

Los convenios celebrados por la Administración con los particulares: fundamentos, aproximación conceptual y rasgos característicos

Por Augusto Ramón Chávez Marín*

Introducción

El presente trabajo se ubica en el contexto de una investigación más amplia hecha por el autor en una obra sobre los convenios celebrados por la Administración Pública¹. En tal libro se propone una teoría general sobre esa figura, en la cual se predica la existencia del género *convenios de la administración*, integrado por dos categorías: los conocidos *convenios interadministrativos*, celebrados entre personas jurídicas públicas o entre entidades estatales, y los *convenios administrativos*, suscritos por la Administración Pública con los particulares. Así, las tres partes que componen dicho texto se dedican respectivamente a estudiar, en su orden, la mencionada teoría general y las dos figuras indicadas.

En el presente artículo se pretende hacer una aproximación a la fundamentación conceptual de la participación y colaboración *consensual* de los particulares² en la ejecución de funciones públicas y específicamente de la función administrativa, así como a la figura que sirve de instrumento jurídico para su formalización y procedencia. Ese mecanismo se identifica como *convenio administrativo*.

El convenio administrativo se enmarca en las nuevas tendencias de actuación del Estado constitucional, social y democrático contemporáneo y comporta una de las manifestaciones de la forma como actualmente se gestiona lo público, en la cual se observa particularmente la adopción de mecanismos consensuales en la gestión administrativa; a su vez se presenta como una expresión propia de un nuevo modelo de Estado y específicamente del adoptado por la Constitución Colombiana de 1991. Esta forma de actuar, que corresponde a un modo de ser del Estado y de la administración, está caracterizada sucesivamente por los principios democrático y de solidaridad, por la participación social y ciudadana, por la actividad concertada y consensual, por el fomento de actividades de interés público y por la colaboración convencional en su desarrollo y en el de las funciones administrativas. Por ello, una vez se examine en los primeros apartes la incidencia que los anteriores aspectos tienen en la existencia y materialización del convenio administrativo, integrados bajo el acápite de los fundamentos conceptuales y contexto histórico, se analizará el concepto correspondiente a este

*Magistrado del Tribunal Administrativo de Caldas. Magister en Derecho Administrativo y profesor universitario.

¹ *Los convenios de la administración: entre la gestión pública y la actividad contractual*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2ª ed., 2012, en prensa Temis, 3ª edición.

² En el capítulo 10 del libro mencionado titulado *Los convenios para la ejecución de funciones administrativas por particulares en la Ley 489 de 1998 o convenios administrativos de colaboración*, el autor estudia las tres fuentes de atribución de funciones administrativas a particulares, una de las cuales es el convenio.

instrumento jurídico y se expondrán las características que permiten distinguirlo de otras figuras que se le aproximan conceptualmente.

1. Fundamentos conceptuales y contexto histórico

Un nuevo modelo de Estado fue adoptado por la Constitución Política de 1991. En efecto, el nuevo régimen constitucional propone en el marco del Estado social de derecho, un renovado diseño de múltiples manifestaciones, en cuyo seno tienen vigencia y profundización principios fuertemente relacionados: el de la democracia participativa, que implica la participación de los particulares en la gestión de las funciones públicas; el de la libre competencia entre los particulares y el Estado; el del fomento de actividades privadas de interés general y el de cooperación entre las autoridades administrativas en el desarrollo de sus funciones.³

En el contexto de la participación,⁴ la nueva Carta prevé en forma genérica la posibilidad del desempeño de funciones públicas o administrativas o la prestación de servicios públicos por los particulares. Lo hace en varias disposiciones, entre las cuales se destacan el artículo 123, el cual establece que la ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen *funciones públicas* y regulará su ejercicio; el artículo 210, en donde se dispone que los particulares pueden cumplir *funciones administrativas* en las condiciones que señale la Ley; y el artículo 365, que preceptúa que *los servicios públicos* estarán sometidos al régimen jurídico fijado por la Ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas o por particulares.⁵

Otra serie de normas constitucionales autorizan la participación de los particulares

³ “El reto de la búsqueda de una nueva legitimidad para el Estado ha sido asumido por la sociedad colombiana mediante un amplio y democrático proceso constituyente, que ha terminado con la expedición de una Constitución caracterizada por el consenso, la cual ha transformado radicalmente las premisas jurídicas, políticas e ideológicas del Estado. Como resultado, tenemos una Constitución en la cual se ha acogido el desarrollo de las fuerzas sociales y se ha revaluado el concepto de soberanía nacional, con la idea de incrementar la participación ciudadana, la que se constituye en fundamento principal del Estado”. SÁNCHEZ TORRES, Carlos Ariel, *Participación ciudadana y comunitaria*, Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2000, p. 16.

⁴ Para la Línea de Gasto Público perteneciente al Grupo de Investigación Carlos Holguín Holguín de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, “El concepto de *participación* se entiende como un proceso social que resulta de la acción intencionada de individuos y de grupos en busca de metas específicas, en función de intereses diversos y en el contexto de tramas concretas de relaciones sociales y de poder. (...) En su forma institucionalizada ha tenido momentos de auge y caída. Generó una gran expectativa y una importante movilización ciudadana en la década de los ochenta, la que se incrementó con la aprobación de la Carta Política en 1991”. Véase “Consensos, participación ciudadana y ajuste estructural de las finanzas públicas en Colombia 1998-2002”, en *Revista Estudios Socio-jurídicos*, volumen 5, n° 2, Universidad del Rosario, Bogotá, octubre de 2003, p. 68.

⁵ Es interesante observar cómo cada una de estas disposiciones se ubica en contextos constitucionales distintos, en los cuales se regulan diferentes formas de la gestión pública: el artículo 123 en el título V - capítulo 2, “De la función pública”; el artículo 210 en el título VII - capítulo 5, “De la función administrativa”; y el artículo 365 en el título XII - capítulo 5, “De la finalidad social del Estado y de los servicios públicos”.

en el desarrollo específico de ciertos servicios públicos, como por ejemplo, en el de seguridad social (C.P., artículo 48), la salud (artículo 49) y la educación (artículos 67 y 68).

La participación constituye un principio básico del Estado colombiano y se erige por los artículos 1 y 2 de la Constitución del 91 como una finalidad esencial del Estado social de derecho, que se proyecta más allá del ámbito político a la acción administrativa, y del campo propiamente estatal a toda la actividad social.⁶ Por ello son diversas los tipos o manifestaciones de la participación en un Estado democrático.

