley.

En el caso de los convenios, su razón de ser se explica en la promoción de objetivos mancomunados entre sus contrayentes para la realización conjunta de las actividades o competencias asignadas, sin que medie una contrapartida a favor de alguno de ellos dada la estirpe colaborativa que representa esta unión. Por sus características, el legislador les atribuye reglas específicas relacionadas con su régimen, dando especial relevancia al ejercicio de la autonomía de la voluntad. Tratándose de convenios de ciencia y tecnología dispuso la aplicación de un régimen especial que tiene como marco de actuación al derecho privado, como se pasa a ver.

La Ley 29 de 1990 fijó como deber del Estado promover y orientar el adelanto científico y tecnológico nacional, estableciendo mecanismos de relación entre sus actividades y las de otros partícipes en estas áreas del conocimiento, como las universidades (art.1).

A través del Decreto Ley 393 de 1991, "*Por el cual se dictan normas sobre asociación para actividades científicas y tecnológicas, proyectos de investigación y creación de tecnologías*", se definió como una de las modalidades de asociación a los *convenios especiales de cooperación* con particulares, y puntualizó que "[e]stos convenios se regirán por las normas del Derecho Privado".

Con la expedición del Decreto Ley 591 de 1991 fueron reguladas las modalidades especiales de contratación para el fomento de actividades científicas y tecnológicas, norma que fue derogada expresamente por el art. 81 de la Ley 80

de 1993, pero dejó a salvo los artículos 2, 8, 9, 17 y 19, preservando la vigencia de estas últimas disposiciones junto con las del Decreto Ley 393 de 1991, como fue precisado por la Corte Constitucional en sentencia C-316 del 13 de julio de 1995.

DERECHO PRIVADO – Naturaleza del Convenio – Autonomía de la Voluntad – Acuerdo de facultades unilaterales – Actos contractuales no administrativos

De manera que esta clase de convenios, celebrados con particulares o con otras entidades públicas para el fomento o desarrollo de actividades científicas y tecnológicas, se encuentran regidos por las normas especiales dispuestas por el legislador para la consecución de los fines que lo justifican, a los que expresamente se asignó la aplicación del derecho privado.

[...]

Al estar sometida al régimen de derecho privado la relación convencional que enlazó a las partes en el presente asunto, ello conduce inexorablemente a considerar que los actos que allí tienen origen comparten la naturaleza que tienen aquellos en el tráfico negocial propio del derecho común, donde no obran privilegios de poder público o de autoridad, que son las notas distintivas que dan lugar a la expedición de actos administrativos. Así que, en este escenario, no es posible expedir actos administrativos, sólo contractuales.

Sin perjuicio de lo anterior, la Sala reconoce que el principio de la autonomía de la voluntad habilita a las partes para asignar determinadas facultades, incluso unilaterales a alguna de ellas, y a definir los requisitos o fases para adelantar tales actuaciones. Pero hace énfasis en que esas determinaciones no llevan a variar la naturaleza de sus manifestaciones, ni ha de entenderse que tal autonomía autorice a uno de los contrayentes a expedir actos administrativos. Con otras palabras, el ejercicio de la libertad negocial y la amplitud que pueden alcanzar sus acuerdos no autoriza el pacto de potestades administrativas, pues estas solo devienen de la ley.

Bajo esta plataforma, la Subsección corrige el rumbo de análisis que guio al tribunal de primer grado, quien entendió que el acto demandado era de naturaleza administrativa a pesar de reconocer que su régimen legal es el derecho privado. Con estas precisiones, para decidir el asunto que se ha puesto en consideración, la Sala debe constatar si las determinaciones adoptadas en el acto contractual *sub examine* fueron fruto de las estipulaciones negociales convenidas por las partes de conformidad con los cargos aducidos por el censor y en línea con la *causa petendi*, pues al final de cuentas lo que el actor cuestiona es que, entre otros, el Departamento no contaba con prerrogativas que le permitieran adelantar un procedimiento sancionatorio que culminara con la expedición de un acto como el que censura.

En la apelación, el Departamento cuestiona, por incongruente, que el tribunal reconociera que las partes incluyeron en la cláusula 13 las potestades exorbitantes consagradas en el art. 14 de la Ley 80 de 1993, pero aun así concluyera que carecía de competencia para adelantar la liquidación del Convenio.

Frente a este reproche es evidente la falencia en la estructuración de un silogismo de razonamiento, pues bastaría acudir a los análisis efectuados sobre el régimen aplicable al Convenio para señalar que no es admisible la inclusión de tales potestades bajo el derecho privado, lo que llevaría a avanzar en un examen de validez respecto de dicha estipulación. Sin embargo, como ninguna de las facultades que prevé el art. 14 ib. fue desplegada por el Departamento, resulta inane el pronunciamiento de un tópico que no es parte de la controversia, más allá de la mención que sobre las cláusulas exorbitantes hizo el *a quo*.

CLÁUSULAS ACCIDENTALES – En contratos que se rigen por el derecho privado – No es una cláusula exorbitante

Cuando se incluyen cláusulas accidentales en un contrato regido por el derecho privado, no convierten la estipulación en una cláusula exorbitante –pues por su naturaleza no lo es–, ni transforman la facultad conferida en una prerrogativa de poder público. Así que ninguna relación existe entre el pacto de facultades excepcionales, respecto de las determinaciones adoptadas en el acto demandado por parte del Departamento.

DERECHO PRIVADO – Aplicación – Ley 1474 de 2011, Artículo 86 – Ley 80 de 1993, Artículo 14 – Cláusula Penal – Reclamación – Código de Comercio – Artículo 1072

Para la Sala, el *a quo* acertó al señalar que conforme al régimen de derecho privado al que estaba sometido el Convenio, quedaba excluida la aplicación del art. 86 de la Ley 1474 de 2011, como atrás fue explicado. Bajo esta premisa, las facultades que el Departamento reclama no podían surgir del procedimiento administrativo dispuesto en el art. 86 ib.; empero, el examen no quedaba agotado ante tal incorrección, pues al haberse pactado aquellas estipulaciones, su origen convencional le imprime fuerza vinculante a ese consenso, y sobre este aspecto la Sala se aparta de lo razonado bajo la sentencia del Tribunal.

No es controvertible que aquellas atribuciones no tienen habilitación en la Ley 1474 de 2011 para ser aplicadas a convenios de ciencia y tecnología. En cambio, las partes tienen facultades para confeccionar unilateralidades, disponiendo la ruta a recorrer para poder llegar a una declaratoria de incumplimiento y hacer efectiva la cláusula penal, ya sea a través de un esquema diseñado por ellos mismos, o incluso con remisión a un procedimiento predefinido. Una estipulación así, lo único que puede significar es que las partes convinieron surtir las etapas y garantías que prevé un trámite específico, sin arrogarse poderes públicos o prerrogativas de autoridad.

La Sala se percata de que bajo el Convenio, las partes confirieron al Departamento la facultad de declarar el incumplimiento de la Universidad. Como consecuencia de tal definición, se acordó que procedería el reembolso de los recursos por la fracción incumplida, o en su defecto, que el Departamento procedería a efectuar la reclamación respectiva a la compañía de seguros para obtener el pago de la pena bajo el amparo de cumplimiento.

En relación con este último evento, no se autorizó al ente territorial a declarar el siniestro para efectuar el cobro directo de la póliza de seguro, pues no hay una manifestación en ese sentido, la que aún de haberse pactado, no resultaría exigible al asegurador por estar regido éste bajo un contrato independiente. Lo estipulado puntualmente se contrajo a señalar que el Departamento debía presentar la reclamación respectiva, es decir, confirmó el trámite que se adelanta en los negocios regidos por el derecho privado al que aplican las disposiciones de los arts. 1072 y ss. del Código de Comercio.

CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA – Autonomía de la voluntad – Constatación de incumplimiento

Respecto a la cláusula penal pecuniaria, la naturaleza accesoria y condicional de este pacto, que viene dada por el ejercicio de la autonomía de la voluntad, impone la constatación del incumplimiento de una obligación principal, pues no se trata de una estipulación que nazca y perviva de forma autónoma, sino que pende de la previa configuración de un escenario de incumplimiento negocial, como se dispone en los arts. 1592 del Código Civil y 867 del Código de Comercio.

INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL – Elementos

La Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, ha indicado que para que una parte pueda declarar unilateralmente el incumplimiento de otra, debe demostrar: su cumplimiento, el incumplimiento grave y evidente del cocontratante y, actuar de buena fe al ejercer dicha autorización evitando aprovecharse de su propia falta de cumplimiento contractual. En estos eventos, habrá de desplegarse un completo análisis de responsabilidad que constate la configuración de la conducta antijurídica de incumplimiento, el perjuicio que genera dicha conducta, y el nexo causal entre ellas.

[...]

Al repasar el contenido del citado acto contractual, la Sala evidencia que el Departamento no reveló las razones en las que fundamentaba que la Universidad había incumplido el Convenio, y tampoco explica cómo llegó al porcentaje que se determinó incumplido.

DERECHO A LA DEFENSA Y CONTRADICCIÓN – Conocimiento de los hechos que constituyen incumplimiento

Entendiendo que las partes acordaron que tal procedimiento tendría como referente el esquema del art. 86 de la Ley 1474 de 2011 –sin hacer conversión

respecto de su naturaleza convencional-, la Sala precisa que esta vía, o cualquiera que se hubiese dispuesto, no admite disminuir la garantía al derecho de defensa y contradicción, pues necesariamente frente a una declaración de responsabilidad como la que se analiza, tal procedimiento debe estar afinado en la expresión concreta de los hechos y circunstancias que constituyen el incumplimiento, en la identificación de los compromisos que se reputan desatendidos, y en la constatación del propio cumplimiento frente a tales reproches.

Sólo con tal precisión, la parte contra la que se aduce una conducta antijurídica negocial podrá defenderse realmente y pronunciarse frente a sucesos claros y señalamientos definidos.

[...] es claro que la entidad demandada debió exponer frente a cada una de las 18 actividades su estado de cumplimiento y las circunstancias y razones que reportaba la desatención parcial de algunas de ellas, identificándolas. Acto seguido, procedía su análisis de cara a la estructura negocial acordada, pues no será la mención a un informe o a un reporte de un órgano de control, del que se pueda, a la llana, inferir el incumplimiento sin más explicaciones.

LIQUIDACIÓN DEL CONVENIO – No es una potestad de las previstas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 – Acuerdo de voluntades – No se aplica el EGCP

Ante las inconsistencias que expresa la censura en relación con esta facultad, se impone a la Sala precisar: i) que la cláusula de liquidación no es parte del catálogo de potestades previstas en el art. 14 de la Ley 80 de 1993; ii) este tipo de cláusula es de naturaleza accidental, por regla de principio; y, iii) cuando se pacta bajo el derecho privado, no es aplicable el procedimiento de liquidación previsto en el EGCP.

LIQUIDACIÓN – Aplicación de la Ley 80 de 1993 – Definición - contratos regidos por el EGCP – Liquidación en Convenios – Acuerdo de voluntades

la Ley 80 de 1993 introdujo entre sus disposiciones especiales una etapa de liquidación para los contratos sometidos a dicha normatividad, escenario en el cual se efectúa el corte de cuentas del negocio jurídico a través de un procedimiento fijado en la ley que autoriza a las partes a incorporar los acuerdos, conciliaciones y transacciones (...) para poner fin a las divergencias presentadas. Cuando este propósito no se alcanza de mutuo acuerdo, se faculta a la entidad contratante a realizarlo de manera unilateral mediante acto administrativo y, agotada esta fase, se podrá acudir al juez.

Dicho procedimiento tiene lugar para aquellos contratos a los que se refiere el art. 60 de la Ley 80 de 1993, y en los términos del art. 1143 de la Ley 1150 de 2007, de los cuales, sin duda, no hacen parte los negocios jurídicos regidos por el derecho común.

[...]

En el caso concreto, aunque las partes dejaron consignada una etapa de liquidación, al revisar sus términos se observa que no se asignó a ninguno de los contrayentes la facultad de liquidarlo, no se evidencia cuál sería su procedimiento y tampoco se identifica a cargo de quien estaría cuál atribución.

[...]

Enseña la jurisprudencia de lo contencioso administrativo, que para el ejercicio de las denominadas unilateralidades negociales en acuerdos sometidos al derecho común, tal facultad debe estar pactada de forma previa, clara y expresa en el respectivo acuerdo, y descarta que ello pueda inferirse.

[...]

En la misma línea, ratifica la existencia de "algunas pautas para el ejercicio de este tipo de cláusulas, de manera particular, en relación con la liquidación unilateral de un contrato regido por el derecho privado [pues s]i bien en los contratos que se rigen por el derecho privado no existe la obligación de liquidarlos –como sí sucede con algunos que están sometidos al EGCAP por expresa disposición legal–, resulta válida la inclusión de cláusulas con esa finalidad, lo cual constituye una manifestación del ejercicio de la autonomía de la voluntad (...) enfatizado en la necesidad de que aquellos se plasmen de manera expresa, clara e inequívoca.

[...]

La Sala constata que la simple remisión al término supletivo para la liquidación de los contratos sometidos al ECAP, no implica haber conferido al Departamento facultades unilaterales liquidatorias, pues sin mención expresa de esa atribución, cómo definir a cuál de las dos contrayentes se refería la cláusula; menos aun sustenta un obrar en el escenario de las prerrogativas de poder público.



