

**ALCANCE DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DECLARATORIA DE
INCUMPLIMIENTO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 86 LEY 1474 DE 2011 EN
RELACIÓN A LOS CONVENIOS DE CTei
SCOPE OF THE ADMINISTRATIVE PROCEDURE DECLARATION OF NON-
COMPLIANCE PROVIDED IN ARTICLE 86 LAW 1474 OF 2011 IN RELATION TO
THE CTei AGREEMENTS**

Andrés Felipe Pérez Obando¹

Lizeth Alexandra Perdomo Castillo²

RESUMEN

El artículo 86 de la ley 1474 de 2011 tiene como objetivo facultar a las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (en adelante EGCAP), para que declaren el incumplimiento de los contratos y convenios en los que no se cumpla a cabalidad las cláusulas pactadas; es así como las entidades estatales pueden no sólo declarar el incumplimiento sino además cuantificar los perjuicios, imponer multas y sanciones e incluso hacer efectiva la cláusula penal. Como todo procedimiento, lleva inmersos lineamientos que se deben surtir para invocarse el referido artículo; una vez una entidad estatal evidencia un posible incumplimiento procede a citar a la otra parte para debatir los hechos constitutivos del mismo, dicha audiencia adelantada por el jefe de la entidad o su delegado expondrá las normas y cláusulas que se consideran fueron violadas por parte del contratista. Si bien es cierto que este mecanismo dotó a las entidades públicas de facultades sancionatorias, también lo es el hecho de

¹ Abogada de la Universidad Unimeta. Estudiante de Especialización en Derecho Procesal en la Universidad Libre de Colombia. Correo electrónico: lizperdomo30@hotmail.com

² Abogado de la Universidad Unimeta. Estudiante de Especialización en Derecho Procesal en la Universidad Libre de Colombia. Correo electrónico: andres-felipe.47@outlook.com

que de acuerdo al decreto 393 de 1991 los convenios de cooperación cuyo objeto sea desarrollar actividades científicas y tecnológicas, proyectos de investigación y creación de tecnologías, las reglas que operan en dichos convenios se regirán por las normas de derecho privado, quedando un vacío jurídico en cuanto al procedimiento administrativo que la entidad pública debe surtir, problemática que es aún más compleja si además se tiene en cuenta que frente a este tipo de convenios no operan las cláusulas exorbitantes dispuestas en el artículo 14 de la ley 80 de 1993; siendo pertinente analizar el alcance que tiene el artículo 86 de la ley 1474 de 2011 frente a incumplimiento en este tipo de convenios.

Palabras claves. Contratación estatal, convenios, ciencia y tecnología, derecho privado

ABSTRACT

Article 86 of Law 1474 of 2011 aims to empower state entities subject to the general contracting statute of the public administration, to declare the breach of contracts and agreements in which the agreed clauses are not fully complied with; This is how state entities can not only declare non-compliance but also quantify the damages, impose fines and sanctions and even make the penal clause effective. Like any procedure, it carries immersive guidelines that must be supplied to invoke the referred article; Once a state entity evidences a possible breach, it proceeds to summon the other party to discuss the constituent facts of the same, said hearing carried out by the head of the entity or his delegate will expose the rules and clauses that are considered to have been violated by the contractor. . Although it is true that this mechanism endowed public entities with sanctioning powers, it is also true that, according to Decree 393 of 1991, cooperation agreements whose purpose is to develop scientific and technological activities, research projects and technology creation , the rules that operate in said agreements will be governed by the rules of private law, leaving a legal void in the procedure that must be applied if

it is also taken into account that the exorbitant clauses provided in article 14 of Law 80 of 1993; being pertinent to analyze the scope of article 86 of law 1474 of 2011 in the face of non-compliance with this type of agreement

Keywords. State contracting, agreements, science and technology, private law

Introducción

Esta investigación pretende analizar el alcance que tiene el procedimiento administrativo “declaratoria de incumplimiento” dispuesto en el artículo 86 ley 1474 de 2011 en relación a los convenios de CTei, entendidos estos convenios según la ley, como aquellos en donde se desarrollan actividades de ciencia, tecnología e innovación.

Al respecto, esta investigación se ocupa en analizar la naturaleza jurídica de este tipo de convenio donde si bien es cierto los recursos son públicos, una de las partes contractuales debe ser una entidad pública y se efectúa empleando una modalidad de contratación estatal dispuesta en la Ley 80 de 1993 como lo es la contratación directa, también lo es, que este tipo de convenios por su objeto están regulados por el derecho privado y tienen un régimen especial contemplado en los decretos ley 393 y 591 de 1991; hecho que puede significar posibles vacíos jurídicos en cuanto a las herramientas legales con las que cuentan las entidades estatales para proteger y salvaguardar el erario.

Frente a lo anterior, el problema jurídico que esta investigación pretende estudiar esta relacionado con el mecanismo y/o instrumento que a disposición del legislador según la ley 1474 de 2011 artículo 86, tienen las entidades estatales para invocar posibles incumplimientos de los contratos y/o convenios estatales, pero que puede estar supeditado a ciertos tipos de convenios como es el caso de los que tienen por objeto actividades relacionadas con ciencia, tecnología e innovación. Pues bien, lo dispuesto por el artículo 86 de la ley 1474 de 2011 al parecer no puede llevarse a cabo si se tiene en cuenta el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, en donde se establece que para los convenios y contratos que desarrollen actividades relacionadas con ciencia, tecnología e innovación, no es procedente utilizar cláusulas o estipulaciones excepcionales, es

decir, que no es procedente invocar un incumplimiento; de tal manera, la ley dispone que el procedimiento que debe efectuarse es el regulado por el derecho privado.

De acuerdo a lo expuesto, se plantea como pregunta de investigación ¿Cuál es el alcance del procedimiento administrativo “declaratoria de incumplimiento” dispuesto en el artículo 86 ley 1474 de 2011 en relación a los convenios de CTei?