Para Álvaro Tafur Galvis la participación tiene múltiples modalidades o formas, las cuales pueden agruparse atendiendo al ámbito de su incidencia preponderante y directa, así como a la autoridad ante la cual se hace efectiva. Es así como pueden distinguirse la participación social en el ámbito político, en la función constituyente o frente a la actividad legislativa, que se cumple básicamente ante el órgano legislativo; la participación administrativa, ante o en los órganos administrativos; y la participación en el ámbito de los organismos de control y la rama judicial.⁷

1.1. La participación en la función administrativa

Específicamente, la intervención de los particulares en la actividad administrativa puede agruparse, conforme lo expone Tafur Galvis, en intervención de colaboración e intervención propiamente participativa. Al efecto este autor diferencia el concepto de participación frente al de colaboración, aunque admite que algunas normas constitucionales los confunden.⁸ Para este importante iuspublicista la primera se instituye como un derecho constitucional a intervenir y, como tal, entraña un deber de igual rango, dado que es una carga impuesta con

⁶ Para una lectura del contexto socio-político de la participación ciudadana, así como los presupuestos que hacen posible su existencia, véanse los capítulos I y II del libro de profesor SÁNCHEZ TORRES, op. cit., pp. 23-40.

⁷ Cfr. TAFUR GALVIS, *La Constitución de 1991 y la modernización del Estado colombiano*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1993, p. 34. Para otra clasificación de la participación véase, SÁNCHEZ TORRES, op. cit., p. 62.

⁸ Aunque también Tafur Galvis, en la presentación de la obra que en este momento seguimos, ubica los dos conceptos como proyección del sentido participativo, al indicar que en tal aspecto “la Constitución prevé la intervención directa de los asociados en la prestación de servicios públicos, sea por su iniciativa en relación con algunos de tales servicios- o en virtud de contratos o convenios con los organismos públicos titulares. También en reiteración y ampliación de principios ya aceptados legalmente se proclama la intervención de los particulares en el ejercicio de funciones administrativas típicas y, en fin, a partir de la prohibición establecida en el primer inciso del artículo 355 de ‘decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado’ se dispone la posibilidad de que el Gobierno, en los diferentes niveles y con cargo a los respectivos presupuestos, celebre contratos con ciertas entidades de derecho privado (las que tengan el carácter de entidades sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad) con el fin de impulsar programas y actividades de interés público en consonancia con el plan general y los planes sectoriales de desarrollo”. Op. cit., p. 17.

fundamento y en desarrollo del principio de solidaridad, el cual informa el Estado social de derecho, conforme a los artículos 1 y 95 de la Carta. Por su parte, la intervención de colaboración no es forzosa, es voluntaria, generalmente remunerada, se efectúa a título individual así se trate de una persona natural o jurídica y su conveniencia la define la ley y la autoridad administrativa.

Después de hacer la anterior distinción, el autor se ocupa de revisar el alcance de las normas constitucionales que prevén y regulan manifestaciones específicas de participación social en la actividad administrativa (no de colaboración), “que comporta la actuación ya sea de personas representativas de todo el conglomerado social, ya sea de organizaciones que actúan en nombre de intereses colectivos en torno a los cuales la Constitución canaliza, en casos específicos, la participación social”⁹.

En tal sentido se detiene a estudiar las siguientes formas de participación en la actividad administrativa: procedimental, en la cultura y en los procesos educativos, en la formulación de planes de desarrollo, en la prestación y el control de servicios públicos, en la regulación de la calidad de bienes y servicios, en las decisiones sobre la explotación de recursos naturales y en el ámbito de las relaciones laborales.

Finalmente, después de examinar cada una de las modalidades de participación enunciadas, pasa el autor a revisar los mecanismos que aseguran su efectividad, pues las autoridades además del deber genérico establecido por el artículo 2 de la Carta, tienen deberes explícitos impuestos por el ordenamiento constitucional en el sentido de auspiciar la participación en las diferentes etapas de la gestión pública. De igual manera, correlativamente al derecho a participar que predica de la persona y del ciudadano el artículo 95 numeral 5 de la Constitución, se consagra el deber de hacer lo propio en la vida política, cívica y comunitaria del país. De este modo, la omisión por parte de las autoridades las hace responsables conforme al artículo 6 de la Carta. Dicha efectividad, además puede exigirse mediante la acción de tutela consagrada por el artículo 86 de la misma, cuando quiera que algunas manifestaciones de la participación ostenten la calidad de derechos fundamentales. De otra parte, es posible plantear la nulidad de los actos administrativos cuya expedición exige por imperativo constitucional la instancia participativa en forma previa a la decisión.

Asimismo, advierte Tafur Galvis que la participación se manifiesta a través de la acción individual o mediante la acción colectiva o grupal. Frente a esta última recuerda la importancia del artículo 103 de la Constitución, que exige del Estado una conducta positiva de promoción de la creación de entes de naturaleza asociativa “llamados a constituir mecanismos democráticos de representación en la concertación de acciones con las autoridades, y en el control y vigilancia de la gestión pública”,¹⁰ deber del Estado que abarca la promoción y capacitación de los

⁹ *Ibíd.*, p. 39.

¹⁰ *Ibíd.*, p. 53.

organismos asociativos¹¹. El artículo 103 se complementa con otras normas constitucionales como las contenidas en los artículos 78, referente a las organizaciones de consumidores y usuarios; 39, relativo a las asociaciones sindicales; 340, relacionado con las organizaciones de los sectores económicos, sociales, ecológicos, comunitarios y culturales y su participación en el proceso de preparación del proyecto del plan nacional de desarrollo.

Puede sintetizarse la exposición anterior de la siguiente manera, con referencia a las normas más pertinentes de la Carta que se citan entre paréntesis, con el fin de ver en su conjunto el panorama expuesto:

1. Formas de participación (ámbito de incidencia y autoridad):
 - 1.2. Participación social ante el órgano legislativo:
 - 1.2.1. En el ámbito político (40, 103, 107).
 - 1.2.2. En la función constituyente (374,155).
 - 1.2.3. Frente a la actividad legislativa (155,170).
 - 1.3. Participación en el ámbito de la rama judicial (40, 87, 88, 89, 242).
 - 1.4. Participación administrativa: ante o en los órganos administrativos.
 - 1.5. Participación en el ámbito de los organismos de control (23, 92, 267).
2. Participación administrativa:
 - 2.1. Intervención *propia* participativa (40).
 - 2.2. Intervención de colaboración o colaboración convencional (355, 365)
3. Áreas de participación administrativa:
 - 3.1. Procedimental (23).
 - 3.2. En la cultura y en los procesos educativos (41, 45, 68).
 - 3.3. En la formulación de planes de desarrollo (340, 342).
 - 3.4. En la prestación y el control de servicios públicos (365,369, 48, 49).
 - 3.5. En la regulación de la calidad de bienes y servicios (78).
 - 3.6. En las decisiones que afectan el ambiente (79).
 - 3.7. En las decisiones sobre la explotación de recursos naturales (330).
 - 3.8. En el ámbito de las relaciones laborales (39, 56).
 - 3.9. En el control de la gestión pública (270).
4. Participación individual o colectiva o grupal (40, 78, 103, 340).