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN A**

Consejero ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

Bogotá, D.C., primero (1) de julio de dos mil veinticinco (2025)

Radicación: 23001233300020170028702 (67.675)
Demandante: Universidad del Sinú
Demandado: Departamento de Córdoba
Acción: Controversias contractuales
Asunto: Sentencia de segunda instancia

TEMAS: *CONVENIO ESPECIAL DE CIENCIA Y TECNOLOGÍA - naturaleza y normatividad aplicable / RÉGIMEN DE DERECHO PRIVADO – impide el ejercicio de prerrogativas públicas / su análisis judicial corresponde al examen de incumplimiento del negocio jurídico no al de nulidad propio de los actos administrativos*

Surtido el trámite de ley, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado, a resolver el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia que negó las pretensiones de la demanda.

La controversia se centra en determinar si es procedente decretar la nulidad del acto por medio de la cual el Departamento de Córdoba declaró el incumplimiento de un convenio de cooperación de ciencia y tecnología, impuso la cláusula penal pecuniaria, e hizo efectiva la póliza de garantía.

I. SENTENCIA IMPUGNADA

1. Corresponde a la proferida el 15 de abril de 2021¹, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Córdoba, Sala Quinta de Decisión, resolvió (transcripción literal):

“PRIMERO: DECLARAR la nulidad de la Resolución No. 002 del 26 de enero de 2017 –expedida por la entidad demandada-, de acuerdo con lo expuesto en la parte considerativa.

SEGUNDO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda, de conformidad con lo dispuesto en la parte considerativa de esta providencia.

TERCERO: Sin condena en costas.

CUARTO: A esta sentencia se le dará cumplimiento según lo previsto en los artículos (sic) 192 de la Ley 1437 de 2011.

QUINTO: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase a la parte demandante el excedente, si los hubiere, de las sumas consignadas por concepto de gastos del proceso. Cancélese su radicación. Archívese el expediente, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial de Siglo XXI. (...).”

¹ Fls. 204 a 21, c. principal.

2. El anterior proveído decidió la demanda presentada el 9 de junio de 2017² por la Universidad del Sinú (en adelante “la Universidad”) contra el Departamento de Córdoba, (en adelante el “Departamento”) cuyas pretensiones, hechos principales y fundamentos jurídicos, son los siguientes:

Pretensiones (transcripción literal, incluidos eventuales errores)

“1. *Sírvanse declarar la nulidad de la Resolución No. 002 del 26 de enero de 2017, por medio de la cual el Gobernador Ad Hoc del Departamento de Córdoba declaró el incumplimiento del convenio especial de cooperación de ciencia y tecnología No. 754 de 2013 por parte de la Universidad del Sinú, se ordenó la liquidación del mismo, se impuso la cláusula penal pecuniaria por la suma de MIL SEISCIENTOS SESENTA Y TRES MILLONES SEISCIENTOS NUEVE MIL TRESCIENTOS VEINTISIETE PESOS (\$1.663.609.327), se declaró un siniestro y se adoptaron otras decisiones.*

2. *Como consecuencia de la declaración anterior se restablezca el derecho de la Universidad del Sinú Elías Bechara Zainúm en el entendido que el valor consignado y las decisiones adoptadas no producirán efecto alguno en contra de mi mandante.*

3. *Sírvase condenar en costas y gastos procesales a la entidad demandada, Departamento de Córdoba*”³.

Hechos relevantes

3. El 19 de diciembre de 2013 la Universidad del Sinú y el Departamento de Córdoba celebraron el Convenio Especial de Ciencia y Tecnología 754, en adelante el “Convenio”, cuyo objeto fue aunar esfuerzos para “*ejecutar las actividades a cargo de la Universidad... en el proyecto denominado ‘Diseño de un programa de estudios en infecciones y salud tropical para el Departamento...’ con código BPIN 2012000100176 del Sistema General de Regalías*”⁴.

4. Durante su ejecución, el gobernador del Departamento se vio incurso en un conflicto de intereses en relación con el cumplimiento del convenio, por lo que en dicho cargo se nombró *ad hoc* al señor Gustavo García Figueroa, quien abrió un proceso sancionatorio contra la Universidad del Sinú por presunto incumplimiento contractual, basado en la información reportada por la interventoría⁵.

5. Bajo tal procedimiento, expidió la Resolución 002 de 2017 mediante la cual declaró: i) el incumplimiento de la Universidad, ii) la ocurrencia del siniestro cubierto por la póliza de cumplimiento 3003098, otorgada por La Previsora S.A., iii) impuso la cláusula penal prevista en el convenio por valor de \$1.663.609.327 y, (iv) ordenó su liquidación.

6. La Universidad fue citada al procedimiento sancionatorio que antecedió a la expedición del referido acto, por un funcionario que carecía de competencia; de igual

² Fls. 1 a 32, c.1.

³ Fls. 8 y 9, c. principal.

⁴ Fl. 47, c. 1.

⁵ En el hecho 1.4. de la demanda se mencionó que la Universidad Distrital Francisco José de Caldas fue nombrada como interventora, entidad que a su vez designó al Ingeniero Mecánico Luis Vergara como coordinador de dicha labor, quien a juicio del demandante carecía de las competencias académicas, laborales y científicas para ejercer el cargo debidamente, pues el convenio versaba sobre temas de salud pública.

manera, en audiencia virtual se vulneró su derecho al debido proceso y se sancionó a la Universidad, aun cuando no se especificaron ni probaron los incumplimientos⁶.

7. Con la resolución demandada, se causaron perjuicios por el valor de la cláusula penal impuesta⁷.

Fundamentos de derecho

8. La parte actora invocó como normas violadas los artículos 2, 4, 6, 29, 121, 122 y 209 de la Constitución, 1, 2 y ss. de la Ley 29 de 1990, 28 de la Ley 1530 de 2012, 22 y 33 de la Ley 1286 de 2009, 1, 2, 5, 6, 7 y 8 del Decreto 393 de 1991, y 1604 del Código Civil. Formuló los siguientes cargos:

a) Se refirió al vicio de formación del “acto administrativo” por violación al principio de legalidad, falta de competencia y/o extralimitación en el ejercicio de funciones, en tanto el gobernador *ad hoc* inició un proceso sancionatorio y expidió la Resolución 002 de 2017 basado en los arts. 17 de la Ley 1150 de 2007 y 86 de la Ley 1474 de 2011, normas que no eran aplicables a esta clase de convenios, los cuales se rigen por leyes especiales y no por el EGCAP, y así lo prescribe el art. 93 ib. Como el citado gobernador conocía tal régimen y lo tergiversó para sancionar a la Universidad, se configuraron, además, los vicios de desviación de poder y falsa motivación.

b) Adujo como otra forma de extralimitación de funciones, la orden de terminación y liquidación unilateral del convenio, en tanto el art. 14 de la Ley 80 de 1993 establece la improcedencia de utilizar cláusulas excepcionales en convenios de ciencia y tecnología. De haberse incluido, tal estipulación adolecería de objeto ilícito.

c) El acto censurado fue proferido con violación del derecho al debido proceso, al haberse dictado en audiencia virtual y bajo el art. 63 de la Ley 1437 de 2011, pues esta norma se refiere a sesiones virtuales aplicables a organismos colegiados, lo que no correspondió a la naturaleza de la audiencia surtida y, en estos casos, aplicaban los arts. 35 y 47 ib.; revisado el “acto administrativo” demandado, específicamente la lista de asistencia a la audiencia en que se profirió, se podía corroborar que no se reunió ningún órgano colegiado pues se trató de un proceso sancionatorio en el que el gobernador *ad hoc* actuaba como autoridad individual. Con todo, adujo que bajo el

⁶ En escrito presentado junto con la demanda, la parte demandante pidió la siguiente medida cautelar: “... me permito solicitarles que se sirvan ordenar la medida cautelar de la suspensión provisional de efectos del acto administrativo Resolución No. 002 del 26 de enero de 2017 proferida por el Gobernador Ad Hoc del departamento de Córdoba, por medio de la cual se declaró un incumplimiento contractual de la Universidad del Sinú Elías Bechara Zainúm, se declaró la ocurrencia de un siniestro, se ordenó la liquidación del convenio especial de cooperación No. 754 de 2012, se impuso una cláusula penal por la suma de mil seiscientos sesenta y tres millones seiscientos nueve mil trescientos veintisiete pesos (\$1.633.609.327) y se tomaron otras decisiones”. (Fls. 33 a 40, c.1.). En auto del 25 de enero de 2018 se corrió traslado de la medida cautelar, la cual fue decretada mediante providencia del 16 de agosto de 2018 al encontrarse acreditado que al realizarse la audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 en forma virtual, basándose en una norma que no habilitaba al Gobernador para ello, y sin justificación alguna para realizar la diligencia en forma electrónica, se cercenó la posibilidad de una eficaz interacción entre las partes, violando además el derecho al debido proceso, pues, este derecho comprende una adecuada defensa. (fls. 21 a 27, c. de medidas cautelares).

La parte demandada presentó recurso de apelación (fls. 30 a 35, c. de medidas cautelares), el cual incurrió en indebida sustentación, acorde a lo decidido por el Consejo de Estado en auto del 7 de octubre de 2019 (índice 3 del aplicativo SAMAI de la medida cautelar).

⁷ En la demanda expresamente se señaló que: “Estimo razonadamente la cuantía bajo la gravedad de juramento en la suma de MIL SEISCIENTOS SESENTA Y TRES MILLONES SEISCIENTOS NUEVE MIL TRESCIENTOS VEINTISIETE PESOS (\$1.663'609.327), estimación que encuentra soporte por estar incorporado al acto administrativo objeto de la demanda”. Fls. 31 y 32, C. 1.

régimen de los convenios especiales no existe la posibilidad de adelantar ese tipo de actuaciones por medios electrónicos.

d) Invocó el vicio de falsa motivación pues no se identificaron los incumplimientos endilgados a la Universidad, ni se hizo referencia a las pruebas que lo soportaban, sólo se mencionó el porcentaje que se dijo incumplido; echó de menos, así mismo, el estudio de la “culpa leve” para atribuir responsabilidad por el supuesto incumplimiento del Convenio.

Contestación de la demanda

9. El Departamento se opuso a las pretensiones del actor. Sobre el primer argumento afirmó que se sustenta en la errada consideración de que el Convenio 754 de 2013 no es un contrato estatal. Además, confunde la figura de las cláusulas excepcionales pues extiende, sin razón, la prohibición consagrada en el art. 14 de la Ley 80 de 1993 frente a la posibilidad de imponer multas y sanciones conferida a todo contrato estatal bajo el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007.

10. Frente al reproche de falsa motivación, indicó que quien tenía la carga de demostrar el cumplimiento del Convenio ante lo indicado en el informe de interventoría era la Universidad, conforme al artículo 1757 del Código Civil; pero esa carga no se satisfizo.

Alegatos en primera instancia

11. Surtido el debate probatorio⁸, al alegar de conclusión, la parte actora reiteró los argumentos de la demanda⁹. El Departamento y el Ministerio Público no se pronunciaron en esta etapa procesal¹⁰.

Fundamentos de la providencia recurrida

12. El *a quo* declaró la nulidad de la Resolución 002 de 2017 por haber sido expedida con falta de competencia y violación al debido proceso de la demandante. Negó las demás pretensiones¹¹.

13. Analizó el régimen de los convenios de cooperación de ciencia y tecnología. Indicó que esta contratación está sometida a las disposiciones especiales contenidas en los Decretos Ley 393 y 591 de 1991, al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública - EGCAP y subsidiariamente al derecho privado. Afirmó que el parágrafo del art. 14 de la Ley 80 de 1993 dispone que en los contratos que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas se prescindirá

⁸En audiencia inicial celebrada el 12 de septiembre de 2019 el Tribunal decretó las siguientes pruebas documentales aportadas con la demanda (fls. 44 a 88, c.1.): i) Convenio 754 de 2013, ii) Resolución 002 de 2017, iii) Cd contentivo de la audiencia sancionatoria adelantada contra el demandante y iv) memorial radicado el 3 de febrero de 2017 ante la entidad exponiéndole los motivos por los cuales el gobernador *ad hoc* actuó sin competencia y profirió una decisión viciada. Acorde a lo pedido en la demanda y en su contestación, ordenó al Departamento de Córdoba aportar todos los antecedentes administrativos del Convenio 754 de 2013 (fl. 147, c. 1.). De forma independiente, el *a quo* ofició al ente territorial demandado para que aportara: i) el expediente administrativo que dio lugar a la expedición de la Resolución 002 de 2017, y ii) copia de a comunicación manuscrita presentada por el apoderado de la entidad accionante, en el curso de la audiencia sancionatoria. A su vez, decretó los siguientes testimonios: i) Jorge Iván Ríos Ureta (fls. 154 y 155, c.1.), Jorge Escobar Aviléz (fls. 162 y 163, c.1.) y Gustavo García Figueroa.

⁹ Fls, 178 a 188, c.1.

¹⁰ Tal como quedó consignado en constancia secretarial del 13 de marzo de 2020. Fl. 202, c. 1.

¹¹ El *a quo* clasificó los diferentes yerros señalados por el actor en tres categorías acorde a lo dispuesto en el artículo 137 del CPACA: i) falta de competencia, ii) falsa motivación y iii) desconocimiento del derecho de audiencia y defensa.

de la utilización de las cláusulas excepcionales, por lo que su inclusión en el convenio carecía de validez jurídica e implicaba que el representante del ente territorial no tenía competencia para declarar su liquidación unilateral.