Para contestar el interrogante formulado se dispuso como objetivo general: establecer a través de la ley y la jurisprudencia, el alcance del procedimiento administrativo “declaratoria de incumplimiento” dispuesto en el artículo 86 ley 1474 de 2011 en relación a los convenios de CTei; como objetivos específicos en primer lugar, explicar cómo opera el procedimiento dispuesto en el artículo 86 de la ley 1474 de 2011 frente a incumplimiento de contratos estatales; en segundo lugar, indagar la naturaleza jurídica de los convenios estatales de ciencia, tecnología e innovación; en tercer lugar, analizar si procede lo dispuesto en el artículo 86 ley 1474 de 2011 en convenios CTie. En cuanto a la metodología, se acude a una investigación cualitativa haciendo uso de la revisión documental puntualmente en la doctrina y en investigaciones de tipo académico, además, de la revisión jurisprudencial.

Declaración de incumplimiento según artículo 86 de la ley 1474 de 2011

En Colombia a partir del año 2011 con la ley 1474 el legislador expide una ley cuyo principal fin es fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción en la gestión pública; problemática que, según el índice de percepción de la corrupción 2020 de Transparencia Internacional, califica al país con 39 puntos sobre 100, ubicándolo en la posición 92 entre 180 países, dicha calificación no ha tenido una variación significativa desde el año 2012 puesto que oscila entre 36 y 39 puntos. En cuanto a los países que hacen parte de la OCDE, Colombia sólo es superado por México y ocupa el penúltimo puesto entre 37 países evaluados (Transparencia Colombia, 2021, p. 1).

Así las cosas, el legislador a través de la ley 1474 de 2011 dispuso entre otros, el artículo 86 como un mecanismo procesal mediante el cual las entidades sometidas al estatuto general de la contratación de la administración pública, tienen la facultad de declarar incumplimientos en materia contractual, siéndole permitido, además, cuantificar los perjuicios a que haya lugar, imponer multas y sanciones e incluso hacer efectiva la cláusula penal si fue pactada en el contrato.

Esta disposición legal brinda herramientas a las entidades estatales para llevar un mayor control en materia contractual, su alcance está dirigido a iniciar procedimientos sancionatorios desde la misma entidad en contra de aquellos contratistas que no cumplen o que lo hacen de manera parcial, afectando de manera directa e indirecta los intereses de la entidad contratante, de la administración pública y del erario.

En este sentido, las entidades estatales se presuponen están sometidas al régimen de contratación pública, ley 80 de 1993 y demás normas y decretos reglamentarios, normatividad

que está dirigida a garantizar el interés general y las finalidades del Estado, al respecto la Corte Constitucional se ha referido en los siguientes términos:

En un Estado Social y Democrático de Derecho la contratación estatal, en tanto modalidad de la gestión pública, está regida por los principios de igualdad, moralidad, eficacia, celeridad, economía, imparcialidad y publicidad, previstos en el artículo 209 de la Constitución. En la contratación estatal está comprometido el interés general, ya que el contrato estatal es un instrumento para cumplir las finalidades del Estado, hacer efectivos los deberes públicos y prestar los servicios públicos, con la colaboración de los particulares. La prevalencia del interés general, que es uno de los fundamentos del Estado Social y Democrático de Derecho de Colombia, conforme a lo previsto en el artículo 1 de la Constitución, implica que la defensa de este interés es una finalidad primordial en materia de contratación estatal y, además, un elemento relevante para su fundamento y estructura. Por ello, la entidad estatal debe cumplir con los antedichos principios y garantizar que los contratistas también los cumplan, tanto en planeación como en la celebración y ejecución del contrato estatal (C.C., Sentencia C-499/2015, Colom.).

El artículo 86 de la ley 1474 de 2011 materializa la potestad sancionatoria que tiene la administración, conocida a la luz de la Corte Constitucional como la *Ius Puniendi* de la administración; Ramírez (2010) manifiesta que esta potestad es una facultad y herramienta que la ley le otorga al Estado para que pueda cumplir sus fines y garanticen la protección del interés general.

El poder sancionatorio permite que las entidades estatales se auto regulen, por ejemplo, imponiendo multas en contra de contratistas que incumplan sus obligaciones contractuales, lo que se traduce también en una facultad fiscalizadora en relación a la imposición de algunas

medidas derivadas de la afectación o vulneración de preceptos legales, que en materia contractual se conoce como desobediencia del cumplimiento de las obligaciones contractuales pactadas (Velázquez, 2004).

Los procedimientos dispuestos en el artículo 86 de la ley 1474 de 2011 hacen referencia al proceso sancionatorio contractual, cuya razón de ser se expuso en la exposición de motivos de la referida ley en los siguientes términos:

No existe en la actualidad un procedimiento expedito para apremiar o castigar al contratista incumplido. El Estado debe poder contar con instrumentos efectivos para apremiar el cumplimiento del contrato, como para sancionar al contratista incumplido y proteger el interés público de los efectos nocivos de los incumplimientos. A pesar del progreso hecho a ese respecto por la Ley 1150 de 2007, es necesario complementarla a propósito de dotar a la entidad estatal de un procedimiento expedito para adoptar esas medidas, respetando en todo momento el debido proceso, para efecto se establece un procedimiento oral, de una audiencia, para que previa citación, el contratista ejerza su derecho de defensa, y la entidad adopte la decisión que corresponda en relación con la imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento.

Como se puede observar, el procedimiento está encaminado a que la administración pública a través de un procedimiento ágil logre hacer efectiva la ejecución de un contrato. Para la Corte Constitucional, la facultad sancionatoria de la que goza la administración pública si bien es una herramienta para garantizar el cumplimiento de las obligaciones contractuales pactadas con un contratista, también implica que su implementación esté en concordancia con los criterios de proporcionalidad y razonabilidad, de esta manera se legitima el poder sancionador, por lo tanto,

esta facultad se hace efectiva para respetar y garantizar el interés general y la ley (Monroe, 2016); razón por la cual, debe respetar principios constitucionales como el debido proceso.