¹¹ Vale la pena destacar el segundo inciso del artículo 103 de la Constitución del 91, que corresponde a la primera norma del capítulo I (De las formas de participación democrática) del título IV (De la participación democrática y de los partidos políticos): “El Estado contribuirá a la organización, promoción y capacitación de asociaciones profesionales, cívicas, sindicales, comunitarias, juveniles, benéficas o de utilidad común no gubernamentales, sin detrimento de su autonomía con el objeto de que constituyan mecanismos democráticos de representación de las diferentes instancias de participación, concertación, control y vigilancia de la gestión pública que se establezcan”.

Vale decir que en este trabajo interesa tener en cuenta las expresiones de participación administrativa, no sólo considerada ella desde el punto de vista orgánico, como la plantea Tafur Galvis, ante o en los órganos administrativos, sino especialmente desde el punto de vista material, es decir, en el ámbito propio del desarrollo de funciones administrativas¹². Más específicamente, este trabajo y los convenios administrativos se ubican en el contexto de la intervención de colaboración o colaboración convencional. Sobre este punto se volverá más adelante en este mismo aparte.

Ahora bien, de distinto orden son los instrumentos jurídicos utilizados por este nuevo modelo del Estado para proveer una mayor participación de la sociedad, de los particulares, del sector privado, en la ejecución de los intereses colectivos y en el desarrollo de las tareas atinentes al logro de los mismos. Dichos instrumentos superan no solamente el uso de la decisión unilateral, como puede deducirse, sino especialmente el de la figura tradicional del contrato administrativo, en cuanto, como lo indica el profesor Jaime Vidal Perdomo, “aparecen mecanismos de consenso y adhesión, de motivación y explicación, de participación de los ciudadanos en las decisiones, que van disminuyendo el empleo de la decisión ejecutoria”.¹³ O como lo indica Walter Krebs “la cooperación con el ciudadano ofrece posibilidades de persecución, alcance u optimización de los fines administrativos que no se presentan de la misma manera en la actuación unilateral soberana”¹⁴.

En efecto, para el actual modelo de Estado, ese objetivo no solamente se logra a través de la tradicional forma de obtención de la colaboración de los asociados que es la contratación administrativa, en cuyos vínculos se plantea una contradicción de intereses entre las partes contratantes, sino que para tal fin se acude a criterios de consenso, de pacto, de asociación, de articulación y de conjunción de esfuerzos con el sector privado, los cuales se hallan guiados por fines de interés público.

¹² Para otra clasificación de la participación administrativa véase SÁNCHEZ TORRES, op. cit., pp. 69-79. También puede consultarse al profesor BREWER CARÍAS, Allan, “El derecho administrativo y la participación de los administrados en las tareas administrativas” en *El derecho administrativo en Latinoamérica*, vol. II, Ediciones Rosaristas, Bogotá, 1986, pp. 277-310. Igualmente puede verse SANTOFIMIO GAMBOA, *Tratado de derecho administrativo*, Introducción, Tomo I, Universidad Externado, Bogotá, 2003, pp. 163-167.

¹³ Al respecto indica que Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández “han señalado que últimamente se ha intentado teorizar, como una política liberalizadora y desalienante, la de la ‘administración concertada’, por cierto de mucho empleo en la literatura francesa sobre planeación.

Dichas tendencias fueron recogidas en la Constitución Colombiana, que en su artículo 2 predica como finalidad del Estado ‘facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la nación’, extendiendo la participación ciudadana a la vigilancia de la gestión pública que se cumpla en los diversos órdenes administrativos”. VIDAL PERDOMO, Jaime, *Derecho administrativo*, Temis, Bogotá, 1994, 10ª ed., p. 5.

¹⁴ KREBS, Walter, “Contratos y convenios entre la Administración y particulares”, en *Revista Derecho de Estado*, núm. 18, 2006, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, traducción IBAGÓN, Mónica Liliana, op. cit., p. 40.

Es que, como lo expresa la doctrina nacional, la participación “produce un efecto en el interior de las administraciones públicas, al facilitar el diálogo horizontal entre sus miembros, coordinar mejor las acciones y evitar la segmentación de responsabilidades. Por último, la participación mejora el rendimiento institucional, es decir, la capacidad de las instituciones públicas para responder a las necesidades sociales”.¹⁵

A su vez, Gaspar Ariño explica cómo actualmente se vive una revaloración del modelo de Estado que conviene a la sociedad contemporánea, desde un diagnóstico según el cual

(...) hoy existe en el mundo entero una convicción generalizada: el Estado se ha hecho demasiado grande y su incapacidad es notoria; la ineficiencia económica del sector público es alarmante; la calidad de los servicios mínima y el ciudadano es hoy un ciudadano cautivo cuya vida y hacienda ha entregado a un monstruo que devora a sus propios hijos. Hoy existe en grandes zonas del mundo (desarrollado y en vías de desarrollo) la conciencia generalizada de que hay que devolverle al ciudadano y a la sociedad su protagonismo, su iniciativa y, en el fondo, su libertad: la libertad de elegir. La palabra clave es hoy esta: PRIVATIZACIÓN, que esencialmente significa, no la venta de empresas públicas, sino la devolución de actividades a la iniciativa social. (Mayúsculas sostenidas del texto original).¹⁶

Lo anterior no significa, en modo alguno, que el Estado se desprenda de sus responsabilidades de regulación y control de las actividades de interés social o de

¹⁵ Eso afirma el mencionado grupo de investigación de la Universidad del Rosario después de preguntarse sobre el por qué y para qué de la participación, y responde que ella “mejora la eficiencia y la eficacia de la gestión pública, en la medida en que es capaz de concitar voluntades para la construcción de consensos, reducir de esa manera las resistencias del entorno y lograr por esa vía resultados que cuentan con la aceptación de los interesados”. Grupo de Investigación Carlos Holguín Holguín, op. cit., p. 69.