14. Con esta línea, concluyó que el gobernador *ad hoc* carecía de facultades para llevar a cabo la audiencia del art. 86 de la Ley 1474 de 2011, pues esta norma habilita a declarar, entre otros, el incumplimiento contractual, imponer multas y sanciones, y hacer efectiva la cláusula penal a las entidades sometidas al EGCAP, así que no se aplica a los convenios de ciencia y tecnología.

15. Se refirió al artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, para señalar que el debido proceso es un principio rector en materia sancionatoria en las actuaciones contractuales y, al no existir norma que faculte la utilización de cláusulas excepcionales en convenios de ciencia y tecnología, no es posible admitir su imposición en dichos negocios jurídicos, aun si las partes lo incorporan al convenio. A igual conclusión llegó en relación con lo estipulado en las cláusulas 16 y 17 (concernientes a la imposición de multas y cláusula penal), pues las normas que regulan este tipo de convenios no *“prevén la posibilidad de que se puedan establecer dichas facultades excepcionales con el fin de hacer efectiva de forma directa la cláusula penal pecuniaria pactada, como se realizó en el presente caso”*.

16. Señaló que el acto administrativo se dictó desconociendo el derecho de audiencia y de defensa de la actora, pues el Departamento no permitió a la Universidad ser juzgada conforme a la normatividad aplicable, toda vez que la audiencia del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 se llevó a cabo de forma virtual por el Gobernador *ad hoc*, invocando una norma que no era la aplicable (art. 63 del CPACA), y sin que para la fecha de su realización –26 de enero de 2017– el citado artículo 86 lo permitiera, menos aun tratándose de convenios de ciencia y tecnología.

17. Descartó el cargo de falsa motivación, por no haber prueba del estado de ejecución del convenio desde septiembre de 2016 hasta la fecha de expedición de la resolución demandada, ni de si hubo incumplimiento de la Universidad o no, como señala dicha decisión¹².

18. Negó la pretensión de restablecimiento del actor –consistente en que *“el valor consignado y las decisiones adoptadas no producirán efecto alguno en contra del demandante”*–, indicando que dadas las *“facultades con las que cuenta el Juez administrativo dentro del medio de control de controversias contractuales ... no es dable ordenar restablecimiento del derecho, pues, de la declaratoria de nulidad del acto demandado quedan sin efectos las decisiones tomadas en éste, por lo que no se accederá a esta pretensión”*.

II. EL RECURSO INTERPUESTO

¹² En este punto puso de presente que, en todo caso, en el acto administrativo demandado se mencionó que existió incumplimiento por parte de la U. del Sinú acorde a lo dispuesto en el Informe de Interventoría del 20 de enero de 2017 y lo indicado en un Comité Operativo del 19 de enero de 2017, documentos que si bien no reposan en el expediente, no fueron atacados o desvirtuados por la demandante, pero sin poder valorar su contenido, no era procedente el respectivo cargo, ni emprender análisis alguno respecto al presunto incumplimiento contractual.

19. La parte demandada pidió revocar la sentencia de primera instancia, bajo los siguientes argumentos:

a) Estima contradictorio que el *a quo*, al estudiar la falta de competencia del gobernador *ad hoc*, haya señalado que no tenía atribuciones para liquidar unilateralmente el Convenio y, a la vez, reconozca que en la cláusula 13 se incorporaban las facultades conferidas a la administración en el artículo 14 y siguientes de la Ley 80 de 1993, lo que constituye un desconocimiento de la voluntad de las partes al suscribir el negocio jurídico.

b) Señala que la jurisprudencia del Consejo de Estado se ha pronunciado respecto de la naturaleza jurídica de los convenios de ciencia y tecnología, indicando que según la definición del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 este tipo de acuerdos corresponden a contratos estatales, *“y además están definidos como contratos de leyes especiales”*.

c) En las cláusulas 16 y 17 del convenio, se pactaron las multas y la cláusula penal pecuniaria, y en su parte considerativa se acordó sujetarse a las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, lo que define la forma de imponerlas y de declarar el incumplimiento. Si el demandante consideraba que ello era nulo debió manifestarlo al momento de firmar el convenio. Como no lo hizo, el pacto es ley para las partes.

d) Plantea como un yerro del *a quo* considerar que el convenio se rige sustancialmente por el derecho privado y por este sólo hecho concluya que se encuentra relevado de los mandatos del EGCAP, cuando tal exclusión no existe en el ordenamiento jurídico, máxime que se trata de una causal de contratación directa, se expiden garantías y, por tanto, es factible pactar cláusulas de multas por incumplimiento. Señala que el Consejo de Estado se ha referido al poder de dirección y control en la ejecución del contrato y en el ejercicio de ciertas potestades sancionatorias que operan frente al incumplimiento en que incurra el contratista, las que se traducen en *“la terminación anormal y anticipada del contrato, como ocurre en el decreto de caducidad del mismo, o sin que suceda su extinción, en medidas coercitivas”*.

d) Se concluyó erróneamente que hubo vulneración del debido proceso de la actora basado en que la audiencia sancionatoria se celebró sin presencia de la Universidad, toda vez que en la demanda el actor reconoció que asistió a las oficinas del ente territorial y decidió retirarse por haber *“15 minutos de retraso”*, razón que no es valedera para ausentarse. Aceptar lo contrario, es permitir que la Universidad se excuse en su propia negligencia para postular la invalidez del acto administrativo.

Trámite de segunda instancia

20. La Universidad pidió confirmar la decisión de primer grado ¹³. No hubo pronunciamiento del Ministerio Público.

III. CONSIDERACIONES

El objeto de la apelación

¹³ Índice 8 del aplicativo SAMAI.

21. A partir de los motivos de disenso expresados en la impugnación, esta instancia debe determinar si el Departamento estaba facultado para declarar el incumplimiento de la Universidad, hacer efectiva la cláusula penal y liquidar el Convenio, con fundamento en los artículos 17 de la Ley 1150 de 2007 y 86 de la Ley 1474 de 2011, cuestión que será examinada bajo los límites que demarca la competencia del juez de segundo grado, según lo dispuesto en el artículo 328 del CGP¹⁴.

22. Para estos efectos, la Sala analizará el contenido de los pactos alcanzados bajo el negocio jurídico *sub-lite*, estableciendo sus bases y, conforme al régimen que aplica a los convenios de ciencia y tecnología, resolverá los cargos formulados en la apelación.

23. Previo al análisis anunciado, es necesario subrayar que el impugnante no cuestiona en sí misma la naturaleza de *convenio* que ostenta el acuerdo que se examina, ni lo confronta con la noción de *contrato estatal* en el marco de las distinciones entre estos institutos. Su argumento se centra en la inexistencia de una diferenciación legal que excluya a los convenios del concepto general del contrato estatal, al señalar que el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 dispone que pertenecen a esta categoría todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades públicas, y agrega que esta forma de contratación está incluida como causal de contratación directa en la citada Ley 80, por lo que reclama la potestad de ejercer las atribuciones legales que confiere el citado estatuto.

El Convenio 754 de 2013

24. En el departamento de Córdoba, las enfermedades tropicales como la malaria, dengue, leishmaniasis y chagas, representaban un problema importante para la salud pública. A fin de superar las diversas dificultades que ello generaba y para innovar en investigación dirigida al fortalecimiento del sistema de vigilancia epidemiológica, e implementando las buenas prácticas de laboratorio establecidas en el marco del “Programa Especial para la Investigación y el Entrenamiento de Enfermedades Tropicales de la Organización Mundial de la Salud”, se formuló un proyecto de inversión pública para el diseño e implementación de un programa de estudios en infecciones y salud tropical, mediante la suscripción de un convenio de cooperación¹⁵.

25. En estos términos, las Universidades del Sinú y de Córdoba estructuraron, formularon y presentaron al departamento accionado el proyecto denominado “Diseño de un programa de Estudios en infecciones y salud tropical”, conforme a los arts. 10

¹⁴ “ARTÍCULO 328. COMPETENCIA DEL SUPERIOR. El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley (...)”.

¹⁵ Acorde a los “ESTUDIOS PREVIOS PARA LA SUSCRIPCIÓN DEL CONVENIO ESPECIAL DE COOPERACIÓN PARA DESARROLLAR EL PROYECTO “DISEÑO DE UN PROGRAMA DE ESTUDIOS EN INFECCIONES Y SALUD TROPICAL PARA EL DEPARTAMENTO DE CÓRDOBA” CÓDIGO BPIN 2012000100176, DEL SISTEMA GENERAL DE REGALÍAS”. Fls. 100 a 166 del archivo pdf “754-2013-T1” en cd a fl. 147, c.1.

del Decreto 1949 de 2011¹⁶ y 4 del Acuerdo 009 de la Comisión Rectora del Sistema General de Regalías, que fue analizado por el ente territorial¹⁷.

26. El objeto del convenio de cooperación consistía en aunar esfuerzos entre el Departamento de Córdoba y la Universidad del Sinú para ejecutar actividades de fomento en investigación y transferencia tecnológica para el diagnóstico y manejo de los agentes etiológicos causantes de tales enfermedades en el Departamento, las cuales serían adelantadas por la Universidad dentro del proyecto de infectología, bajo tres objetivos principales:

“1- Fomentar la investigación, capacitación, transferencia tecnológica para el desarrollo y fortalecimiento de herramientas diagnósticas en la identificación de los agentes etiológicos causantes de la Malaria, Dengue, Leishmaniasis y Enfermedad de Chagas; objetivo que desarrollará a través de la estandarización de técnicas de detección a partir de protocolos de microscopia, inmunología y técnicas en biología molecular para identificación en el laboratorio de los agentes etiológicos... 2- Promover el desarrollo de investigaciones dirigidas al fortalecimiento del sistema de vigilancia epidemiológica, a la identificación de las zonas de riesgo de transmisión de las Enfermedades Tropicales y al análisis de su contexto eco-epidemiológico, predicción de epidemias y orientación de medidas oportunas de control. 3- Evaluar el potencial antimicrobiano de moléculas sintéticas que contribuyan en la búsqueda de fuentes de compuestos base para la elaboración de tratamientos efectivos contra las enfermedades infecciosas estudiadas”¹⁸.

27. La entidad territorial accionada presentó ante el Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación – Colciencias, que ejercía la Secretaría Técnica del Órgano Colegiado de Administración y Decisión (OCAD) del Fondo de Ciencia, Tecnología e Innovación del Sistema General de Regalías, el citado proyecto, para que una vez verificados los requisitos establecidos en el Decreto 1949 de 2012 y el Acuerdo 009 de 2012 de la Comisión Rectora, se adelantaran las etapas de análisis del proyecto de inversión propuesto –viabilización, registro, priorización y aprobación de financiamiento total o parcial con cargo a los recursos del Fondo de Ciencia referido¹⁹.

28. Mediante el Acuerdo 001 del 20 de diciembre de 2012, artículo 11, el OCAD viabilizó, ordenó el registro, y aprobó la financiación, entre otros, del proyecto denominado *“DISEÑO DE UN PROGRAMA DE ESTUDIOS EN INFECCIONES Y SALUD TROPICAL PARA EL DEPARTAMENTO...”*, Código BPIN 2012000100176, en los siguientes términos²⁰ (casilla 41):

¹⁶ *“Artículo 10. Formulación de proyectos de inversión pública. Cualquier persona natural o jurídica, pública o privada, podrá siguiendo la metodología y lineamientos definidos por el Departamento Nacional de Planeación, al igual que los lineamientos y requisitos definidos por la Comisión Rectora del Sistema General de Regalías, formular ante las Secretarías de Planeación de las entidades territoriales, iniciativas que se enmarquen dentro de la definición de proyecto contenida en el presente decreto, a ser financiadas con cargo a los recursos del Sistema General de Regalías”.*

¹⁷ Según los *“ESTUDIOS PREVIOS PARA LA SUSCRIPCIÓN DEL CONVENIO ESPECIAL DE COOPERACIÓN PARA DESARROLLAR EL PROYECTO “DISEÑO DE UN PROGRAMA DE ESTUDIOS EN INFECCIONES Y SALUD TROPICAL PARA EL DEPARTAMENTO DE CÓRDOBA”.* Cit.

¹⁸ Fls. 103 y 104 del archivo pdf “754-T1”, cd a fl. 147, c.1.

¹⁹ En sesiones ordinarias del 15 de noviembre y 20 de diciembre de 2012, el Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación remitió a los miembros del OCAD los documentos soporte del proyecto, los cuales consecuentemente fueron remitidos a comités consultivos para que ellos emitirán su concepto de oportunidad, conveniencia o solidez técnica, financiera y ambiental, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 13 del Decreto 1949 de 2012. Fls. 1 a 47 del archivo pdf “754-T1”, cd a fl. 147, c.1.

²⁰ Fls. 66 a 82 del archivo pdf “754-2013-T1”, cd a fl. 147, c.1.