La potestad sancionatoria que tiene la administración pública de acuerdo al ordenamiento jurídico nacional, tal como lo manifiesta López (2015), conlleva tres elementos integradores. El primer elemento es el denominado mecanismo de autoprotección, bajo el cual la administración hace uso de su facultad para proteger sus intereses, el interés general y el erario; el segundo elemento es la competencia, donde la entidad pública tiene la facultad para imponer medidas a sus administrados, que para el caso contractual es en contra del contratista; el tercer elemento son los medios punitivos, haciendo referencia a los instrumentos que tiene la administración para hacer efectivo sus cometidos.

La potestad sancionatoria de la que trata el artículo 86 de la ley 1474 de 2011, faculta a la administración o entidad estatal a interponer entre otros, multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento en contra de los contratistas que han incumplido total o parcialmente sus obligaciones convenidas. En relación con la declaratoria de incumplimiento, esta facultad legal está a cargo de la administración pública con la finalidad de declarar el quebranto, vulneración o incumplimiento de las obligaciones que se han establecido a través de un vínculo jurídico - contrato, que ha efectuado una entidad estatal con un tercero, con la finalidad de proteger el interés general.

Tal como lo indica Sotelo (2013), con la audiencia de incumplimiento que se desprende del artículo 86 de la ley 1474 de 2011, se supone que, al desarrollarse en una audiencia, se hace efectivo los principios de concentración, oralidad y celeridad, donde la inasistencia de los convocados faculta a la administración a decidir sobre el presunto incumplimiento dejando constancia de la inasistencia.

Es de recordar, que la administración está en la obligación de adelantar los procedimientos que sean pertinentes para cumplir sus cometidos y evitar un grave perjuicio al interés general, por ello, sus actuaciones incluyendo la declaratoria de incumplimiento, debe efectuarse de manera oportuna, continua, eficiente, eficaz y en sintonía con el ordenamiento jurídico nacional, cualquier actuación diferente se podría llegar a considerar como una infracción a dicho ordenamiento jurídico, lo cual genera responsabilidades derivadas por el no cumplimiento del deber de actuar oportuna y regularmente (Caldera, 2001).

De la potestad sancionatoria derivada del artículo 86 de la ley 1474 2011, de acuerdo con Quintero y Páez (2015), a pesar de que las entidades públicas puedan imponer medidas y declarar el incumplimiento de los contratos, estas decisiones están sometidas al ordenamiento jurídico, que para el caso que nos ocupa, es susceptible de control y revisión por parte del juez de lo contencioso administrativo, el cual tiene a su cargo observar la correcta obediencia al derecho del debido proceso que sin importar el tipo de procedimiento, incluso el que esté reglamentado en el estatuto contractual, tiene el mismo alcance y relevancia.

El Consejo de Estado en relación al incumplimiento del contratista, ha hecho énfasis en los elementos que integran el incumplimiento, los cuales deben ajustarse al contrato previamente suscrito, lo cual significa que, para decidirse sobre la declaratoria de incumplimiento, debe existir previamente indicios que supongan el incumplimiento total o parcialmente las obligaciones derivadas de un contrato (C.E., Sentencia 23001-23-31-000-2000-02857-01/24697, Colom.).

Esta misma Corporación puntualizó en que la declaratoria de incumplimiento tiene una doble perspectiva, por un lado, es un ilícito administrativo que conlleva a declarar la caducidad del contrato, se hace efectivo el poder punitivo de la administración; por otro lado, el contratista

desde el ámbito civil debe responder por los perjuicios que ocasione a la administración por el incumplimiento (C.E., Sentencia 00680-01/20738, Colom.).

Ahora bien, en lo que respecta al proceso, la declaratoria de incumplimiento tal como lo señala el artículo 86 de la ley 1474 de 2011, se origina en la entidad estatal como contratante, siendo la misma entidad pública la que impulsa, preside, desarrolla y decide sobre el presunto incumplimiento teniendo en cuenta el informe de interventoría o de supervisión en donde se impulse el presunto incumplimiento; tal como lo señala el citado artículo, la audiencia que decide el presunto incumplimiento debe desarrollarse en la mayor brevedad posible. Sin embargo, para que se pueda llevar a cabo este procedimiento es necesario que el mismo opere bajo el principio constitucional del debido proceso, puesto que a través de este principio se reconocen las garantías mínimas del contratista dentro de la audiencia, tales como el derecho a ser oído, a ofrecer y producir pruebas y a fundamentar sus descargos (López, 2012).

A pesar de que en el artículo 86 de la ley 1474 de 2011 se otorga la potestad sancionatoria a las entidades estatales en contra de sus contratistas, al analizar el procedimiento de declaratoria de incumplimiento, no se persigue la imposición de una multa o sanción, su fin último es declarar precisamente el incumplimiento por parte del contratista, tal como se puede evidenciar en el referido artículo, el legislador no establece un procedimiento específico para llevar a cabo la audiencia de incumplimiento, ni términos o límites en el tiempo, no dispone garantías de control y vigilancia, y la administración actúa como juez y parte (Laverde, 2018), lo que puede significar que la entidad pública no hace efectivo el principio de imparcialidad en la decisión que declare el incumplimiento, principio con el cual “se procura garantizar que, en la búsqueda de la verdad real, la Administración actuará con objetividad en la toma de decisiones y con absoluto respeto hacia los derechos subjetivos e intereses legítimos de los administrados” (Vargas, 2016,

p. 34); pero que resulta ser cuestionable cuando es la propia administración como juez, la que resuelve un incumplimiento que ella misma impulsó.

Sin embargo, si se acude al artículo 17 de la ley 1150 de 2007, se puede observar que el legislador estableció que en materia sancionatoria rige el principio rector del debido proceso en las actuaciones contractuales, lo que significa que a pesar de que el artículo 86 de la ley 1474 de 2011, no haya establecido de manera puntual el proceso que debe surtirse frente a la declaratoria de un incumplimiento, es claro que cualquier tipo de decisión que se efectúe en dicha audiencia deberá estar sujeta a un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista, por lo tanto, sólo es procedente cuando se está frente a un pendiente en la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista.