¹⁶ ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Principios de derecho público económico*, Editorial Fundación de Estudios de Regulación y Comaraes Editorial, Granada, 2000, p. 558. Sobre los distintos entendimientos del concepto *privatización*, véase TAFUR GALVIS, op. cit., pp. 181 y ss. Respecto del sentido que Gaspar Ariño atribuye a este concepto, cfr. la obra de TAFUR GALVIS, *Estudios de derecho público*, Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1997, en cuyas páginas se examinan también los alcances de este concepto y se expresa por ejemplo: “De otra parte, se ha dado en agrupar las modalidades enunciadas, en forma indiscriminada, dentro de la denominada ‘privatización’, que así entendida, por amplia, puede llegar a carecer de connotación jurídica unívoca. // Por ello, corrientes doctrinarias, hoy por hoy mayoritarias, prefieren circunscribir el concepto de ‘privatización’ a aquellos supuestos que implican la transferencia a particulares de empresas o sus activos. No obstante, también se predica la privatización, aunque ya con cierto sentido extensivo, de la transferencia de la gestión a particulares aunque el Estado conserve la titularidad y el control de la actividad, como sucede en relación con los servicios públicos”. (p. 73).

participación directa en su ejecución o de financiación de las mismas, pero bajo una perspectiva de modelo de Estado que va más allá del intervencionismo tradicional.¹⁷ Continúan en cabeza del Estado una serie de responsabilidades en torno a la satisfacción de intereses generales que se concretan en el desarrollo de funciones públicas y especialmente administrativas, así como en el campo de los servicios públicos, pero el Estado progresivamente adopta un nuevo papel en la ordenación social que se identifica contemporáneamente como el de Estado regulador,¹⁸ el cual opera en el marco del mercado, así como en el horizonte de una amplia participación del sector privado en múltiples actividades económicas de interés general y en la prestación de servicios públicos.¹⁹ Se presenta lo que se

¹⁷ Al examinar la transformación en los modos de intervención del Estado, Pierre Subrá se refiere a los aspectos que se acaban de señalar observando que “Los factores que conducen al Estado a transformar sus modos de intervención y las formas en las que las transformaciones se concretan son tan numerosas que no nos es posible tratarlas aquí en forma exhaustiva. Por lo tanto, nos limitaremos a dos categorías de ejemplos, observando qué implica, desde el punto de vista de los cambios del derecho, el tener en cuenta por parte del Estado la lógica de los mercados, y de qué manera ese mismo Estado renuncia parcialmente al procedimiento clásico de la intervención unilateral por vía reglamentaria para dar un mayor lugar a la concertación y al diálogo, recurriendo, aún más, a los procedimientos contractuales”. SUBRÁ DE BIEUSSES, Pierre, “El nuevo derecho Administrativo” en *Transformaciones del derecho Público*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1994, p. 86.

¹⁸ “El rol del Estado se encuentra disminuido por los trasposos de actividades a favor del sector privado, desde el momento en que los poderes públicos han tenido la inteligencia de mostrarse pragmáticos y han comprendido que una cierta forma de intervencionismo público, que podía justificarse en ciertos momentos de la historia, es hoy inadaptable. Pero eso no implica que el Estado haya perdido su importancia. Si el Estado renuncia oportunamente a las funciones que serán mejor asumidas por el juego de la libre iniciativa privada, no deja por eso de tener un lugar esencial; simplemente su rol se ha transformado. Liberado de pesadas tareas que no ejercía de manera satisfactoria, puede consagrarse mejor y más intensamente a aquellas actividades que solo él está en condiciones de asumir satisfactoriamente, que comprenden el terreno de ciertos servicios públicos y también la promoción, orientación, encuadre y control de todas aquellas actividades que de ahora en más han sido confiadas al sector privado”. Véase SUBRÁ DE BIEUSSES, op. cit., p. 65. ARIÑO ORTIZ, op. cit., p. 257, expresa al respecto: “*El Estado regulador*: la reducción del papel del Estado productor y prestador ha de compensarse con un nuevo sentido y mayor eficacia de la función reguladora del Estado en la actividad económica. Ello exige una reforma en el marco institucional de la administración económica de forma que se garantice su profesionalidad, su independencia – de políticos y de empresarios- y su control democrático”. Y p. 292: “(...) el papel del Estado debe ser supervisar, regular, recrear las condiciones para que la competencia exista pero nunca interferir para defender a unos agentes de otros. // Así, la liberalización y la reducción del papel del Estado productor y director de la vida económica (planificador en sentido tradicional) debe compensarse con el nuevo sentido de ‘regulación para la competencia’ y para garantizar la prestación de servicios esenciales”.

¹⁹ Sobre el nuevo Estado y la necesidad de equilibrar los distintos valores a los que se ha hecho referencia, la Corte Constitucional manifestó en la sentencia C-398 de 1995 “que la Constitución establece la libre competencia como principio, que ella plasma la libre iniciativa privada y la libertad de empresa, que la libertad económica está garantizada y que la gestión estatal debe cristalizarse en medidas que impidan su obstrucción o restricción, en especial, si estas surgen merced al predominio de productores u oferentes de productos o servicios considerados en particular.

“Pero insiste la Corte en que la Carta Política no ha acogido un modelo económico determinado, exclusivo y excluyente, y en que sus normas deben ser interpretadas de manera armónica y coherente, evitando posiciones absolutas, por lo cual la libertad del individuo se encuentra atemperada en la preceptiva constitucional por la prevalencia del interés colectivo (artículo 1º), por las competencias de intervención y regulación a cargo del Estado (artículos 333, 334 y 335 C.P.) y por los principios de razonabilidad y proporcionalidad que la doctrina de esta Corte ha prohijado”.

ha identificado como el gobierno de terceras partes, en cuyo concepto los aspectos claves de la autoridad pública se comparten con actores gubernamentales y no gubernamentales. Es así como el Estado actual acepta una nueva manera de actuar por parte de la administración, que rebasa la actividad unilateral y la tradicional gestión contractual, el acto y el contrato, como herramientas tradicionales en la ejecución de sus tareas y adopta mecanismos de naturaleza convencional y concertada, que se proyectan tanto al interior como al exterior de las instituciones públicas.²⁰