ARTICULO 11º. Viabilizar, ordenar el registro y aprobar la financiación de los siguientes proyectos presentados por el Departamento de CÓRDOBA con cargo a su cuota indicativa de recursos en el Fondo de Ciencia, Tecnología e Innovación del Sistema General de Regalías, en las cuantías señaladas, designando los respectivos ejecutores así:

	NOMBRE PROGRAMA/PROYECTO	PRESUPUESTO A AFECTAR	VALOR TOTAL DEL PROYECTO (\$)	VALOR APROBADO CON CARGO AL FCTe+SGR (\$)	EJECUTOR DESIGNADO
39	DESARROLLO DE INTEGRACIÓN TECNOLÓGICA DE RECURSOS ENERGÉTICOS RENOVABLES EN SISTEMAS PRODUCTIVOS AGRÍCOLAS Y AGROINDUSTRIALES MONTERÍA, CÓRDOBA, CARIBE	Año 2012	\$ 3.487.740.000	\$ 2.383.896.000	DEPARTAMENTO DE CÓRDOBA
40	DESARROLLO E INVESTIGACIÓN APLICADA DE UN MODELO EXPERIMENTAL SOSTENIBLE E INNOVADOR EN LA CADENA PRODUCTIVA DE ARTESANÍAS DERIVADA DE LA CAÑA FLECHA EN CÓRDOBA	Año 2012	\$ 3.176.641.032	\$ 3.063.251.023	DEPARTAMENTO DE CÓRDOBA
41	DISEÑO DE UN PROGRAMA DE ESTUDIOS EN INFECCIONES Y SALUD TROPICAL PARA EL DEPARTAMENTO DE CÓRDOBA	Año 2012	\$ 11.178.481.027	\$ 10.172.491.455	DEPARTAMENTO DE CÓRDOBA

29. Por medio de la Resolución 004 del 3 de octubre de 2013²¹ el Director Departamental de Regalías ordenó la celebración del convenio especial de cooperación con la Universidad del Sinú, e indicó que “para efectos de esta contratación directa^[22], se invoca como causal el artículo 335 de la Constitución Política, la Ley 489 de 1998, la Ley 397 de 1997 y el artículo 33 de la Ley 1286 de 2009^[23]”.

30. El 19 de diciembre de 2013 se suscribió el convenio especial de cooperación 754 por valor de \$8.318.046.636, con el siguiente respaldo presupuestal: i) el Departamento afectó el valor de \$7.567.365.310 a través del CDP 550 del 22 de marzo

²¹ “Por medio de la cual se justifica una contratación directa”. En esta Resolución se indicó: “(...) Que LA UNIVERSIDAD DEL SINÚ (...) acorde con el artículo 10 del Decreto 1949 de 2011 y el artículo 4 del acuerdo 009 de la Comisión Rectora del Sistema General de Regalías – SGR estructuraron, formularon y presentaron al DEPARTAMENTO DE CÓRDOBA, el proyecto denominado “DISEÑO DE UN PROGRAMA DE ESTUDIOS EN INFECCIONES Y SALUD TROPICAL PARA EL DEPARTAMENTO (...)”

Que EL DEPARTAMENTO... con fundamento en el art. 11 del Decreto 1949 de 2012 y los artículos 5 y 6 del Acuerdo 009 de la Comisión Rectora del Sistema General de Regalías – SGR, revisó y verificó el proyecto, en el marco del cumplimiento de las metodologías y lineamientos y requisitos para la viabilización definidos por el DNP y de la Comisión Rectora del SGR y que el mismo cumple con las características de pertinencia, viabilidad, sostenibilidad, impacto y articulación con los planes y políticas nacionales, territoriales y técnicos establecidos por la Ley 1530 de 2012. (...)

Que LA UNIVERSIDAD DEL SINÚ, está establecida técnica y financieramente como participante en el Proyecto formulado en la Metodología General Ajustada – MGA denominado “DISEÑO DE UN PROGRAMA DE ESTUDIOS EN INFECCIONES Y SALUD TROPICAL PARA EL DEPARTAMENTO DE CÓRDOBA”, tal como consta en la carta oficial de presentación del proyecto y en los documentos oficiales requeridos en el acuerdo 009 de la Comisión Rectora del SGR para presentación del proyecto al FCTel (...)

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: Ordenar la celebración del CONVENIO ESPECIAL DE COOPERACIÓN, que tendrá por objeto Aunar esfuerzos entre el Departamento de Córdoba, Universidad del Sinú, para ejecutar las actividades del proyecto denominado “Diseño de un programa de estudios en infecciones y salud tropical para el Departamento de Córdoba (...)

ARTÍCULO SEGUNDO: Que para efectos de esta contratación directa, se invoca como causal el artículo 335 de la Constitución Política, la Ley 489 de 1998, la Ley 397 de 1997 y el artículo 33 de la Ley 1286 de 2009.

(...). Fls. 188 a 191, del archivo pdf “754-2013-T1”, cd a fl. 147, c.1.

²² A su vez, en los considerandos indicó que el art. 2, núm. 4, lit. e) de la Ley 1150 de 2007, modificado por la Ley 1474 de 2011, dispone: “artículo 2. De las modalidades de selección. (...) Contratación directa. La modalidad de selección de contratación directa, solamente procederá en los siguientes casos: (...) e) los contratos para el desarrollo para actividades científicas y tecnológicas”. Precisó que conforme a la circular No. 6 del 27 de septiembre de 2013 de la Agencia Nacional de Contratación - Colombia Compra Eficiente, una de las tipologías contractuales relacionadas con actividades de ciencia, tecnología e innovación, corresponde a los convenios de cooperación especial para asociar recursos, capacidades y competencias interinstitucionales, y puede incluir el financiamiento y administración de proyectos, por lo que ordenó la celebración del convenio especial de cooperación, entre las dos entidades públicas señaladas (fls. 188 y 189 del archivo pdf “754-2013-T1”, cd a fl. 147, c.1). Se agrega que la Corte Constitucional, en sentencia C-671 del 2015, respecto de la citada causal de contratación directa, señaló: “En tal sentido, la causal de contratación directa es aplicable a los convenios y a los contratos interadministrativos”, lo que en este caso se integra al régimen especial de dichas actividades, para las cuales se dispuso el derecho privado, y se precisó que serían celebrados de manera directa.

²³ El citado artículo dispone: “ARTÍCULO 33. Las actividades, contratos y convenios que tengan por objeto la realización de actividades definidas como de ciencia, tecnología e innovación que celebren las entidades estatales, continuarán rigiéndose por las normas especiales que les sean aplicables. En consecuencia, tales contratos se celebrarán directamente” (negrilla añadida).

de 2013²⁴, ii) el aporte de la Universidad correspondía a la suma de \$216.961.737 en especie, y \$533.719.589 en dinero²⁵.

31. De conformidad con el denominado “Acuerdo Compromisorio de Realización de Actividades y Metas”²⁶, que según las cláusulas segunda y tercera definía los compromisos que asumían las partes del Convenio, el Departamento quedó encargado de la ejecución del proyecto, en calidad de operador, con el despliegue de las actividades indicadas en la cláusula segunda²⁷. La Universidad y sus grupos de investigación se enfocarían en el estudio, seguimiento, análisis de fauna y demás actividades referentes a la observación de las enfermedades tropicales que afectaban la salud pública de la región, con el alcance definido en la cláusula tercera²⁸, entre cuyas actividades estaban:

“CLÁUSULA TERCERA: OBLIGACIONES ESPECÍFICAS DE LA UNIVERSIDAD DEL SINÚ: 1. Desarrollar las actividades técnico científicas que se describen a continuación de acuerdo con la distribución de obligaciones establecidas en el ACUERDO COMPROMISORIO DE REALIZACIÓN DE ACTIVIDADES Y METAS DEL PROYECTO “DISEÑO DE UN PROGRAMA DE ESTUDIOS EN INFECCIONES Y SALUD TROPICAL PARA EL DEPARTAMENTO DE CÓRDOBA” con código BPIN2012000100176 suscrito entre LA UNIVERSIDAD DEL SINÚ y LA UNIVERSIDAD DE CÓRDOBA” de fecha 16 de octubre de 2013, y el plan operativo del proyecto.

CÓDIGO	NOMBRE DEL RECURSO	DESCRIPCIÓN	CANTIDAD A EJECUTAR DEL SGR (NO INCLUYE CONTRAPARTIDA)	Tipo de actividad de Ciencia, tecnología e Innovación, conforme al artículo 2 del Decreto-Ley 393 de 1991; (b) el artículo 2 del Decreto Ley 591 de 1991; (c) el artículo 18 de la Ley 1286 de 2009 que modificó la Ley 29 de 1990; y (d) el Documento CONPES 3582 de 2009.
--------	--------------------	-------------	--	---

²⁴ Fl. 168 del archivo pdf “754-2013-T1”, cd a fl. 147, c.1.

²⁵ Según constancia expedida por el rector de la Universidad del Sinú con fecha del 23 de agosto de 2012. Allí se indicó: “Que la Universidad del Sinú (...) se obliga con el proyecto denominado “Programa de estudios en infecciones y salud tropical”, a participar con recursos de contrapartida por un valor de Setecientos Cincuenta Millones Seiscientos Ochenta y un mil Trescientos Veintiséis Pesos colombianos moneda corriente (\$750.681.326), en efectivo la suma de Quinientos Treinta y Tres Millones Setecientos Diecinueve Mil Quinientos Ochenta y Nueve pesos colombianos moneda corriente (\$533.719.589) y en especie Doscientos Dieciséis Millones Novecientos Sesenta y Un Mil Setecientos Treinta y Siete Pesos... (\$216.961.737), correspondientes a recursos de inversión y operación del programa, de acuerdo con el presupuesto y flujo de caja. Los valores antes relacionados se ejecutarán anualmente de la siguiente manera:”

VIGENCIA	VALOR VIGENCIA
2012	\$356.550.590
2013	\$126.346.771
2014	\$131.332.982
2015	\$136.450.983
TOTAL	\$750.681.326

²⁶ Fls 29 a 34 del archivo pdf “754-2013-T2”, cd a fl. 147, c.1.

²⁷ En dicha cláusula se acordó que el Departamento se obligaba, principalmente, a transferir los recursos señalados en el Convenio, suministrar la información necesaria y que estuviera a su alcance para su desarrollo, efectuar requerimientos a través del interventor y hacer seguimiento operativo al proyecto. Fls. 48 a 49, c.1. Y en la cláusula sexta se dispuso que con la firma del convenio se conformaría el comité técnico operativo del proyecto, el cual estaría integrado por: i) el Director Departamental de Regalías, quien lo presidiría, ii) el Gobernador o su delegado, iii) el director Departamental de Planeación o su delegado, iv) un representante del Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación o su delegado, v) el representante legal de la Universidad del Sinú o su delegado, vi) el representante legal de la Universidad de Córdoba o su delegado, y vii) el Director o coordinador de la interventoría. Sobre sus funciones, se determinó que, entre otras, debía: aprobar el plan de operativo del proyecto presentado por los cooperantes, evaluar el cronograma de actividades y efectuar los ajustes pertinentes, servicios de instancia consultiva y de apoyo para resolver las dificultades operativas y técnicas, garantizar el trabajo conjunto en el desarrollo de las actividades que se ejecutarían de forma independiente por parte de cada uno de los cooperantes, y las demás inherentes para su desarrollo.

Respecto a la supervisión e interventoría del proyecto (cláusula 11), se determinó que esta se realizaría a través de especialistas designados para ello por el departamento accionado, por cuanto el seguimiento y control de la ejecución del acuerdo suponía conocimiento especializado en la materia.

²⁸ Visible fls. 50 a 55, c.1.

SALUDT 001	Adquisición de equipos y software	Equipos de laboratorio para pruebas y ensayos que hacen parte de la investigación	Ver tabla del Presupuesto Detallado del proyecto. Hoja 02 73 equipos por un valor de \$468.575.461,	10. Desarrollar servicios científicos y tecnológicos que se refieren a la realización de planes, estudios, estadísticas y censos de ciencia y tecnología; a la realización de actividades de homologación, normalización y metrología, certificación y control de calidad; a la prospección de recursos, inventario de recursos terrestres y ordenamiento territorial; a la promoción científica, tecnológica y de innovación; así como a la creación, fomento, difusión, promoción, implementación y gestión de sistemas de calidad total y de evaluación tecnológica.
SALUDT 002	Realizar las capacitaciones y transferencia de tecnología	Numero de procesos pedagógicos dirigidos al fomento de la investigación en profesionales de las ips. (sic)	Treinta (30) por un valor de \$194.838.133	Realizar seminarios, cursos, congresos, talleres y eventos nacionales o internacionales de ciencia, tecnología e innovación. 12. Transferencia tecnológica que comprende la asesoría, negociación, apropiación, desagregación, asimilación, adaptación y aplicación de nuevas tecnologías nacionales o extranjeras.
SALUDT 003	Programas de doctorado apoyados	Doctores Formados	Tres (3) por un valor de \$550.000.000	Fomentar y capacitar el recurso humano para el avance y la gestión de la ciencia, tecnología e innovación.
SALUDT 004	Programas de maestría apoyados	Magister Formados	Tres (2) por un valor de \$264.628.800	Fomentar y capacitar el recurso humano para el avance y la gestión de la ciencia, tecnología e innovación.
SALUDT 005	Actividades de divulgación y difusión	Número de documentos de divulgación científica	Seis (6) Documentos (certificados de asistencia) por un valor de \$57.555.000	Difundir información científica, tecnológica y de innovación, esto es, información, publicación, divulgación y asesoría en ciencia, tecnología e innovación.
SALUDT 006	Artículos de investigación generados	Artículos publicados en revistas indexadas	Nueve (9) artículos por un valor de \$36.049.995	Financiar publicaciones y otorgar premios y distinciones a investigadores, grupos de investigación e investigaciones. 9. Difundir información científica, tecnológica y de innovación, esto es, información, publicación,