Por consiguiente, cualquier tipo de actuación que adelante la Administración pública se desarrollarán prestando especial atención a los principios del debido proceso, transparencia, eficacia, celeridad entre otros; haciendo referencia al debido proceso, la administración debe garantizar al contratista el derecho de representación, defensa y contradicción, que en materia sancionatoria son de obligatorio cumplimiento además de los principios de legalidad de las faltas y de las sanciones, de presunción de inocencia, de no reformatio in pejus y non bis in idem (Becerra, 2020).

Frente al procedimiento del artículo 86 de la ley 1474 de 2011 en relación con la declaratoria de incumplimiento, la Corte Constitucional ha sentado su oposición frente al procedimiento que debe operar indicando que la misma debe contener la citación del contratista que presuntamente ha incumplido el contrato, las razones que impulsan el incumplimiento, la fecha y hora de su realización, la citación a los garantes que demuestren interés en el procedimiento, el proceso probatorio, el derecho de uso de la palabra en la audiencia, la

motivación de la decisión sobre el incumplimiento, la forma en que se entienden notificada la decisión, los recursos que proceden, la forma en que se debe notificar la respuesta al recurso interpuesto, la posibilidad de suspender la audiencia por asuntos probatorios y la posibilidad de finalizar la audiencia por cesación del incumplimiento (C.C., Sentencia C- 434/2013, Colom.).

Éste procedimiento tiene la particularidad de que en una única audiencia se inician y se agotan todas las actuaciones que conllevan a la decisión de declarar o no el incumplimiento; procedimiento que se efectúa en estos términos bajo los principios de concentración y celeridad, sin embargo, está sujeto a acciones y actuaciones procesales como por ejemplo la interposición de recursos, recusaciones, prácticas de pruebas, entre otros, que conllevan a que el procedimiento no se efectúe de manera rápida y sin dilaciones injustificadas. Lo anterior se presenta en gran parte por que el artículo 86 no establece ningún tipo de término o plazo bajo el cual se deba llevar a cabo la audiencia de incumplimiento, por lo que es más complejo hacer efectivo que el contratista cumpla con sus obligaciones adquiridas con la entidad pública (Reyes, 2016).

El Consejo de Estado jurisdicción de lo contencioso administrativo, indicó que la audiencia incumplimiento regulada por el artículo 86 bajo el principio de concentración es de carácter oral y se desarrolla en una única audiencia, la cual permite que el contratista ejerza su derecho de defensa y contradicción, aporte y solicite pruebas, presente recusación, reposición, aplazamientos y las prórrogas que bajo el principio del debido proceso puedan proceder con la finalidad de garantizar que el proceso es garantista, especialmente para el contratista, quien según como lo considera esta Corporación, puede estar en una posición de desventaja frente a la actuación de la administración (C.E., Sentencia 110010306000-2013-00384-00/2157, Colom.).

CONVENIOS DE CTei

En Colombia los diferentes gobiernos han comprendido la necesidad de invertir en proyectos que pretendan desarrollar actividades de ciencia, tecnología e innovación; dicha necesidad surge

de la propia constitución política de 1991 la cual en sus artículos 69, 70 y 71 establecen que el Estado tiene la obligación de fortalecer, fomentar y promover la ciencia y la tecnología en el país, obligación que hace necesario hacer uso de diferentes procedimientos que la misma legislación ha establecido para lograr desarrollar este tipo de actividades. Bajo este contexto, la ley 29 de 1990 le otorgó facultades extraordinarias al gobierno nacional para que regulara de forma puntual las modalidades contractuales que debían operar para el desarrollo y ejecución de actividades científicas y tecnológicas, expidiendo los decretos ley 393 y 591 de 1991, este último definió las actividades de ciencia y tecnología:

1. Investigación científica y desarrollo tecnológico, desarrollo de nuevos productos y procesos, creación y apoyo a centros científicos y tecnológicos y conformación de redes de investigación e información.
2. Difusión científica y tecnológica, esto es, información, publicación, divulgación y asesoría en ciencia y tecnología.
3. Servicios científicos y tecnológicos que se refieren a la realización de planes, estudios, estadísticas y censos de ciencia y tecnología; a la homologación, normalización, metrología, certificación y control de calidad; a la prospección de recursos, inventario de recursos terrestres y ordenamiento territorial; a la promoción científica y tecnológica; a la realización de seminarios, congresos y talleres de ciencia y tecnología, así como a la promoción y gestión de sistemas de calidad total y de evaluación tecnológica.
4. Proyectos de innovación que incorporen tecnología, creación, generación, apropiación y adaptación de la misma, así como la creación y el apoyo a incubadoras de empresas, a parques tecnológicos y a empresas de base tecnológica.

5. Transferencia tecnológica que comprende la negociación, apropiación, desagregación, asimilación, adaptación y aplicación de nuevas tecnologías nacionales o extranjeras.
6. Cooperación científica y tecnológica nacional e internacional (Decreto 591 de 1991, art. 2, Colom.).

De acuerdo a lo establecido en el artículo segundo del decreto 393 de 1991, las actividades descritas en el párrafo anterior debían integrarse de forma sistemática con lo previsto en el decreto 591 de 1991, así como también, con las dispuestas en el artículo 18 de la ley 1286 de 2009. Como se puede observar, las actividades de ciencia, tecnología e innovación gozan de un régimen contractual especial, así lo ha establecido el Consejo de Estado:

A fin de determinar la aplicación de estas normas especiales, que individualizan y caracterizan los contratos aludidos, debe acudirse a la definición que el artículo 2.º del Decreto Ley 591 de 1991 (en concordancia con los artículos 1.º y 2.º del Decreto 393 de 1991) realiza de las actividades científicas y tecnológicas susceptibles de contratar.

(...) De acuerdo con la norma transcrita, el régimen especial se aplica cuando los contratos enunciados tienen por objeto el desarrollo de cualquiera de las anteriores actividades, lo que, por consiguiente, excluye aquellas que no encuadren en alguna de ellas o les sean meramente de auxilio o apoyo (C.E., Sentencia 25000-23-31-000-2000-13018-01/16653, Colom.).