La doctrina colombiana al referirse a la aproximación de los derechos público y privado, recuerda que, mientras en el derecho privado los civilistas se quejan de tiempo atrás de la invasión del derecho público sobre el derecho privado y ven en el intervencionismo en materia contractual, y en general en la economía, un atentado contra los principios de base de las relaciones entre las personas privadas, “en el derecho público se observa una reducción de las prerrogativas de la administración y la promoción de relaciones más *concertadas y contractualizadas*” (cursivas del texto transcrito).²¹ Al efecto se citan autores que indican cómo en Francia “el uso del contrato se ha vuelto tan corriente que ha transformado profundamente los métodos de la administración misma, al punto que ahora se habla de ‘administración contractual’”²² e igualmente de que “en Europa se ha multiplicado así el recurrir al contrato dentro del marco de la renovación de la gestión administrativa”.²³ En este sentido la doctrina alemana se refiere a la creciente necesidad de nuevas modalidades de actuación y de procedimiento de la Administración y de centrar la atención en la inclusión de fuerzas sociales para el debido cumplimiento de las funciones administrativas, así como al concepto del Estado cooperativo, y concluye que “las formas de actuación administrativa consensuales han ocupado su puesto evidente dentro de la gama de técnicas orientadoras del Estado y allí van adquiriendo cada vez mayor peso”²⁴.

En el ambiente de estas transformaciones de la actuación del Estado y de la modificación de su modelo, entre estas corrientes de pensamiento que promueven un mayor compromiso de los particulares en la obtención de fines de interés general, no puede pasarse por alto el significado que se le ha venido asignando en los últimos años al concepto de sociedad civil.

²⁰ Esa proyección exterior de los nuevos instrumentos de participación en la gestión de las funciones del Estado impone “Involucrar a la gente en los asuntos del gobierno, construyendo una ciudadanía activa; fomentar la participación vecinal, en su más amplia extensión; establecer el necesario control social, y buscar eficacia y eficiencia a través de una mejora en la gestión son algunos de los objetivos emprendidos con tal emprendimiento”. Esto indica la línea de investigación de la Universidad del Rosario, al relievár que la descentralización, directamente relacionada con la participación, implica un nuevo diseño del Estado. Grupo de Investigación Carlos Holguín Holguín, op. cit., p. 74.

²¹ BENAVIDES, José Luis, *El contrato estatal, entre el derecho público y el derecho privado*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, p. 32.

²² LAMY, *Droit public des affaires*, 2000, n° 1764, citado por BENAVIDES, ídem.

²³ ARNOULD, Joël, “*Les contrats de concession, de privatisation et de services ‘in house’ au regard des règles communautaires*”, en REDA, 2000, pp. 2 a 28, citado por BENAVIDES, ídem

²⁴ KREBS, Walter, op. cit., p. 35.

Jesús Conill²⁵ considera que hay dos modos de entender el concepto de sociedad civil. En un sentido lato o amplio, como el entramado de instituciones sociopolíticas compuesto por tres grandes esferas: (i) el gobierno o el Estado, (ii) los órdenes espontáneos o extensos o los mercados y las asociaciones basadas en acuerdos voluntarios entre los agentes autónomos de la vida moderna y (iii) la opinión pública. Del anterior se deriva un concepto restringido, referente al conjunto de instituciones sociales, mercados, asociaciones libres, esferas públicas, opinión pública y que excluye las esferas estatales. En este sentido, y después de desechar la interpretación tradicional de la sociedad civil como un conjunto de instituciones basadas en el egoísmo personal, en la competencia, en los intereses individuales y estrictamente privados, que hace surgir el Estado como único vehículo *de lo público*, afirma que la sociedad civil no se entiende como el espacio de lo privado sino de lo público, no de lo público coercitivo sino de lo público ético. Finalmente, el citado autor expresa:

(...) la sociedad civil es un nuevo espacio público donde no existe coerción sino que por exigencias de la libertad con responsabilidad existen grupos, instituciones que sin ser del Estado quieren y se comprometen a llevar a cabo su responsabilidad a través de exigencias de justicia y propuestas de solidaridad en la vida social. Una de estas instituciones son las *fundaciones sociales*, las empresas con sentido social, o las escuelas, las iglesias, las asociaciones, los movimientos sociales, todas las personas que se quieren asociar con esa buena voluntad —por decirlo en sentido kantiano—, de poner todos los medios innovadores y racionalizadores para que la libertad sea realmente posible, cosa imposible sin justicia y solidaridad.²⁶

Por lo tanto, el concepto de sociedad civil al que actualmente se acude, no corresponde a la perspectiva referida al grupo humano que supera la barbarie y el estado natural del individuo para asociarse en una organización civilizada, al que inicialmente hace mención Herman Heller en su libro *Teoría del Estado*, quien dedica casualmente el capítulo V de la sección II de su obra a la sociedad civil.²⁷ El concepto actual corresponde al que identifica Posada Carbó, quien hace una reseña sobre su presencia protagónica en la historia colombiana y su relativa fortaleza frente a los poderes estatales. Para Posada Carbó la sociedad civil debe ser “entendida como el conjunto de organizaciones voluntarias de ciudadanos,

²⁵ Cfr. CORTINA, Adela y CONILL, Jesús, *Democracia participativa y sociedad civil: una ética empresarial*, Siglo del Hombre Editores, Fundación Social, Bogotá, 1998, pp. 84-103. Para una ilustración adicional del concepto de sociedad civil véase WALTZER, Michel, “La idea de sociedad civil. Una vía de reconstrucción social”, en *La democracia en sus textos*, Alianza Editorial, Madrid, 1998, pp. 375-394. También HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez*, Trad. JIMÉNEZ REDONDO, Manuel, Trotta, Madrid, 1998, pp. 446-454 y MALDONADO, Carlos Eduardo, *Filosofía de la sociedad civil*, Siglo del hombre editores, Universidad Libre, Bogotá, 2002, pp. 19-33.

²⁶ *Ibíd.*, p. 90.

²⁷ HELLER, Hermann, *Teoría del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, D.F., 1942, pp. 124-138.

autónomas y diferenciadas del Estado, cuya conducta obedece a patrones de civilidad (...).²⁸

Por su parte, Norberto Bobbio al estudiar las diversas acepciones e interpretaciones de la expresión “sociedad civil” que se han dado a través de la historia, respecto de la definición positiva de la misma señala lo siguiente²⁹:

En una primera aproximación se puede decir que la sociedad civil es el lugar donde surgen y se desarrollan los conflictos económicos, sociales, ideológicos, religiosos, que las instituciones estatales tienen la misión de resolver mediándolos, previniéndolos o reprimiéndolos. Los sujetos de estos conflictos y por tanto de la sociedad civil, precisamente en cuanto contrapuesta al Estado, son las clases sociales, o más ampliamente los grupos, los movimientos, las asociaciones, las organizaciones que las representan o que se declaran sus representantes; al lado de las organizaciones de clase, los grupos de interés, las asociaciones de diverso tipo con fines sociales e indirectamente políticos, los movimientos de emancipación de grupos étnicos, de defensa de derechos civiles, de liberación de la mujer, los movimientos juveniles, etcétera. Los partidos políticos tienen un pie en la sociedad civil y el otro en las instituciones.