				divulgación y asesoría en ciencia, tecnología e innovación.
SALUDT 007	Eventos científicos realizados	Números de eventos científicos	Dos (2) eventos por un valor de \$93.333.334	Realizar seminarios, cursos, congresos, talleres y eventos nacionales o internacionales de ciencia, tecnología e innovación.
SALUDT 008	Protocolos de diagnósticos	Protocolos de diagnósticos para las enfermedades de Malaria, Dengue, Leishmaniasis y Chagas	Tres (3) Protocolos por un valor de \$1.610.924.443	Adelantar proyectos de investigación científica, desarrollo tecnológico e innovación; desarrollo de nuevos productos y procesos y Desarrollar servicios científicos y tecnológicos que se refieren a la realización de planes, estudios, estadísticas y censos de ciencia y tecnología; a la realización de actividades de homologación, normalización y metrología, certificación y control de calidad; a la prospección de recursos, inventario de recursos terrestres y ordenamiento territorial; (...).
SALUDT 009	Colecciones biológicas de referencia (Inventario del entorno fauna de insectos vectores)	Numero de colecciones biológicas	Cinco (5) por un valor de \$388.080.131	10. Desarrollar servicios científicos y tecnológicos que se refieren a la realización de planes (...)
SALUDT 010	Monitoreo de casos, agentes etiológicos y vectores de las enfermedades en estudio	Número de muestras analizadas, conforme a la metodología de estudio de impacto planteada	Setecientas (700) muestras por un valor de \$424.106.208	10. Desarrollar servicios científicos y tecnológicos que se refieren a la realización de planes (...)
SALUDT 011	Levantamiento de perfiles epidemiológicos en municipios de Córdoba	Numero de procesos analíticos	Tres (3) procesos por un valor de \$311.529.600	10. Desarrollar servicios científicos y tecnológicos que se refieren a la realización de planes (...)
SALUDT 012	Elaboración de mapas y perfiles epidemiológicos	Mapas de distribución de vectores en escala 1:100.000	Doce (12) mapas por un valor de \$277.425.408	10. Desarrollar servicios científicos y tecnológicos que se refieren a la realización de planes (...)
SALUDT 013	Identificación de agentes etiológicos a partir de muestras de insectos vectores recolectados	Documento diagnóstico de investigación	Un (1) diagnóstico por un valor de \$904.412.272	10. Desarrollar servicios científicos y tecnológicos que se refieren a la realización de planes (...)
SALUDT 014	Capacitación en técnicas diagnósticas	Asistencia a cursos de entrenamiento para científicos	Asistencia a cursos de entrenamiento para científicos (3)	10. Desarrollar servicios científicos y tecnológicos que se refieren a la realización de planes (...)

			por un valor de \$278.381.427	
SALUDT 015	Fomento de redes de conocimiento	Número de redes fomentadas	Cuatro (4) por un valor de \$236.250.000	4. Establecer y conformar redes de investigación e información científica, tecnológica y de innovación.
SALUDT 016	Talleres educativos dirigidos a la comunidad entorno	Numero de talleres 12	Doce (12) por un valor de \$122.040.000	6. Realizar seminarios, cursos, congresos, talleres y eventos nacionales o internacionales de ciencia, tecnología e innovación.
SALUDT 017	Viajes nacionales y locales	Ochenta y ocho (88) viajes nacionales y locales	Ochenta y ocho (88) viajes por un valor de \$628.260.000	12. Transferencia tecnológica que comprende la asesoría, negociación, apropiación, desagregación, asimilación, adaptación y aplicación de nuevas tecnologías nacionales o extranjeras.
SALUDT 018	Viajes internacionales	Ocho (8) viajes internacionales	Ocho (8) viajes por un valor de \$173.740.000	12. Transferencia tecnológica que comprende la asesoría, negociación, apropiación, desagregación, asimilación, adaptación y aplicación de nuevas tecnologías nacionales o extranjeras.

2. Girar los recursos aprobados para cada uno de los beneficiarios del proceso de formación de alto nivel. PARÁGRAFO PRIMERO: las actividades a cargo de LOS COOPERANTES TÉCNICO Y FINANCIERO... serán detalladas en el Plan Operativo del Proyecto que aprobará el Comité Técnico Operativo”.

32. De cara al *sub-lite*, es necesario destacar las siguientes estipulaciones del Convenio Especial de Cooperación²⁹ (transcripción literal, siguiendo el orden previsto en el negocio jurídico):

“CLÁUSULA DÉCIMOTERCERA- INTERPRETACIÓN, MODIFICACIÓN, TERMINACIÓN UNILATERAL Y CADUCIDAD: En el presente convenio se entienden incorporadas las cláusulas contenidas en el artículo 14 y siguientes de la Ley 80 de 1993”.

“CLÁUSULA DÉCIMOSÉPTIMA - PENAL PECUNIARIA: En caso de incumplimiento parcial y/o total o definitivo del convenio o se declare la caducidad del convenio, LA UNIVERSIDAD DEL SINU pagará al DEPARTAMENTO una suma equivalente al veinte por ciento (20%) del valor total del convenio, como estimación anticipada y parcial de los perjuicios que se causen, sin perjuicio de que EL DEPARTAMENTO pueda solicitar a LA UNIVERSIDAD DEL SINU la totalidad del valor de los perjuicios causados en lo que excedan del valor de la cláusula penal pecuniaria. LA UNIVERSIDAD DEL SINU autoriza que EL DEPARTAMENTO descuenta de las sumas que les adeude, los valores correspondientes a la cláusula penal pecuniaria (...).”

“CLÁUSULA VIGÉSIMA - RECUPERACIÓN CONTINGENTE: Cuando EL DEPARTAMENTO determine que LA UNIVERSIDAD DEL SINU ha incurrido en incumplimiento de alguna de sus obligaciones, podrá declarar el incumplimiento del convenio en cuyo caso exigirá el reintegro de los recursos entregados correspondientes a las actividades incumplidas, más los intereses bancarios corrientes causados desde la fecha del desembolso, a las tasas vigentes en el momento de la restitución, previo agotamiento de los trámites necesarios que garanticen a LA UNIVERSIDAD DEL SINU su derecho de defensa y contradicción. De no existir tales recursos o de no resultar suficientes para cubrir la totalidad de su valor, EL DEPARTAMENTO podrá obtener el pago de la pena mediante reclamación de pago ante la compañía de seguros, dentro del amparo de cumplimiento otorgado con la garantía” (se subraya).

“CLÁUSULA VIGÉSIMOSÉPTIMA - LIQUIDACIÓN: El presente convenio será objeto de liquidación, de conformidad con lo previsto en los artículos 217 del Decreto Ley 19 del 2012 y 11 de la Ley 1150 de 2007, procedimiento que deberá efectuarse dentro de los seis (6) meses siguientes a su vencimiento o a la expedición del acto administrativo que ordene su terminación o a la fecha del acuerdo que así lo disponga. Dentro de este plazo se entiende incluido un término de cuatro (4) meses para la liquidación de común acuerdo y dos (2) meses adicionales para la liquidación unilateral si es del caso.”

²⁹ Fl. 61 y ss. del c.1.

33. El acto que es objeto de la pretensión de nulidad y restablecimiento corresponde a la Resolución 002 de 2017 emitida por el departamento de Córdoba, en la cual se resolvió lo siguiente:

“Artículo 1. Decisión. Declarar el incumplimiento por parte de la Universidad del Sinú del convenio de cooperación No. 754 del 19 de diciembre de 2013, celebrado entre el Departamento de Córdoba y la Universidad del Sinú.

Artículo 2. Declaración de siniestro. En consecuencia, se declara la ocurrencia del siniestro cubierto por la póliza de cumplimiento #3003098, otorgada por La Previsora S.A. Compañía de Seguros.

Artículo 3. Liquidación. En consecuencia, ordenar la liquidación del convenio a la mayor brevedad posible.

Artículo 4. Imposición de cláusula penal. Imponer la cláusula penal conforme a lo pactado en la cláusula décimo séptima del convenio y las consideraciones precedentes, por mil seiscientos sesenta y tres millones seiscientos nueve mil trescientos veintisiete pesos (\$1.663.609.327).

La Universidad del Sinú deberá pagar este dinero en un plazo máximo de diez (10) días hábiles a la ejecutoria de esta decisión. En todo caso, conforme a lo previsto en la cláusula décima octava, se entiende que la Universidad del Sinú autorizó al Departamento de Córdoba a compensar dichas sumas de lo que se adeudare.

Artículo 5. Otros perjuicios. Esta cláusula penal se entiende sin perjuicio de los demás daños causados al Departamento de Córdoba y detectados por la Contraloría General de la república según las consideraciones de esta decisión, o por otras autoridades competentes. (...)”³⁰.

34. Para la decisión de esta instancia, se impone a la Sala recordar que la actividad contractual del Estado se desarrolla principalmente a través de dos tipos de negocios jurídicos: los contratos y los convenios, y aunque el EGCAP no establece una distinción entre estas figuras, la jurisprudencia y la doctrina se han encargado de perfilarlos. La noción de *contrato estatal* está referida a los acuerdos de voluntades en que convergen intereses contrapuestos entre la administración y el contratista, pues se trata de un relacionamiento jurídico con fines diversos asociados al beneficio que el contrato reporta a cada una de las partes.

35. Así, mientras que para la administración lo esencial es la materialización de los cometidos públicos a su cargo, para el contratista lo es la contraprestación que obtiene por el cumplimiento de sus obligaciones (más allá de que el derrotero final sea la satisfacción del interés general). Estos contratos, por regla de principio, están sujetos al régimen general de contratación pública, sin perjuicio de que en ciertas hipótesis pueden estar sometidos a regímenes especiales, o al derecho privado cuando lo establezca la ley.

36. En el caso de los convenios, su razón de ser se explica en la promoción de objetivos mancomunados entre sus contrayentes para la realización conjunta de las actividades o competencias asignadas, sin que medie una contrapartida a favor de alguno de ellos dada la estirpe colaborativa que representa esta unión. Por sus características, el legislador les atribuye reglas específicas relacionadas con su régimen, dando especial relevancia al ejercicio de la autonomía de la voluntad. Tratándose de convenios de ciencia y tecnología dispuso la aplicación de un régimen especial que tiene como marco de actuación al derecho privado, como se pasa a ver.

³⁰ Fls. 65 a 70, del c.1.

37. La Ley 29 de 1990 fijó como deber del Estado promover y orientar el adelanto científico y tecnológico nacional, estableciendo mecanismos de relación entre sus actividades y las de otros partícipes en estas áreas del conocimiento, como las universidades (art.1).

38. A través del Decreto Ley 393 de 1991, *“Por el cual se dictan normas sobre asociación para actividades científicas y tecnológicas, proyectos de investigación y creación de tecnologías”*, se definió como una de las modalidades de asociación a los *convenios especiales de cooperación* con particulares, y puntualizó que *“[e]stos convenios se regirán por las normas del Derecho Privado”*³¹.

39. Con la expedición del Decreto Ley 591 de 1991 fueron reguladas las modalidades especiales de contratación para el fomento de actividades científicas y tecnológicas, norma que fue derogada expresamente por el art. 81 de la Ley 80 de 1993, pero dejó a salvo los artículos 2, 8, 9, 17 y 19, preservando la vigencia de estas últimas disposiciones junto con las del Decreto Ley 393 de 1991, como fue precisado por la Corte Constitucional en sentencia C-316 del 13 de julio de 1995³².

40. El artículo 17 del último Decreto citado estableció:

“Artículo 17.- Para adelantar actividades científicas o tecnológicas la Nación y sus entidades descentralizadas podrán celebrar con los particulares y con otras entidades públicas de cualquier orden convenios especiales de cooperación. En virtud de estos convenios, las personas que los celebran aportan recursos en dinero, en especie o de industria, para facilitar, fomentar o desarrollar alguna de las actividades científicas o tecnológicas previstas en el artículo 2o. de este Decreto” (se resalta).

41. De manera que esta clase de convenios, celebrados con particulares o con otras entidades públicas para el fomento o desarrollo de actividades científicas y tecnológicas, se encuentran regidos por las normas especiales dispuestas por el legislador para la consecución de los fines que lo justifican, a los que expresamente se asignó la aplicación del derecho privado³³.

42. En atención a los elementos y naturaleza asignada a cada uno de esos acuerdos – como quedó visto párrafos atrás– es postura pacífica de esta Corporación la connotación individual que separa a estas dos instituciones.

³¹ *“ARTÍCULO 7°. REGLAS DEL CONVENIO ESPECIAL DE COOPERACIÓN. El convenio especial de cooperación está sometido a las siguientes reglas:*

1. No existirá régimen de solidaridad entre las personas que lo celebren, pues cada una responderá por las obligaciones que específicamente asume en virtud del convenio.

2. Se precisará la propiedad de todos los resultados que se obtengan y los derechos de las partes sobre los mismos.

3. Se definirán las obligaciones contractuales, especialmente de orden laboral, que asumen cada una de las partes.

4. El manejo de recursos aportados para la ejecución del convenio podrá efectuarse mediante encargo fiduciario o cualquier otro sistema de administración.