Las actividades comprendidas dentro de la clasificación que hace la normatividad citada, para el profesor Dávila (2016), no deben entenderse como una única ejecución de dichas actividades, su concepto debe estar dirigido a la finalidad del objeto contractual a desarrollar que debe ser propender por el desarrollo y el fomento de este tipo de actividad. En este mismo sentido Pino (2005), considera que los contratos derivados del CTei no deben basarse en la

simple difusión de informes científicos o de resultados destinados para realizar futuras actividades científicas, es decir, deben realmente propender por la ejecución de actividades científicas, tecnológicas y de innovación, caso diferente, se estaría invocando de manera injustificada la celebración de contratos bajo este régimen especial. Similar interpretación manifestó la Corte Suprema de Justicia quien ha sostenido que este régimen especial que conlleva ejecutarse mediante la modalidad de contratación directa debe generar realmente CTei, por consiguiente, no puede ser una mera actividad de apoyo a ese propósito (C.S.J., Sentencia SP9225-2014/37462, Colom.).

Ahora bien, el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, define a los contratos estatales como

todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que a título enunciativo se definen a continuación (Ley 80 de 1993, art. 32, Colom.).

Definición que como se puede observar incluye los actos jurídicos celebrados por entidades públicas aun cuando estén previstos en el derecho privado o en disposiciones especial, lo que significa que los contratos y convenios de CTei son una forma de contrato estatal por qué una de las partes del contrato es una entidad estatal.

Ahora bien, al momento de establecer si los contratos de CTei están sujetos o no, al estatuto general de contratación de la administración pública, se ha presentado una discusión con respecto al régimen que aplica este tipo de contratos en razón a que el decreto 393 y 591 de 1991 establecen de forma puntual que los asuntos contractuales de ciencia, tecnología e Innovación se rigen por el régimen especial el cual es autónomo al EGCAP. Lo anterior parte del hecho de que

la ley 80 de 1993 no derogó en su totalidad el decreto ley 393 de 1991, así lo anotó la Corte Constitucional al señalar que si bien es cierto el decreto 393 no es un estatuto de contratación, si regula “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” (C.C., Sentencia C- 434/13, Colom.).

Según lo expuesto por Chávez (2015), la ley 80 de 1993 derogó algunas disposiciones del decreto ley 591, lo que según el autor es una clara manifestación del legislador de disponer que los decretos 591 y 391 de 1991 continuarán regulando los convenios celebrados en materia de ciencia, tecnología e Innovación.

Al respecto la sala de consulta del Consejo de Estado también ha indicado que la ley 80 de 1993 no derogó los artículos 2,8,9,17 y 19 de la ley 591 de 1991, una clara intención de que el legislador no tuvo la intención de derogar la regulación especial para los convenios y contratos de ciencia, tecnología e Innovación. Para la sala penal de la Corte Suprema de Justicia, los aspectos sustantivos que no se encuentren regulados en los decretos ley 393 y 591 de 1991, se deben ceñir a lo dispuesto en el EGCAP:

una interpretación sistemática y teleológica de estas disposiciones lleva a concluir que la existencia de los Decretos 393 y 591 de 1991 no exime de aplicar, en lo pertinente, la Ley 80 de 1993, más aún si se tiene en cuenta que el primero, en su artículo 9.º, supedita la celebración de convenios de cooperación entre la administración pública y entidades de este mismo carácter, a que guarden «. conformidad con las normas generales», vale decir con el restante ordenamiento jurídico y de manera especial con el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en todo aquello que no esté regulado en forma expresa por los Decretos Ley mencionados (C.S.J., Sentencia SP9225-2014, Colom.).

Por lo expuesto, la ley 1150 de 2007 que modificó el EGCAP en conjunto con el decreto 1082 de 2015, disponen que los contratos cuyo objeto sea la ejecución y desarrollo de actividades de CTei son una causal de contratación directa “e) *Los contratos para el desarrollo de actividades científicas y tecnológicas*” (Ley 1150 de 2007, art. 2, Colom.); directriz que también se encuentra reiterada en el artículo 2.2.1.2.1.4.7 del decreto 1082 de 2015.

Frente a la disposición de que este tipo de contrato sean promovidos bajo la modalidad de contratación directa, Pino (2005), manifiesta que los contratos de ciencia y tecnología se celebran con el contratista que demuestre mayor idoneidad para el cumplimiento del objeto contractual, por lo que es efectuar una licitación o concurso resulta innecesario puesto que desde los mismos estudios previos se ha indicado a la persona más idónea para desarrollar las actividades contractuales. Al respecto, Palacio (2004) manifiesta que, al disponerse la modalidad de contratación directa para este tipo de actividades contractuales, se está frente a una persona natural o jurídica a la cual se le evidencia una mayor capacidad que a otros contratistas garantizando tanto la idoneidad como la experiencia en el área de ciencia y tecnología.

De igual manera si bien es cierto que no se está inmerso en una licitación o concurso, las entidades estatales tienen la obligación legal de acuerdo al artículo segundo de la ley 1150 de 2007 y demás normas reglamentarias, de realizar un análisis en donde se debe exponer tanto los fundamentos jurídicos y fácticos que permitan justificar previo a la apertura del proceso, la utilización de la modalidad de contratación directa para la ejecución del convenio o contrato de ciencia y tecnología; tal como lo ha señalado el Consejo de Estado, la justificación que permita hacer uso de la contratación directa para ejecutar un contrato convenio de ciencia y tecnología no se debe interpretar de forma extensiva ni tampoco debe ser considerada como una facultad sin ningún tipo de límite que le permitan la administración seleccionar a su arbitrio los procesos

contractuales y los contratistas que los ejecutarán (C.E., Sentencia 11001-03-06-000- 2013-00384-00/2157), por lo tanto, tal como reitera el Consejo de Estado, los contratos y convenios de CTei también están sujetos a los principios constitucionales y a los que rigen la contratación estatal haciendo especial énfasis en el principio de selección objetiva.