Y más adelante precisa:

(..) la sociedad civil es la sede donde se forman, especialmente en los periodos de crisis institucional, los poderes que tienden a obtener su legitimidad incluso en detrimento de los poderes legítimos, donde, en otras palabras, se desarrollan los procesos de deslegitimación y de relegitimación. De aquí la frecuente afirmación de que la solución de una crisis grave que amenaza la sobrevivencia de un sistema político debe buscarse ante todo en la sociedad civil, donde se pueden encontrar nuevas fuentes de legitimación, y por tanto nuevos espacios de consenso.

Hoy se considera que si bien existe una independencia entre el Estado y la sociedad civil, también se predica una interdependencia entre estas dos instancias; se indica que entre sus actividades debe presentarse un fuerte grado de coordinación e interrelación, todo lo cual debe ocurrir en un espacio de construcción colectiva correspondiente a la democracia y que tiene lugar en el seno del Estado democrático.³⁰

Lo expuesto hasta ahora permite señalar que es en la participación de los particulares en el desempeño de funciones administrativas el campo en el cual, de forma especial, se presenta la introducción de una nueva técnica propia de la actuación convencional del Estado que supera o desborda tanto la actuación

²⁸ POSADA CARBÓ, Eduardo, *La nación soñada: violencia, liberalismo y democracia en Colombia*, Grupo Editorial Norma, Bogotá, 2006, p. 123.

²⁹ BOBBIO, Norberto, *Estado, gobierno y sociedad: por una teoría general de la política*, trad. FERNÁNDEZ SANTILLÁN, José F., Fondo de cultura económica, México, 1989, pp. 43-44.

³⁰ Cfr. CORTINA, Adela y CONILL, Jesús, op. cit., pp. 100-107.

unilateral, como la actuación típicamente contractual de la administración. Pero debe observarse que, como se ha sugerido, en otros ámbitos de la actuación del Estado, también la técnica convencional tiene una trascendente utilización en los últimos tiempos. Estos espacios se refieren no sólo y en primer lugar a la participación de los particulares en el desempeño de funciones administrativas, sino también a la denominada economía concertada o concertación económica, así como al *fomento*, especial actuación de la administración identificada con este nombre por la doctrina española.

Por lo tanto, es necesario hacer una mayor referencia a estas dos técnicas de actuación de la administración, las cuales deben ser distinguidas, pues se trata de espacios cercanos pero que presentan algunas diferencias. Por lo anterior, en los siguientes renglones es pertinente examinar los conceptos de concertación y fomento, con el ánimo de ubicar con mayor precisión conceptual las otras áreas en las cuales se manifiesta la técnica convencional que más adelante se caracterizará como convenio administrativo o convenio celebrado por la Administración con los particulares.³¹

1.2. La concertación económica

En el contexto de lo público que exponemos, la doctrina española, al examinar la teoría de los contratos públicos, se refiere a los denominados conciertos y a los contratos-programas. Estos últimos acuerdos, importados del derecho francés e introducidos por la Ley General Presupuestaria de ese país, se suscriben por el Estado y las empresas públicas o, en su caso, las privadas que reciban cualquier tipo de subvenciones con cargo a los presupuestos del Estado. Estas figuras no suponen ningún ejemplo de colaboración patrimonial, fenómeno de intercambio económico o de prestaciones patrimoniales entre las partes (propio del concepto tradicional de contrato y a su vez característica proyectada en el contrato administrativo³²), sino que se trata de una técnica para administrar, en relación con

³¹ Es conveniente aclarar que en este trabajo no se trata de estudiar a profundidad los conceptos de participación, concertación o fomento, sino de hacer una referencia que permita ver su proyección en el contexto de nuestra investigación, en cuanto los mismos constituyen el marco temático en los que se ubica y se mueve la figura del convenio administrativo que aquí se estudia.

³² Al respecto es oportuno señalar que hemos estudiado ampliamente en el mencionado libro la diferencia de la figura del convenio y del contrato. Es una diferenciación conceptual que acude a la sustancia misma de los acuerdos de voluntades, a la causa que origina la participación de los sujetos contratantes, a la finalidad que se proponen al acudir al compromiso y que no atiende el hecho simple de la manifestación formal de la voluntad expresada en todo contrato. En este sentido, vale decir, formalmente tanto el convenio como el contrato constituyen actividad contractual, pero sustancialmente se distinguen por la naturaleza del contenido de las voluntades participantes, lo cual se refleja en la materia misma del compromiso. En otras palabras, desde el punto de vista formal el convenio es un contrato, pero no desde la perspectiva sustancial; atendiendo a lo primero, el contrato es el género y el convenio es la especie, pero observando lo segundo se trata de dos figuras distintas.

Como se expone extensamente por el autor de estas líneas en el mencionado libro, la anterior distinción se asoma cada vez con más fuerza en ciertas regulaciones contractuales, pero no se encuentra claramente consagrada en la Ley 80 de 1993, la cual por regla general no diferencia las dos figuras. Ello, sin embargo, no es así en el ámbito del que identificamos como *derecho de la organización administrativa*, en el cual la figura del convenio ha irrumpido con perfiles específicos, de forma caracterizada y autónoma, como se

la cual la doctrina francesa ha acuñado la denominación de “contratos o conciertos de administración” en el sentido funcional y no subjetivo de este término, pues “la administración no trata aquí de proveerse de bienes y servicios, sino que directamente administra a través de convenios”. Los conciertos se ubican dentro del concepto de *administración concertada* y han tenido un especial desarrollo en el campo de la concertación económica.³³

La proliferación universal³⁴ de estos convenios o conciertos de administración, tiene un alcance que se justifica por un complejo marco social, político, administrativo y jurídico, que es descrito por García de Enterría y Fernández Rodríguez, signado por cambios que representan un rompimiento de la rigidez de un ordenamiento construido para una administración que manda e impone. Un ordenamiento que resulta insuficiente para el logro de otros fines que requieren de negociación y que buscan una mayor sustentación de la acción del gobierno con miras a suscitar el entusiasmo y el deseo de colaboración de la sociedad. Para dichos autores, la administración concertada “marca un camino que va a ser necesario recorrer o, por lo menos, explorar en los próximos años, puesto que ya no cabe seguir ignorando por más tiempo que la administración negocia y que la negociación se ha convertido en un instrumento imprescindible en la tarea de administrar”.³⁵

Sin duda, lo que se ha denominado concertación económica, administración concertada o economía concertada se ubica dentro de la planeación de la economía por parte del Estado. Como se ha señalado, el Estado busca la realización de una serie de objetivos de política económica, para cuyo logro resultan insuficientes las medidas unilaterales de intervención, pues el respeto de ciertas libertades de los particulares, propias de la economía de mercado, le impiden imponer autoritariamente decisiones de orientación de su actividad que permitan el logro de los fines propuestos.