5. Estos convenios se regirán por las normas del Derecho Privado”.

Artículo declarado exequible en Sentencia C-316 del 13 de julio de 1995.

³² En dicha sentencia, la Corte Constitucional precisó que *“... el decreto 393 no constituye propiamente un estatuto de contratación. Simplemente prevé entre los mecanismos de asociación para el fomento de la investigación uno especial consistente en la celebración de convenios de cooperación; de ahí la razón por la cual la ley 80 de 1993 no se ocupó de derogar tal reglamentación (...).”* Al lado de lo cual su vigencia normativa fue reconocida por la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación bajo el radicado 11001030600020100005800 del 8 de julio de 2010.

³³ La Ley 1286 de 2009, reformativa de la Ley 29 de 1990 (vigente para la época de suscripción del Convenio), no modificó la definición acerca del régimen aplicable a los convenios de ciencia y tecnología, como se desprende del contenido del art. 33 que dispone: *“Las actividades, contratos y convenios que tengan por objeto la realización de actividades definidas como de ciencia, tecnología e innovación que celebren las entidades estatales, continuarán rigiéndose por las normas especiales que les sean aplicables (...).”*, de modo que con fundamento en tal normatividad, el régimen de derecho privado es el que gobierna este tipo de negocios jurídicos.

43. Derivado de lo anterior, despunta una primera conclusión, y es que el negocio jurídico *sub lite* no se inscribe en la noción de *contrato estatal*, como lo plantea el impugnante para respaldar el ejercicio de todas las facultades que prevé el EGCAP, en tanto el interés jurídico vertido en el convenio especial, incluida la existencia de aportes por ambos contrayentes (que difiere del interés patrimonial propio de los contratos) categoriza este negocio bajo un *criterio de asociación* distinto al *criterio de conmutatividad* que atañe a la relación jurídica que se cierra entre contratante y contratista.

44. Por tanto, es definitivo que este tipo de convenios están excluidos de la aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, y por mandato legal su régimen es el derecho privado. Esta caracterización conduce a precisar que la determinación del régimen aplicable es un asunto de orden público, pues se trata de una definición que sólo compete al legislador y no puede ser objeto de acuerdo o modificación por voluntad de las partes sin quebrantar el principio constitucional de legalidad.

45. Conforme a las anteriores premisas, las facultades de que tratan las cláusulas exorbitantes, así como las prerrogativas relacionadas con la declaratoria de incumplimiento, imposición de multas y efectividad de la cláusula penal en acuerdos como el que se analiza, no pueden provenir de normas que sólo están disponibles para negocios jurídicos sometidos al régimen de contratación pública³⁴.

46. Así se ratifica en los artículos 17 de la Ley 1150 de 2007 y 86 de la Ley 1474 de 2011, pues estas disposiciones sólo autorizan a las entidades sometidas al EGCAP a efectuar tales declaratorias de forma directa, y de este contexto escapa la relación comercial *sub examine*. Dichas disposiciones señalan lo siguiente:

“ARTÍCULO 86. IMPOSICIÓN DE MULTAS, SANCIONES Y DECLARATORIAS DE INCUMPLIMIENTO. Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal (...)” (se resalta).

“ARTÍCULO 17. DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO. El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.

En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones (...)” (se resalta).

47. Al estar sometida al régimen de derecho privado la relación convencional que enlazó a las partes en el presente asunto, ello conduce inexorablemente a considerar que los actos que allí tienen origen comparten la naturaleza que tienen aquellos en el tráfico comercial propio del derecho común, donde no obran privilegios de poder público o de autoridad, que son las notas distintivas que dan lugar a la expedición de actos administrativos. Así que, en este escenario, no es posible expedir actos administrativos, sólo contractuales.

³⁴ Sin perjuicio de la aplicación de los principios de la función administrativa y gestión fiscal en los términos previstos en el art. 13 de la Ley 1150 de 2007

48. Sin perjuicio de lo anterior, la Sala reconoce que el principio de la autonomía de la voluntad habilita a las partes para asignar determinadas facultades, incluso unilaterales a alguna de ellas, y a definir los requisitos o fases para adelantar tales actuaciones. Pero hace énfasis en que esas determinaciones no llevan a variar la naturaleza de sus manifestaciones, ni ha de entenderse que tal autonomía autorice a uno de los contrayentes a expedir actos administrativos³⁵. Con otras palabras, el ejercicio de la libertad negocial y la amplitud que pueden alcanzar sus acuerdos no autoriza el pacto de potestades administrativas, pues estas solo devienen de la ley.

49. Bajo esta plataforma, la Subsección corrige el rumbo de análisis que guio al tribunal de primer grado, quien entendió que el acto demandado era de naturaleza administrativa a pesar de reconocer que su régimen legal es el derecho privado. Con estas precisiones, para decidir el asunto que se ha puesto en consideración, la Sala debe constatar si las determinaciones adoptadas en el acto contractual *sub examine* fueron fruto de las estipulaciones negociales convenidas por las partes de conformidad con los cargos aducidos por el censor y en línea con la *causa petendi*, pues al final de cuentas lo que el actor cuestiona es que, entre otros, el Departamento no contaba con prerrogativas que le permitieran adelantar un procedimiento sancionatorio que culminara con la expedición de un acto como el que censura.

50. En la apelación, el Departamento cuestiona, por incongruente, que el tribunal reconociera que las partes incluyeron en la cláusula 13 las potestades exorbitantes consagradas en el art. 14 de la Ley 80 de 1993, pero aun así concluyera que carecía de competencia para adelantar la liquidación del Convenio.

51. Frente a este reproche es evidente la falencia en la estructuración de un silogismo de razonamiento, pues bastaría acudir a los análisis efectuados sobre el régimen aplicable al Convenio para señalar que no es admisible la inclusión de tales potestades bajo el derecho privado, lo que llevaría a avanzar en un examen de validez respecto de dicha estipulación. Sin embargo, como ninguna de las facultades que prevé el art. 14 ib. fue desplegada por el Departamento, resulta inane el pronunciamiento de un tópico que no es parte de la controversia, más allá de la mención que sobre las cláusulas exorbitantes hizo el *a quo*.

52. Las decisiones adoptadas en la denominada Resolución 002 de 2007 – incumplimiento, declaratoria de siniestro, orden de liquidación, e imposición de la cláusula penal– no corresponden al ejercicio de las potestades excepcionales que prevé el art. 14 ídem; más bien, son expresión de pactos de naturaleza accidental cuya inclusión no afecta la esencia ni la naturaleza del negocio jurídico³⁶.

53. Cuando se incluyen cláusulas accidentales en un contrato regido por el derecho privado, no convierten la estipulación en una cláusula exorbitante –pues por su naturaleza no lo es–, ni transforman la facultad conferida en una prerrogativa de poder

³⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 24 de septiembre de 2020, radicación 050012331000 200300985 01 (44707). En dicha providencia se indicó que cuando la ley establece que una tipología contractual queda sometida al régimen de derecho privado, se debe entender que actúa “en las mismas condiciones que un particular, por lo cual no está [...] habilitada para expedir un acto administrativo”.

³⁶ Artículo 1501 del Código Civil. “(...) Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales”.

público. Así que ninguna relación existe entre el pacto de facultades excepcionales, respecto de las determinaciones adoptadas en el acto demandado por parte del Departamento.

54. En el *sub lite* las partes controvierten la extralimitación de facultades del Departamento al haber acudido a un procedimiento sancionatorio para declarar el incumplimiento, ordenar la liquidación del Convenio y declarar la efectividad de la cláusula penal. Por esta razón, aunque habiendo descartado que dichas atribuciones provengan de la ley (arts. 17 de la Ley 1150 de 2007 y 86 de la Ley 1474 de 2011) como quedó visto, dado que se verifica la inclusión de tales cláusulas en el Convenio, y el demandante cuestionó cómo se ejercieron, es necesario constatar si la cristalización de esas atribuciones es fiel a lo acordado.

Sobre la facultad de declarar el incumplimiento del Convenio y hacer efectiva la cláusula penal

55. Basado en el régimen de derecho privado al que quedó sometido el Convenio, el *a quo* señaló que la misma razón que excluía la consagración de cláusulas excepcionales en este tipo de convenios, aplicaba respecto de la declaratoria de incumplimiento e imposición de la cláusula penal, en tanto el art. 86 de la Ley 1474 de 2011 únicamente habilita a efectuar tales declaraciones respecto de las entidades sometidas al EGCAP; así que frente a los convenios de ciencia y tecnología no se tenía la posibilidad de hacer efectiva la cláusula penal forma directa al amparo de la citada norma.

56. El impugnante aduce que como en las consideraciones del Convenio se dispuso la aplicación de las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, allí quedó autorizado el Departamento para declarar el incumplimiento e imponer las multas y la cláusula penal pecuniaria directamente; y, comoquiera que sobre tal manifestación no hubo oposición del actor al celebrar el acuerdo, insiste en que dicho pacto es ley para las partes.

57. Para la Sala, el *a quo* acertó al señalar que conforme al régimen de derecho privado al que estaba sometido el Convenio, quedaba excluida la aplicación del art. 86 de la Ley 1474 de 2011, como atrás fue explicado. Bajo esta premisa, las facultades que el Departamento reclama no podían surgir del procedimiento administrativo dispuesto en el art. 86 ib.; empero, el examen no quedaba agotado ante tal incorrección, pues al haberse pactado aquellas estipulaciones, su origen convencional le imprime fuerza vinculante a ese consenso, y sobre este aspecto la Sala se aparta de lo razonado bajo la sentencia del Tribunal.

58. No es controvertible que aquellas atribuciones no tienen habilitación en la Ley 1474 de 2011 para ser aplicadas a convenios de ciencia y tecnología. En cambio, las partes tienen facultades para confeccionar unilateralidades, disponiendo la ruta a recorrer para poder llegar a una declaratoria de incumplimiento y hacer efectiva la cláusula penal, ya sea a través de un esquema diseñado por ellos mismos, o incluso con remisión a un procedimiento predefinido. Una estipulación así, lo único que puede significar es que las partes convinieron surtir las etapas y garantías que prevé un trámite específico, sin arrogarse poderes públicos o prerrogativas de autoridad.

59. Por la trascendencia que tales autorizaciones reportan frente al estatus negocial de las partes, la Sala debe constatar la existencia previa y expresa de una atribución convencional efectuada al Departamento para declarar incumplido el negocio jurídico y desatar sus efectos. Así, en la cláusula *vigésima* del Convenio, denominada “*Recuperación contingente*”, se recuerda que las partes acordaron:

“Cuando EL DEPARTAMENTO determine que LA UNIVERSIDAD DEL SINU ha incurrido en incumplimiento de alguna de sus obligaciones, podrá declarar el incumplimiento del convenio, en cuyo caso exigirá el reintegro de los recursos entregados correspondientes a las actividades incumplidas, más los intereses bancarios corrientes causados desde la fecha del desembolso, a las tasas vigentes en el momento de la restitución, previo agotamiento de los trámites necesarios que garanticen a LA UNIVERSIDAD DEL SINU su derecho de defensa y contradicción. De no existir tales recursos o de no resultar suficientes para cubrir la totalidad de su valor, EL DEPARTAMENTO podrá obtener el pago de la pena mediante reclamación de pago ante la compañía de seguros, dentro del amparo de cumplimiento otorgado con la garantía”³⁷.

60. La Sala se percata de que bajo el Convenio, las partes confirieron al Departamento la facultad de declarar el incumplimiento de la Universidad. Como consecuencia de tal definición, se acordó que procedería el reembolso de los recursos por la fracción incumplida, o en su defecto, que el Departamento procedería a efectuar la reclamación respectiva a la compañía de seguros *para obtener el pago de la pena* bajo el amparo de cumplimiento.

61. En relación con este último evento, no se autorizó al ente territorial a declarar el siniestro para efectuar el cobro directo de la póliza de seguro, pues no hay una manifestación en ese sentido, la que aún de haberse pactado, no resultaría exigible al asegurador por estar regido éste bajo un contrato independiente. Lo estipulado puntualmente se contrajo a señalar que el Departamento debía presentar la *reclamación* respectiva, es decir, confirmó el trámite que se adelanta en los negocios regidos por el derecho privado al que aplican las disposiciones de los arts. 1072 y ss. del Código de Comercio.

62. Respecto a la cláusula penal pecuniaria, la naturaleza accesoria y condicional de este pacto, que viene dada por el ejercicio de la autonomía de la voluntad, impone la constatación del incumplimiento de una obligación principal, pues no se trata de una estipulación que nazca y perviva de forma autónoma, sino que pende de la previa configuración de un escenario de incumplimiento negocial, como se dispone en los arts. 1592 del Código Civil y 867 del Código de Comercio, que establecen:

“Art. 1592- La cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal”.

“Art. 867.- Cuando se estipule el pago de una prestación determinada para el caso de incumplimiento, o de mora, se entenderá que las partes no pueden retractarse (...)”.

63. Teniendo en cuenta lo anterior, el punto de análisis conduce a la Sala a detenerse en el ámbito del incumplimiento declarado por el Departamento, con el fin de verificar si tal declaración es consistente con la manifestación de voluntad de las partes en autorizar a una de ellas su definición unilateral y su alcance; lo contrario representaría

³⁷ Fl. 62, c.1.

un incumplimiento del negocio jurídico por el sujeto que desborde las facultades convenidas.