En el ordenamiento jurídico existen varios principios que rigen las actividades de ciencia, tecnología e Innovación en la contratación estatal, el principio de transparencia opera en los siguientes términos: *“Transparencia. Las instituciones, programas, proyectos y personas objeto de apoyo, se podrán seleccionar mediante convocatorias públicas, basadas en criterios de mérito y calidad”* (Ley 1286 de 2009, art. 5, Colom.); artículo que analiza la sala de consulta y servicio civil del Consejo de Estado, al referirse que a pesar de que este tipo de contratos por mandato legal se desarrollan bajo la modalidad de contratación directa, el artículo referido permite que bajo el principio de transparencia la selección del contratista pueda realizarse a través de convocatorias públicas que permitan pluralidad de ofertas haciendo hincapié en el principio de selección objetiva y del principio de transparencia (C.E., Sentencia 25000-23-31-000-2000-13018-01/16653).

Otro de los aspectos relevantes en los contratos de ciencia, tecnología e innovación es lo dispuesto en la ley 80 de 1993 puntualmente en el artículo 14, donde prescinde a este tipo de contratos de cláusulas o estipulaciones extrañas al derecho común como lo son las denominadas cláusulas excepcional, por lo tanto, no es posible que la entidad estatal haga uso de las cláusulas de interpretación, modificación o terminación unilateral, de caducidad del contrato o de reversión. Frente a este punto, el Consejo de Estado ha indicado que aún si dentro del contrato se establecen cláusulas excepcionales, este será declarado ilegal y nulo por estar en contravía de los derechos del contratista (C.E., Sentencia 85001-23-31-000-2000-00198-01/20968, Colom.).

**PROCEDENCIA DEL PROCEDIMIENTO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 86 LEY
1474 DE 2011 EN CONVENIOS CTie**

Si bien es cierto que el artículo 7 del decreto 393 de 1991 dispuso que los convenios especiales de cooperación destinados a desarrollar actividades que ciencia y tecnología se deben desarrollar bajo el régimen de derecho privado, así también el artículo 24 de la ley 80 de 1993 previó que este tipo de contratos se debían celebrar a través del régimen de contratación directa, lo que significa que la ley 80 regula los convenios de ciencia y tecnología de manera simultánea con las normas especiales que el legislador ha establecido para este tipo de convenios, siendo el régimen de derecho privado dispuesto en la ley 393 de 1991 una aplicación subsidiaria a este tipo de convenios. Así lo ha interpretado el Consejo de Estado al indicar que los contratos cuyo objeto esté dirigido a fomentar la ciencia y la tecnología se encuentran sujetos al estatuto general de contratación de la administración pública, es decir, que su regulación está derivada de los decretos ley 393 y 591 de 1991 y la ley 80 de 1993 (C.E., Sentencia 05001-23-24-000-1996-00680-01/20738, Colom.).

En este análisis, el Consejo de Estado ha hecho referencia a la naturaleza jurídica de los recursos destinados a contratos de ciencia, tecnología e innovación, indicando que, si bien no existe una disposición legal que permita establecer e identificar su naturaleza jurídica, dichos recursos en su aspecto funcional son recursos públicos en razón a tres aspectos característicos:

- a) son recursos de origen público según la naturaleza de la entidad contratante y del ordenamiento jurídico que los regula

- b) su entrega por parte de conciencias afecta a un fin o destinación específica, con el cual se da cumplimiento al objetivo finalidad pública a cargo de la entidad
- c) su contratista o cooperante recibe los recursos, exclusivamente, para utilizarlos en la actividad objeto del contrato (C.E., Sentencia 05001-23-24-000-1996-00680-01/20738, Colom.).

Para el Consejo de Estado, los recursos para contratos o convenios de ciencia, tecnología e innovación al ser de naturaleza pública sin importar su destinación o fin, su restitución puede hacerse efectiva invocando el medio de control denominado acción de controversias contractuales, sumado a otros tipos de acciones y procedimientos que el ordenamiento jurídico ha previsto para la protección y salvaguarda de los recursos públicos. Es importante recalcar, que para el Consejo de Estado los convenios especiales de ciencia, tecnología e innovación configuran un tipo de subvención otorgado al cooperante de la entidad, esta subvención es comprendida como un subsidio que se constituyen un instrumento jurídico típico de la actividad administrativa de fomento el cual se caracteriza por ser:

- i. una prestación generalmente expresada en dinero
- ii. el sujeto activo del Estado o una persona de derecho público
- iii. el sujeto pasivo es otra persona jurídica de derecho público, un particular que ejerza funciones administrativas por disposición de la ley o un particular que realice actividades que puedan ser identificadas con la finalidad de interés general, no pueden tener, por lo tanto, como objetivo principal, directo e inmediato el enriquecimiento del beneficiario, aun cuando indirectamente afecte manera positiva su patrimonio

- iv. no tiene el carácter de contraprestación por un servicio prestado, lo que le excluye de toda consideración contractual
- v. los dineros percibidos deben ser utilizados para el fin de interés general para el cual se otorga el referido beneficio (C.E., Sentencia 25000-23-26-000-2010-03126-01, Colom.).

Así las cosas, como los convenios de ciencia, tecnología e innovación están dispuestos para satisfacer un fin específico, este tipo de convenio lleva inmerso una condición resolutoria tácita que se hace efectiva con el vencimiento del plazo para el cual se destinó su ejecución, en el caso de que el cooperante no haya utilizado los recursos para el desarrollo de la actividad objeto del convenio es obligatorio que el cooperante restituya dichos recursos, puesto que es claro que bajo el régimen legal que opera este tipo de convenios no puede predicarse contraprestación, caso tal en el que de no cumplirse con la prestación convenida se estaría frente al ámbito propio de la responsabilidad contractual.

Los recursos de los convenios de ciencia, tecnología e innovación como bien se explicó en líneas anteriores están condicionados al cumplimiento de la destinación específica origen del convenio indica que estos recursos pertenecen al patrimonio público de la entidad contratante y no deja de ser así hasta tanto se utilicen para el fin previsto.