Es así como el Estado, en diferentes campos de la actividad que le corresponde y

constata perfectamente en la lectura de las normas de la Ley 789 de 1998. Lo propio ocurre en la práctica administrativa, en la cual puede considerarse generalizada la utilización de la expresión convenio como acuerdo de voluntades que busca la realización de un objeto de interés común a los sujetos contratantes, mediante la articulación de esfuerzos en busca de su realización conjunta.

³³ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de derecho administrativo*, tomo I, Civitas, Madrid, 1995, pp. 667-671. El referido artículo de la Línea de Investigación en Gasto público de la Universidad del Rosario, “Consensos, participación ciudadana...”, hace un interesante análisis sobre la participación de la sociedad civil en los procesos de producción de las normas constitucionales y legales de ajuste fiscal, así como en el control judicial de las mismas, refiriéndose, desde la perspectiva del pacto fiscal, a la existencia de herramientas políticas y jurídicas de consenso, pacto y concertación en el ordenamiento colombiano.

³⁴ Como también se indicó en el capítulo segundo de la primera parte de este trabajo, pero es conveniente reiterar y enfatizar a propósito de los convenios administrativos, dichos autores españoles señalan que este fenómeno consistente en administrar mediante conciertos o convenios “es, sin duda, uno de los más característicos de la administración y del Estado de nuestros días”. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, op. cit., p. 671.

³⁵ *Ibíd.*, p. 669.

para garantizar la realización de propósitos de planeación que para el sector privado son meramente indicativos, acude a fórmulas de pacto y de concertación con los particulares, mediante la negociación de acuerdos que vinculan a los sectores empresariales y sociales en la ejecución de actividades que redundan a favor o desarrollan directamente los fines del Estado. Ello se ve no sólo en sectores industriales o económicos clásicos sino en nuevos campos como el del urbanismo, al punto que desde hace algún tiempo se habla de urbanismo concertado y de convenios urbanísticos.³⁶

García de Enterría y Ramón Fernández, así como Ramón Martín Mateo y Francisco Sosa Wagner, recuerdan cómo la técnica de la economía concertada ha sido aplicada primeramente en Francia, seguida especialmente por España. Estos últimos observan que en España constituyeron manifestaciones de esa técnica los convenios de precios que arbitraron una serie de medidas frente a las consecuencias de la devaluación de la peseta; también señalan los acuerdos entre productores y agropecuarios y el Ministerio de Agricultura; pero el ámbito más característico de la economía paccionada, como también la llaman, son las denominadas acciones concertadas, instrumentos de aplicación de los planes de desarrollo.³⁷

Ya en el ámbito jurídico Ramón Martín Mateo y Francisco Sosa Wagner se preguntan si las acciones concertadas constituyen un contrato típico o una decisión unilateral necesitada de aceptación. Al exponer las distintas posiciones adoptadas al respecto, indican que es poco convincente esta última postura, según la cual se trata simplemente de la aplicación de normas reglamentarias como consecuencia de la decisión de los particulares de someterse a los dictados de la administración. Y no es convincente porque

(...) no hace justicia a las auténticas circunstancias que se dan en la acción concertada, donde indudablemente existe un ingrediente de voluntariedad más intenso que en las simples situaciones necesitadas de aceptación. Más razonable y acomodada a las reales circunstancias es la primera hipótesis, la del contrato, aunque posiblemente estemos en presencia de un proceso de naturaleza mixta en el que existen factores de voluntariedad, un cierto pacto entre administración y administrados, pero también consecuencias ulteriores reglamentarias. Es decir, una vez establecido el concierto, el administrado que ha solicitado realizarlo y la administración que ha decidido hacerlo así, vienen vinculados al bloque normativo que disciplina sus consecuencias ulteriores.³⁸

³⁶ Basta observar rápidamente la gran cantidad de referencias de obras de la doctrina española, alemana e italiana, que se hacen en la cita al pie de página puesta en el segundo renglón del primer párrafo de la obra de HUERGO LORA, Alejandro, *Los convenios urbanísticos*, Civitas, Madrid, 1998, p. 27, para apreciar la realidad de la figura del convenio celebrado con particulares en el derecho positivo y su estudio en la doctrina comparada.

³⁷ Cfr. MARTÍN MATEO, Ramón y SOSA WAGNER, Francisco, *Derecho administrativo económico*, Pirámide, Madrid, 1977, pp. 180-181.

³⁸ *Ibíd.*, p. 182.

Además de remarcar que frente a la acción concertada se utiliza recurrentemente la expresión convenios para identificar el instrumento jurídico que la concreta, el cual produce obligaciones y derechos entre la administración y los administrados, es decir, entre quienes suscriben tales compromisos, es necesario considerar una última observación al respecto: esta modalidad de la actuación pública se circunscribe dentro del campo del fomento, en cuanto como lo precisan los autores mencionados, si bien por una parte mediante los conciertos o pactos efectuados por la administración con los particulares estos contraen una serie de obligaciones, también se acuerdan unos beneficios que habrán de obtener en el marco del compromiso correspondiente. Estos últimos constituyen verdaderos estímulos a la acción privada y pueden consistir, por ejemplo, en ventajas de carácter fiscal, en la posibilidad de contar con dinero barato accediendo al crédito oficial, en diferentes tipos de subvenciones o en la venta de terrenos a más bajo costo que el del mercado inmobiliario.³⁹

1.3. El fomento

Así las cosas, la concertación presenta vasos comunicantes con la mencionada acción de fomento, la cual, junto con las clásicas manifestaciones del poder de policía y de la prestación de los servicios públicos, constituye una de las tres expresiones de la acción administrativa, como lo señala el profesor Vidal Perdomo en su libro *Derecho administrativo*.