64. La Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, ha indicado que para que una parte pueda declarar unilateralmente el incumplimiento de otra, debe demostrar: su cumplimiento, el incumplimiento grave y evidente del cocontratante y, actuar de buena fe al ejercer dicha autorización evitando aprovecharse de su propia falta de cumplimiento contractual³⁸. En estos eventos, habrá de desplegarse un completo análisis de responsabilidad que constate la configuración de la conducta antijurídica de incumplimiento, el perjuicio que genera dicha conducta, y el nexo causal entre ellas.

65. Revisada la Resolución 002 de 2017 se observa que el Departamento únicamente expuso como sustento para declarar unilateralmente el incumplimiento de la Universidad, que en el informe de interventoría del 20 de enero de 2017 se encontró un retraso de ejecución del 20%, y que la Contraloría General de la Nación hizo hallazgos respecto al valor no devuelto relacionado con actividades subcontratadas, pero no hizo explícitas las obligaciones incumplidas frente a las más de 20 actividades que debía adelantar el centro educativo, ni indicó cuáles fueron los compromisos no ejecutados, o cuyo cumplimiento fue parcial.

66. Al repasar el contenido del citado acto contractual, la Sala evidencia que el Departamento no reveló las razones en las que fundamentaba que la Universidad había incumplido el Convenio, y tampoco explica cómo llegó al porcentaje que se determinó incumplido. Solamente sostuvo lo siguiente (transcripción literal y extensa dada la relevancia que tiene para el análisis):

“El Gobernador ad hoc del Departamento de Córdoba (...)

CONSIDERANDO:

1. Que el 26 de enero del año en curso, el suscrito Gobernador ad hoc se constituyó en audiencia de debido proceso sancionatorio contractual respecto del convenio especial de cooperación No. 754 del 19 de diciembre de 2013, celebrado entre el Departamento de Córdoba y la Universidad del Sinú. (...)

3. Que las Cláusulas décimo sexta y décimo séptima del convenio de cooperación establecen sobre multas y cláusula penal pecuniaria lo siguiente: (...)

4. Que el incumplimiento es de tal magnitud que según el Informe de Estado Actual Convenio 754 de 2013 rendido por el Interventor el 20 de enero del presente año, que hace parte integral de esta resolución, la Universidad del Sinú ha incumplido sistemáticamente el convenio, evidenciando a la fecha un porcentaje de atraso de 20.13% en relación con el avance en que debería estar la ejecución del convenio;

5. Que en Comité Técnico Operativo del Convenio realizado el 19 de enero de 2017 se evidenció el estado de incumplimiento sistemático y generalizado por parte del cooperante; [se resalta]

³⁸ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil, sentencia SC1962-2022 del 12 de mayo de 2022, Rad. 11001-31-03-023-2017-00478-01, M.P. Octavio Augusto Tejeiro Duque. En esta providencia se dijo: “3. La responsabilidad civil contractual exige demostrar los siguientes elementos: (i). La existencia de un contrato válido; (ii); El incumplimiento -doloso o culposo- de la otra parte; (iii). El perjuicio; (iv). El nexo causal, en una relación de causa y efecto, entre el proceder de la convocada y las consecuencias que ello le produjo en el plano patrimonial o inmaterial; y (v). La mora, supuesto que variará, en cada evento, dependiendo de la clase de prestación insoluta. (...) Ahora, es preciso puntualizar que, en ese ámbito indemnizatorio, el impulsor debe justificar que atendió sus deberes o estuvo dispuesto a satisfacerlos como fue pactado, ya que solo la parte cumplidora de sus débitos contractuales puede reclamar perjuicios. Con mayor razón si de relaciones jurídicas sinalagmáticas se trata, porque en estas cada parte espera algo a cambio de la prestación que asume, toda vez que hay reciprocidad, situación que hace necesario identificar el orden cronológico en que debían ejecutarse las obligaciones, si de forma sucesiva, (primero las de una parte y luego las de la otra) o simultánea (las de las dos al tiempo), ya que el artículo 1609 ibidem determina que «[e]n los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos», es decir, la exceptio non adimpleti contractus. Tanto es así que en CSJ SC 23 mar. 1943, G.J. Tomo LV, pág. 67-72, se destacó que «(...) si el acreedor no ha cumplido por su parte la obligación que le incumbe, su demandado no está en mora de -cumplir lo pactado, y no estando en mora, su prestación no es exigible. Sería jurídicamente irregular la condena al pago de una obligación, sin exigibilidad»”.

6. Que según lo estipulado en la cláusula décimo octava del convenio, la cláusula penal es "equivalente al veinte por ciento (20%) del valor total del convenio, como estimación anticipada y parcial de los perjuicios que se causen, sin perjuicio de que EL DEPARTAMENTO pueda solicitar a EL COOPERANTE la totalidad del valor de los perjuicios causados en lo que exceda el valor de la cláusula penal pecuniaria", sin embargo, a pesar de que el cooperante UNIVERSIDAD DEL SINU renunció a su derecho a hacer descargos, es pertinente aplicar el criterio jurisprudencial relativo a la proporcionalidad de la cláusula penal...

7. Que la Contraloría General de la República en el "Informe de actuación Especial de Fiscalización. Proyectos aprobados por el Fondo de Ciencia, Tecnología e Innovación (FCTel) con recursos del sistema general de regalías al departamento de Córdoba. CGR-GITVCFMI-REGALÍAS No 91, Diciembre de 2016 "advierte algunos posibles hallazgos relacionados con el 'valor no devuelto por la Universidad del Sinú en ejecución de las actividades que subcontrató a menores valores de los presupuestados', y aunque no se concretó suma alguna para efectos de este convenio, se entiende que la cláusula penal aplicada mediante este acto administrativo es independiente del valor detectado por la Contraloría General de la República y el que se llegase a detectar por las autoridades competentes.

8. Que en razón de la carencia de personal como funcionario ad hoc, mediante Decreto 00001 de 2016 se delegaron las funciones de supervisión en el Director del Departamento Administrativo de Planeación del departamento de Córdoba. Que dicha delegación obedeció a como lo señala la parte considerativa del Decreto 00001 de 2016 citado "... que se hace necesario la delegación de los convenios de cooperación No. 750, 752 y 754, toda vez que el Gobernador ad hoc no está de manera permanente en la ciudad de Montería y en atención al cumplimiento de las funciones de su cargo no podrá realizar el seguimiento diario requeridos en los proyectos". Que esta delegación efectuada al Director Administrativo de Planeación fue asumida por el señor Manuel José Benjumea Simancas, quien, como es de conocimiento público, fue capturado por la Fiscalía General de la Nación el pasado 10 de enero de 2017.

Que en razón de estas circunstancias, así como las detectadas por el suscrito, se ordenará compulsar copias de la totalidad de estos expedientes a los entes de control competentes".³⁹

67. La cláusula vigésima del Convenio fue clara en señalar que, para llegar a una determinación de incumplimiento, se imponía el "previo agotamiento de los trámites necesarios que garanticen a LA UNIVERSIDAD DEL SINU su derecho de defensa y contradicción", postulado que, valga decir, aun de no haberse incorporado, es de plena observancia en clave constitucional frente a cualquier clase de actuación, conforme lo establece el art. 29 superior.

68. Entendiendo que las partes acordaron que tal procedimiento tendría como referente el esquema del art. 86 de la Ley 1474 de 2011 –sin hacer conversión respecto de su naturaleza convencional–, la Sala precisa que esta vía, o cualquiera que se hubiese dispuesto, no admite disminuir la garantía al derecho de defensa y contradicción, pues necesariamente frente a una declaración de responsabilidad como la que se analiza, tal procedimiento debe estar afincado en la expresión concreta de los hechos y circunstancias que constituyen el incumplimiento, en la identificación de los compromisos que se reputan desatendidos, y en la constatación del propio cumplimiento frente a tales reproches.

69. Sólo con tal precisión, la parte contra la que se aduce una conducta antijurídica negocial podrá defenderse realmente y pronunciarse frente a sucesos claros y señalamientos definidos. De no ser así, el citado precepto constitucional se vería suplido con la expedición formal de un acto, cuya generalidad imposibilita el ejercicio de contradicción que es debido, pues ¿de qué habrá de defenderse el sujeto sancionado?, ¿cómo controvierte las circunstancias de tiempo, modo y lugar que se aducen en su contra? Este derecho fundamental, alberga las máximas atinentes a la

³⁹ Is. 65 a 70, c.1.

claridad, precisión y determinación de los cargos y sus circunstancias constitutivas, pues son la garantía de defensa, y como tal no admite ningún menoscabo.

70. A su vez, no basta la mención de ciertos documentos como ocurrió en este caso respecto del informe de interventoría, pues si bien éste puede ser considerado como plataforma de una determinación de incumplimiento como parte de la decisión, el *sub examine* no da cuenta, por sí mismo, de que fuese un informe definitivo sobre el cumplimiento de todo el contrato pues según reporta el acto censurado, aquel correspondía al “Informe de Estado Actual Convenio 754 de 2013” que indicó un porcentaje de atraso de 20.13% “en relación con el avance en que debería estar la ejecución del convenio”, de donde no se colige su carácter conclusivo, ni es posible conocer si en su interior existen anotaciones sobre actividades aún no revisadas, o si existían demoras por causas externas a las partes, por ilustrar.

71. Lo anterior se sustenta en que, en los documentos allegados al proceso ese informe no acompaña el acto demandado, de modo que ni siquiera se conoce su contenido para definir si allí se cumplen los requisitos para que proceda la referida declaratoria de incumplimiento; y no es admisible dotar a tal acto de presunción de legalidad, dado que no corresponde a un acto administrativo sino a un acto contractual sometido al derecho privado.

72. Ante esta circunstancia, no es posible constatar que sobre tal informe se hubiera surtido el derecho de contradicción de la Universidad, en tanto la Resolución 002 de 2017 tampoco precisa si ese documento fue puesto en conocimiento de la demandante con anterioridad –al momento de ser expedido–. La Sala sólo cuenta con la *resolución* indicada, que no se acompaña del informe, así que, de su limitado contenido, no se observa la concreción que impone la garantía del derecho de defensa de la Universidad respecto de tal declaratoria en su contra, como lo adujo en este proceso. Se recordará, así mismo, que la respuesta de la demandada se ubica y remite al informe de interventoría, y también al hecho de que la Universidad tenía la carga de probar su cumplimiento, sin que el Departamento debiera acreditar el incumplimiento que declaró.

73. Estas falencias se predicán también de la citación al procedimiento sancionatorio que efectuó el gobernador *ad hoc* a la parte demandante, con fecha del 24 de enero de 2017⁴⁰. Allí únicamente mencionó que el soporte fáctico del proceso sancionatorio era el citado informe de interventoría junto con la sesión del Comité Técnico Operativo realizada el 19 de enero del mismo año, de los cuales denotaba que el proyecto de salud tropical, a corte del 31 de diciembre de 2016, presentaba un avance físico del 78.96% frente a un avance programado el 99.09%, lo que conllevaría a un atraso general del 20.13%.

74. En la citación se menciona que de las 20 actividades del plan operativo pactado, 7 estaban debidamente cumplidas, mientras que 8 presentaban retraso significativo, sin especificar qué actividad, el porcentaje de incumplimiento de cada cual, ni los eventos de atraso imputables a la Universidad, y señaló que otras, tampoco identificadas, estaban “vencidas”. Sumado a que, no se menciona nada sobre la evaluación del

⁴⁰ Cd a fl. 177, c. 1.

proyecto hecha por la Contraloría General de la República, si es que consideraba que de allí podía establecer alguna premisa de responsabilidad.

75. En los términos anotados, a los que se agrega la aplicación del principio de buena fe contractual, es claro que la entidad demandada debió exponer frente a cada una de las 18 actividades su estado de cumplimiento y las circunstancias y razones que reportaba la desatención parcial de algunas de ellas, identificándolas. Acto seguido, procedía su análisis de cara a la estructura negocial acordada, pues no será la mención a un informe o a un reporte de un órgano de control, del que se pueda, a la llana, inferir el incumplimiento sin más explicaciones.

76. Las anteriores razones son suficientes para concluir que el Departamento no ejerció en debida forma la potestad examinada, en aspectos medulares de la facultad que las partes le confirieron, por lo que una decisión en tales condiciones, al provenir de un comportamiento que se margina del contexto negocial, carece de efectos, como será declarado.

77. En este punto, la Sala encuentra agotado el camino relacionado con el análisis del incumplimiento que disputaron las partes, pues el tribunal de primer grado, en decisión que no fue objeto de apelación, afirmó que no hay prueba en el expediente sobre el estado de ejecución del convenio desde septiembre de 2016 hasta la fecha de expedición de la resolución demandada, de modo que no hay forma de establecer si hubo o no incumplimiento de la Universidad. Indicó que ello es así, en la medida que *“no se cuenta con las pruebas suficientes para que prospere esta causal ...además, lo manifestado por el testigo Jorge Escobar Aviles no es suficiente para reemplazar los documentos que se hayan expedido con ocasión el (sic) convenio de cooperación suscrito entre las partes”*⁴¹.

78. De acuerdo con los artículos 320 y 328 del CGP, que define la competencia del juez de segunda instancia, dado que el apelante no elevó reproche alguno contra la determinación del *a quo* sobre la ausencia de elementos de prueba que permitan constatar el incumplimiento de la Universidad, tal determinación queda cubierta por la presunción de acierto y legalidad que acompaña las decisiones judiciales que no son cuestionadas; de manera que en esta instancia no hay razón para auscultar un tema ya decidido, respecto del cual, ambas partes estuvieron de acuerdo pues ninguna formuló un motivo de disenso frente a esta conclusión.