La naturaleza de los convenios especiales de ciencia y tecnología se encuentra establecido en los decretos 393 y 591 de 1991, en conjunto con el estatuto general de contratación de la administración pública, siendo subsidiaria las normas de derecho privado, a esta conclusión llega el Consejo de Estado en concepto emitido por parte de la sala de consulta en el año 2017, explicando que la ley 80 de 1993 no derogó el decreto ley 393 de 1991 puesto que este decreto no se considera como un estatuto de contratación, sino que es observado como un decreto en

donde se disponen los mecanismos de asociación para las actividades de investigación, ciencia y tecnología.

Lo anterior permite establecer que los convenios de ciencia y tecnología se rigen por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993 y en los decretos 393 y 591 de 1991, siendo el derecho privado norma subsidiaria ante lo no regulado por la normatividad referida; por ende, al analizar lo dispuesto por el Estatuto de Contratación en referencia al incumplimiento de las obligaciones pactadas en los contratos estatales, el legislador estableció en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 los medios que las entidades estatales pueden invocar para el cumplimiento del objeto contractual: interpretación unilateral, de la modificación unilateral, de la caducidad, de la terminación unilateral. Pero de igual manera, en el párrafo del artículo referido se señaló que para el caso de los contratos que “tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas” (Ley 80 de 1993, art. 14, Colom.), se prescindirá de utilizar los medios referidos.

La ley 80 de 1993 dispone de los medios que tienen las entidades estatales para declarar incumplimientos, pero como se evidencia, estos no pueden aplicarse a contratos cuyo objeto sea desarrollar actividades de ciencia y tecnología. En lo que respecta al Decreto 393 de 1991, el legislador no hace referencia alguna frente al procedimiento o las acciones que deben operar frente a incumplimientos de los convenidos o contratistas de los contratos o convenios de ciencia y tecnología, en este decreto solo se dispone sobre las modalidades de asociación, sus propósitos, y de forma puntual se indica dentro de las reglas de los convenios especial de cooperación se regirán por el régimen del derecho privado.

Para el caso del Decreto 591 de 1991, este fue derogado por la ley 80 de 1993 pero el legislador estipulo como excepción a los artículos 2, 8, 9, 17 y 19. El artículo segundo hace

referencia a las actividades que se consideran científicas y tecnológicas; el artículo octavo hace referencia a las formas en como se opera los contratos de financiamiento destinados a desarrollar actividades de ciencia y tecnología; el artículo noveno regula los contratos de administración e proyectos; el artículo diecisiete hace referencia a los convenios especiales de cooperación; y el artículo diecinueve dispone sobre las medidas conducentes para los efectos de la transferencia tecnológica.

La ley 80 de 1993 no contempla el procedimiento que debe surtir cuando se esta incurso un incumplimiento derivado de contratos o convenios cuyo objeto son actividades de ciencia y tecnología; situación que es la misma en los decretos 393 y 591 de 1993. De acuerdo a lo expuesto, tal como lo indica el Consejo de Estado, es pertinente acudir al régimen del derecho privado para establecer si efectivamente en el ordenamiento jurídico se establece el procedimiento a seguir ante la falta de regulación del procedimiento en contratos y convenios de ciencia y tecnología en las normas referidas.

Conclusiones

Como se puede observar, en el ordenamiento jurídico nacional el legislador ha previsto la necesidad de establecer a través de la ley 80 de 1993, un estatuto que regule la contratación estatal; de la misma manera y frente a la realidad del país en cuanto a la problemática de la corrupción en las entidades públicas en relación con los recursos públicos, también previo en la ley 1474 de 2011 los instrumentos mediante los cuales se pretende combatir este flagelo, un ejemplo de esta afirmación es lo dispuesto por el artículo 86 de la ley referida, la cual faculta a las entidades estatales a realizar control directo sobre sus contratos y de ser el caso, iniciar incumplimiento cuando existan razones suficientes que permitan inferir que el contratista no está cumpliendo las obligaciones convenidas.

A pesar de esta facultad, es posible que las entidades estatales observen que la audiencia de incumplimiento puede no operar en todos los contratos o convenios, esto significa que dentro del ordenamiento jurídico nacional si bien se ha establecido que los convenios y contratos tienen la misma naturaleza en el ámbito de la contratación estatal, no es lo mismo para el tipo de objeto que desarrollen, es decir, que algunos contratos o convenios por disposición legal tienen otro tipo de procedimiento frente a posibles incumplimientos que no guardan relación con lo dispuesto por el artículo 86 de la ley 1474 de 2011.

Lo anterior como bien se explico en el desarrollo del presente artículo, sucede en convenios y contratos en los que se desarrollan actividades de ciencia, tecnología e innovación, los cuales el legislador les ha asignado una directriz legal ajena al estatuto de contratación estatal, esto significa, que decretos como el 393 y 591 de 1991 sin llegar a ser considerados como regímenes, si regulan estos objetos contractuales, llegando a limitar la facultad de la audiencia de incumplimiento de las entidades estatales.

A pesar de que la jurisprudencia del Consejo de Estado dispone que los decretos 393 y 591 de 1991 son subsidiarias de la ley 80 de 1993 en cuanto a los convenios o contratos de ciencia, tecnología e innovación, así mismo, se considera que se está frente a un vacío jurídico en cuánto a los fines de la audiencia de incumplimiento en este tipo de convenios o contratos, que como bien se enunciaron son la interpretación unilateral, de la modificación unilateral, de la caducidad, de la terminación unilateral; los cuales, si se parte de lo establecido en el artículo 14 de la ley 80 de 1993 no operan en contratos y convenios cuyo objeto contractual esta dirigido a desarrollar actividades de ciencia, tecnología e innovación.