79. Sin base sobre la cual edificar el referido incumplimiento queda, a su vez, despojado de fundamento cualquier análisis relacionado con la posibilidad de hacer efectiva la cláusula penal impuesta el artículo 4 de la Resolución 002 de 2017, dado su carácter accesorio y condicional respecto de la ejecución de los compromisos negociales. Así, ante la ausencia de una declaración de incumplimiento, ninguna de sus consecuencias puede pervivir por sí sola.

Cargo relacionado con la vulneración al debido proceso declarado por el *a quo*

⁴¹ Fl. 211, c. principal.

80. Al hilo de la anterior conclusión, esta Subsección queda relevada de avanzar en el análisis de los demás reproches pregonados en la censura de cara al efecto integral de esa decisión, pues ante la constatación de que el Departamento incumplió el Convenio a través del sobrepaso de sus facultades unilaterales de origen negocial, resulta inane que frente a un acto que será declarado sin efectos, se pase a analizar si existió o no otra forma de vulneración que lleve al mismo destino. Por ende, se modificará el fallo de primera instancia en este sentido.

Sobre la facultad de liquidación

81. Ante las inconsistencias que expresa la censura en relación con esta facultad, se impone a la Sala precisar: i) que la cláusula de liquidación no es parte del catálogo de potestades previstas en el art. 14 de la Ley 80 de 1993; ii) este tipo de cláusula es de naturaleza accidental, por regla de principio; y, iii) cuando se pacta bajo el derecho privado, no es aplicable el procedimiento de liquidación previsto en el EGCAP.

82. El núcleo de este último razonamiento parte de recordar que la Ley 80 de 1993 introdujo entre sus disposiciones especiales una etapa de liquidación para los contratos sometidos a dicha normatividad, escenario en el cual se efectúa el corte de cuentas del negocio jurídico a través de un procedimiento fijado en la ley que autoriza a las partes a incorporar *los acuerdos, conciliaciones y transacciones (...) para poner fin a las divergencias presentadas*. Cuando este propósito no se alcanza de mutuo acuerdo, se faculta a la entidad contratante a realizarlo de manera unilateral mediante acto administrativo y, agotada esta fase, se podrá acudir al juez.

83. Dicho procedimiento tiene lugar para aquellos contratos a los que se refiere el art. 60⁴² de la Ley 80 de 1993, y en los términos del art. 11⁴³ de la Ley 1150 de 2007, de los cuales, sin duda, no hacen parte los negocios jurídicos regidos por el derecho común. Así lo ha precisado esta Corporación al analizar la naturaleza y alcance de cláusulas de liquidación en ambos regímenes:

“86. Por oposición a lo anterior, al acudir al régimen privado tal procedimiento o fase de liquidación no existe como imperativo general, como tampoco se presume que está dotado de ese contenido. Bastaría recordar la connotación accesoria que tienen las cláusulas relacionadas con la liquidación del contrato para advertir la ausencia de un mandato legal en tal sentido y, por ende, la inexistencia de una ruta obligada para llegar a ese destino.

87. Valga decir que en estos casos, como la liquidación es fruto de las estipulaciones acordadas por las partes, éstas se comprometen a intentar concertar el balance del negocio jurídico como protagonistas de lo acontecido en el itinerario contractual, se trata de una obligación en que el papel central se mantiene en la autonomía de la voluntad y en el principio de libertad negocial, a partir del

⁴² “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.

También en esta etapa las partes acordarán los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar.

En el acta de liquidación constarán los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo (...).”

⁴³ “ARTÍCULO 11. DEL PLAZO PARA LA LIQUIDACIÓN DE LOS CONTRATOS. La liquidación de los contratos se hará de mutuo acuerdo dentro del término fijado en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, o dentro del que acuerden las partes para el efecto. De no existir tal término, la liquidación se realizará dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la expiración del término previsto para la ejecución del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga.

En aquellos casos en que el contratista no se presente a la liquidación previa notificación o convocatoria que le haga la entidad, o las partes no lleguen a un acuerdo sobre su contenido, la entidad tendrá la facultad de liquidar en forma unilateral dentro de los dos (2) meses siguientes (...).”

cual, son ellas quienes en ese momento definen si se logra o no un arqueo concertado y el alcance del mismo.

88. A su vez, si lo pactado es o subsidiariamente corresponde a una cláusula de liquidación unilateral bajo el derecho común, el resultado de tal gestión sigue siendo parte de una obligación contractual en cabeza de quien fue designado para realizar dicho encargo, en los términos en que tal autorización fue conferida⁴⁴.

84. En el caso concreto, aunque las partes dejaron consignada una etapa de liquidación, al revisar sus términos se observa que no se asignó a ninguno de los contrayentes la facultad de liquidarlo, no se evidencia cuál sería su procedimiento y tampoco se identifica a cargo de quien estaría cuál atribución; por lo que vale la pena repasar su contenido:

“LIQUIDACIÓN: El presente convenio será objeto de liquidación, de conformidad con lo previsto en los artículos 217 del Decreto Ley 19 del 2012 y 11 de la Ley 1150 de 2007, procedimiento que deberá efectuarse dentro de los seis (6) meses siguientes a su vencimiento o a la expedición del acto administrativo que ordene su terminación o a la fecha del acuerdo que así lo disponga. Dentro de este plazo se entiende incluido un término de cuatro (4) meses para la liquidación de común acuerdo y dos (2) meses adicionales para la liquidación unilateral si es del caso.”

85. Es ostensible que el contenido de esta estipulación es una réplica de aquellas cláusulas propias de negocios jurídicos sometidos al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en los que se acude al procedimiento de liquidación en sede administrativa –en los términos de las disposiciones allí referidas– cuando el régimen legal impone acuerdos diferenciales. Este pacto refleja, la bien explicada *huida del derecho privado*, donde la administración se rehúsa a operar bajo acuerdos fundados en la autonomía de la voluntad, guiados por los principios de la función administrativa, prefiriendo la aplicación de premisas preestablecidas en la ley bajo la creencia que con ello se despoja de toda duda y discrecionalidad el ejercicio de las competencias y facultades que la ley les ha asignado.

86. Por ello, el panorama de la cláusula transcrita se enfrenta con el régimen aplicable a los convenios especiales de ciencia y tecnología, pues el posicionamiento paritario de los contrayentes revela que no existen privilegios de uno frente al otro, ni disposiciones legales que respalden facultades que se sobrepongan entre ellas; de suerte que para modificar ese parámetro de igualdad a favor de alguno de los contrayentes, es indispensable la existencia previa de una declaración convencional que así lo exprese.

87. Enseña la jurisprudencia de lo contencioso administrativo, que para el ejercicio de las denominadas unilateralidades negociales en acuerdos sometidos al derecho común, tal facultad debe estar pactada de forma previa, clara y expresa en el respectivo acuerdo, y descarta que ello pueda inferirse. En este contexto, ha indicado que *“[E]sta Corporación en cuanto al ejercicio de las unilateralidades en un contrato que se rige por las reglas derecho privado, ha señalado, por ejemplo, que para la validez de la cláusula de terminación unilateral por incumplimiento se requiere, entre otras cosas, que aquella sea pactada expresamente (...)”*⁴⁵ (énfasis original).

⁴⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, Sentencia del 9 de mayo de 2024, Exp. 76001233100020060332003 (53.962). Aunque referido al régimen de los contratos de las empresas de servicios públicos, el desarrollo indicado es aplicable *mutatis mutandis* a esta materia.

⁴⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 22 de octubre de 2021, Exp. 52001233300020170059801 (65.978)

88. En la misma línea, ratifica la existencia de “*algunas pautas para el ejercicio de este tipo de cláusulas, de manera particular, en relación con la liquidación unilateral de un contrato regido por el derecho privado [pues sí] bien en los contratos que se rigen por el derecho privado no existe la obligación de liquidarlos –como sí sucede con algunos que están sometidos al EGCAP por expresa disposición legal–, resulta válida la inclusión de cláusulas con esa finalidad, lo cual constituye una manifestación del ejercicio de la autonomía de la voluntad (...) enfatizado en la necesidad de que aquellos se plasmen de manera expresa, clara e inequívoca*”⁴⁶ (negrilla original).

89. De la cláusula vigésimo séptima referida, no es posible establecer la expresión de voluntad clara e inequívoca de que el Departamento quedaba autorizado para adelantar su liquidación unilateral, pues no se está frente a una relación contratante-contratista que conduzca al procedimiento que prevé el EGCAP, a lo que se agrega que la sola mención de los cuerpos legales allí referidos no permite constatar o adecuar esa premisa, sin realizar inferencias o suposiciones. Comoquiera que el estatus de igualdad negocial respecto de la liquidación no fue modificado a favor de una de las entidades, ninguna de ellas quedó facultada para acometer tal encargo.

90. La Sala constata que la simple remisión al término supletivo para la liquidación de los contratos sometidos al ECAP, no implica haber conferido al Departamento facultades unilaterales liquidatorias, pues sin mención expresa de esa atribución, cómo definir a cuál de las dos contrayentes se refería la cláusula; menos aun sustenta un obrar en el escenario de las prerrogativas de poder público. Esta conclusión impone negar el cargo del apelante que insiste en la competencia del Departamento para emitir dicha orden basado en un régimen legal que no aplica al convenio, con la precisión de que no se declarará la configuración del vicio de *falta de competencia* sino el incumplimiento del Departamento expresado en el ejercicio de una facultad que no fue pactada, por lo que dicha orden de liquidación carece de efectos vinculantes.

Conclusión

91. Corolario de todo lo anterior, esta Sala concluye que si bien la Resolución 002 de 2017 no puede ser objeto de una declaratoria de nulidad, dispositivo que sólo se predica de los actos administrativos, al ser escrutada bajo el régimen que por ley le corresponde y en aplicación al principio *iura novit curia*, procederá a declarar el incumplimiento del negocio jurídico conforme a las bases en que se trabó la *litis*, comoquiera que lo cuestionado es la extralimitación de facultades originada en la actuación de una de las partes, emitida en el acontecer contractual. A la par de esta determinación y atendiendo al objeto y fin solicitado en la pretensión segunda de la demanda, y por ser un aspecto inescindible con la decisión que aquí se adopta, se declarará que las determinaciones contenidas en el mencionado acto no están llamadas a producir efectos frente a la Universidad del Sinú.

Costas

⁴⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 13 de agosto de 2024, Exp. 44001234000020140012601 (70470).

92. De conformidad con el artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021⁴⁷, y en armonía con el artículo 365 del CGP, la Sala condenará en costas por la segunda instancia a la parte accionada, en la medida en que fracasaron los cargos de apelación que formuló. Dicha condena no requiere la apreciación o calificación de una conducta temeraria, sino la verificación objetiva de quién resultó vencido. La liquidación de las costas se debe adelantar de manera concentrada en el Tribunal que conoció del proceso en primera instancia, de acuerdo con lo que dispone el artículo 366 del Código General del Proceso.

93. En relación con las agencias en derecho, se pone de presente que se regirán por el Acuerdo PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura. De conformidad con su artículo segundo, para la fijación de las agencias en derecho, se debe tener en cuenta “*la calidad y la duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y demás circunstancias especiales directamente relacionadas con dicha actividad, que permitan valorar la labor jurídica desarrollada*”, sin que en ningún caso se puedan desconocer los rangos de las tarifas mínimas y máximas señaladas por el artículo 5 de esta misma normativa, la cual, para los asuntos declarativos de segunda instancia con cuantía, fija una tarifa mínima de un (1) SMLMV y una máxima de (6) SMLMV.

94. En este caso existió gestión procesal del apoderado de Universidad del Sinú y, en tal virtud, las agencias en derecho se fijan en un (1) salario mínimo legal mensual vigente.

IV. PARTE RESOLUTIVA

95. En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Córdoba del 15 de abril de 2021, por las razones expuestas, cuya parte resolutive quedará así:

“PRIMERO: DECLARAR que el Departamento de Córdoba, al expedir la Resolución 002 del 26 de enero de 2017, incumplió el Convenio 754 de 2013, por las razones señaladas en esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR que ninguna de las manifestaciones contenidas en la Resolución 002 del 26 de enero de 2017, expedida por la entidad demandada, están llamadas a producir efectos frente a la Universidad del Sinú”.

TERCERO: Sin condena en costas”.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte demandada y **FIJAR** como agencias en derecho por la segunda instancia a favor de la Universidad del Sinú, la suma de un (1) salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia. Las costas se liquidarán de manera concentrada en el Tribunal *a quo*.

⁴⁷ Como el recurso se interpuso el 23 de agosto de 2023, le son aplicables las modificaciones introducidas por la Ley 2080 de 2021.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
MARÍA ADRIANA MARÍN

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
FERNANDO ALEXEI PARDO FLÓREZ

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

Nota:** se deja constancia de que esta providencia se suscribe de forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar la integridad y autenticidad del presente documento en el link <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/Vistas/documentos/validador>. Igualmente puede acceder al aplicativo de validación escaneando con su teléfono celular el código QR que aparece a la derecha. **Se recuerda que, con la finalidad de tener acceso al expediente, los abogados tienen la responsabilidad de registrarse en el sistema Samai.