Así las cosas, esta investigación permitió analizar la naturaleza jurídica de los convenios CTei, así como también, el alcance que tiene la audiencia de incumplimiento de la ley 1474 de

2011 frente a este tipo de objetos contractuales, siendo importante resaltar que de operar en este tipo de contratos, no es permitido legalmente que las entidades estatales como resultado de la audiencia de incumplimiento, decidan sobre el incumplimiento como tal, es decir, limiten, suspendan, interpreten, modifiquen o terminen el contrato o convenio. Por consiguiente, el procedimiento de la audiencia de incumplimiento no tendría alcance alguno en este tipo de objeto contractual, lo que tampoco aparentemente, se encuentra regulado en los decretos 3939 y 591 de 1991, ya que como se precisó, estos decretos tienen vigentes solo algunos de sus artículos, sumado a lo anterior, en los artículos aún vigentes no se establece el procedimiento que se debe seguir frente al incumplimiento del contratista o convenido, siendo a consideración de los presentes autores, un vacío legal que debe ser regulado para evitar dilataciones en los posibles procedimientos legales que se deben adelantar frente a los incumplimientos de los contratistas o convenidos de este tipo de actividades contractuales.

Referencias bibliográficas

Becerra, A. (2020). *Contratos del Estado*.

<http://www.tesauro.com.co/NORMGENERALES/MATRIZNORGENERALES%20OK.html>

Caldera, H. (2001). *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I. Santiago: Ed. Parlamento, 1ª edición.

Chávez, M. (2015). *Los Convenios de la Administración* (3.a ed.). Temis.

Colombia. Ley 1286 de 2009. Por la cual se modifica la Ley 29 de 1990, se transforma a Colciencias en Departamento Administrativo, se fortalece el Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación en Colombia y se dictan otras disposiciones. Enero 23 de 2009. Diario Oficial 47.241

Colombia. Decreto 0591 de 1991. Por el cual se regulan las modalidades específicas de contratos de fomento de actividades científicas y tecnológicas. Febrero 26 de 1991. Diario Oficial 39702.

Colombia. Ley 1150 de 2007. Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos. Julio 16 de 2007. Diario Oficial No. 46.691

Colombia. Ley 1474 de 2011. Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública. Julio 12 de 2011. Diario Oficial No. 48.128

Colombia. Ley 80 de 1993. Por la cual se expide el Estatuto general de Contratación de la Administración Pública. Octubre 28 de 1993. Diario Oficial No. 41.094

Colombia. Decreto 1082 de 2015. Por medio del cual se expide el Decreto único reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional. Mayo 26 de 2015. Diario Oficial No. 49523

Consejo de Estado [C.E.], Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, octubre 22, 2012. C.P.: Enrique Gil Botero, Sentencia 25000-23-26-000-2010-03126-01/20738, [Colom.].

Consejo de Estado [C.E.], Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, febrero 11, 2009. C.P.: Ruth Stella Correa Palacio, Sentencia 25000-23-31-000-2000-13018-01/16653, [Colom.].

Consejo de Estado [C.E.], Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, mayo 09, 2012. C.P.: Mauricio Fajardo Gómez, Sentencia 85001-23-31-000-2000-00198-01/20968, [Colom.].

Consejo de Estado [C.E.], Sala de Consulta y Servicio Civil, octubre 10, 2013. C.P.: Álvaro Namen Vargas, Sentencia 11001-03-06-000- 2013-00384-00/2157, [Colom.].

Consejo de Estado de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, octubre 24, 2013. C.P.: Enrique Gil Botero, Sentencia 23001-23-31-000-2000-02857-01/24697, [Colom.].

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, octubre 22, 2012.
C.P.: Enrique Gil Botero, Sentencia 05001-23-24-000-1996-00680-01/20738, [Colom.].

Corte Constitucional [C.C.], julio 19, 1995, M.P.: Antonio Barrera Carbonell, Sentencia C316/95, [Colom.].

Corte Constitucional [C.C.], julio 10, 2013, M.P.: Alberto Rojas Ríos, Sentencia C-434/2013, [Colom.].

Corte Constitucional [C.C.], agosto 05, 2015, M.P.: Mauricio González Cuervo, Sentencia C-499/2015, [Colom.].

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. 2014. M.P. María del Rosario González Muñoz. Sentencia SP9225-2014(37462), [Colom.].

Dávila, V. (2016). *Régimen Jurídico de la Contratación Estatal* (3.a ed.). Legis

Laverde, A. (2018). *Manual de procedimiento administrativo sancionatorio*. Bogotá: Legis

López, C. (2015). *La potestad sancionadora de la administración pública para la imposición de sanciones en el ámbito contractual*. Bogotá: Universidad Militar Nueva Granada

Palacio, H. (2004). *La contratación de las entidades estatales (4.a ed.)*. Librería Jurídica Sánchez.

Pino, R. (2005). *El régimen jurídico de los contratos estatales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia

Quintero, M., & Páez, I. (2015). *La potestad sancionadora de la administración en el ámbito contractual: Los casos de Perú y Colombia*. Derecho & Sociedad.

Ramírez, T. (2010). *Reflexiones acerca del principio de proporcionalidad en el ámbito del derecho administrativo sancionador colombiano*. Estudios Socio-Jurídicos.

- Reyes, L. (2016). *El estatuto anticorrupción-ley 1474 de 2011 y su alcance en el régimen de la contratación estatal: críticas y comentarios*. Medellín: EAFIT.
- Sotelo, R. (2013). *La participación del garante en el procedimiento sancionatorio contractual y en las declaratorias de incumplimiento: una obligación incoherente*. Verba Iuris.
- Transparencia Colombia. (2021). *Colombia no logra avances significativos en percepción de corrupción*. <https://transparenciacolombia.org.co/2021/01/28/colombia-no-logra-avances-significativos-en-percepcion-de-corrupcion/>
- Vargas, L. (s.f.). *Principios del procedimiento administrativo sancionador*. San José de Costa Rica
- Velásquez, M. (2004). *Ejercicio de la potestad sancionadora de la administración en España y Colombia para la protección del medio ambiente y los recursos naturales*. Revista de derecho: División de ciencias jurídicas de la Universidad del Norte.