A su vez, la acción de fomento, se desarrolla a través de relaciones entre la administración y los particulares, en cuyo marco se presenta la utilización de instrumentos que pueden identificarse como *técnicas de gestión convencional*.

El fomento constituye una técnica de administración económica de estímulo o persuasión a la actividad de los particulares con el fin de conducirlos a la obtención de fines que se ajustan a los intereses de la colectividad. Gaspar Ariño Ortiz, quien dedica la lección décima de su obra *Principios de derecho público económico* a estudiar el fomento, cita el siguiente texto de Jordana de Pozas que define este tipo de acción administrativa:

La acción de fomento es una vía media entre la inhibición y el intervencionismo del Estado, que pretende conciliar la libertad con el bien común mediante la influencia directa sobre la voluntad del individuo para que quiera lo que conviene para la satisfacción de la necesidad pública de que se trate. // Podríamos definirla como la acción de la administración encaminada a proteger o promover aquellas actividades, establecimientos o riquezas debidos a los particulares y que satisfacen necesidades públicas o se estiman de utilidad general, sin utilizar la coacción ni crear servicios públicos.⁴⁰

³⁹ Cfr. *ibíd.*, pp. 183-185.

⁴⁰ ARIÑO ORTIZ, *op. cit.*, p. 299.

Señala Gaspar Ariño que en la actividad de fomento el Estado no manda ni impone, sino que ofrece y necesita de la colaboración del particular para que la actividad fomentada se lleve a cabo, actividad que se dirige a la producción de ciertos bienes o servicios necesarios para la colectividad, que pueden corresponder a campos como la enseñanza, la vivienda, la cultura, la sanidad, la conservación del medio natural, etc.⁴¹

Más adelante, al estudiar la subvención, dicho autor señala que es una de las medidas de fomento que más ha merecido la atención de la doctrina, la legislación y la jurisprudencia. Al estudiar su concepto y naturaleza jurídica recuerda la discusión generada en torno a la misma, en cuyas posturas algunas la consideran como una relación jurídica unilateral, otras de carácter bilateral y una tercera de carácter mixto. Al respecto es interesante observar cómo las precisiones conceptuales y de régimen jurídico que en seguida hace Gaspar Ariño encuentran una importante semejanza con el desarrollo legal y jurisprudencial que en Colombia ha tenido el artículo 355 de la Constitución de 1991.⁴²

Diferentes tipos de medidas de impulso o auxilio se utilizan para tal efecto: de carácter honorífico, de orden jurídico y propiamente económico. Entre estas se cuentan el otorgamiento de ventajas jurídicas y de exclusividad en determinados productos, beneficios patrimoniales propiamente dichos, como subvenciones, anticipos, garantías de interés, exenciones fiscales, etc.

El profesor Vidal Perdomo precisa algunos momentos de la historia del fomento en Colombia y recuerda que la Constitución de 1886 previó que por medio de leyes se pudieran “fomentar las empresas útiles o benéficas dignas de estímulo o apoyo”, y que conforme a la reforma constitucional de 1945 el fomento se hiciera con estricta sujeción a los planes y programas correspondientes. Expresa también que

El fomento económico se realizó mediante numerosas leyes que utilizaron medidas idénticas a las ya citadas; políticas de fomento, bancos de fomento, cuotas de fomento, fomento industrial, etc., los anteriores fueron mecanismos conocidos en el mundo de los juristas y de los economistas. Por tal vía la noción operó adecuadamente; aunque no se expidieron formalmente leyes de planes y programas, una visión de conjunto de las necesidades nacionales se hallaba en los programas de desarrollo promovidos por el Departamento Nacional de Planeación que inspiraron tales medidas.⁴³

⁴¹ Para el concepto de fomento véase también SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Tratado de derecho administrativo, Introducción*, Universidad Externado, 3ª ed., 2003, p. 41. Igualmente puede consultarse el extenso estudio de VILLAR EZCURRA, José Luis, *Derecho Administrativo especial, administración pública y actividad de los particulares*, Civitas, Madrid, 1999, pp. 97-140 y BUENO ARMIJO, Antonio, *El concepto de subvención en el ordenamiento jurídico español*, Universidad Externado, 2013, pp. 29-52.

⁴² Cfr. *Ibíd.*, pp. 310-321. A estudio de los acuerdos de voluntades regulados por el artículo 355 de la Carta, que corresponden a una especie de los convenios administrativos, le dedicamos un capítulo en el libro mencionado *Los convenios de la administración: entre la gestión pública y la actividad contractual*.

⁴³ VIDAL PERDOMO, *op. cit.*, p. 223.

Relata Vidal Perdomo cómo la utilización de la figura autorizada constitucionalmente fue degenerando en el Legislativo y en las corporaciones colegiadas locales hacia lo que se ha denominado en el lenguaje nacional auxilios parlamentarios, y señala que aunque con ellos se beneficiaban instituciones de utilidad pública, el privilegio y las muestras de corrupción que aparecían tornaron la opinión pública adversa a la práctica de tales auxilios. Para salvar al Congreso de este factor de desprestigio, la Asamblea Constituyente de 1991 decidió prohibirlos, lo cual hizo efectivamente en el artículo 355 para todas las ramas y órganos del poder. Indica el profesor Vidal que “Sin embargo, reproduciendo el esquema de fomento anterior con limitaciones, el texto autorizó a los ejecutivos de los tres órdenes administrativos para celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro, para impulsar programas y actividades de interés público, acordes con los planes de desarrollo”.⁴⁴

Tal como se verá en capítulo posterior de esta misma parte tercera, los contratos que Vidal Perdomo menciona fueron reglamentados por el gobierno nacional en desarrollo de la competencia conferida por el citado artículo 355 de la Carta. La actividad contractual que la administración lleva a cabo así en el marco de esa reglamentación, sigue siendo para el autor de este trabajo una acción de fomento, pues tal como lo indica esa norma constitucional, se realiza “con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el plan nacional y los planes seccionales de desarrollo”. Adicionalmente, esa actividad contractual regulada por normas especiales y distintas del régimen general de contratación administrativa, corresponde a lo que en este trabajo se identifica como actividad convencional, y tales acuerdos de voluntades son verdaderos convenios.

Pero el planteamiento anterior, que corresponde a un natural desarrollo de las tesis que en este trabajo se han expuesto, ha sido también sostenido por importantes representantes de la doctrina nacional. Como en apartes precedentes se reseñó, Álvaro Tafur Galvis, al estudiar la participación de los particulares en el desempeño de funciones administrativas, la clasifica en intervención propiamente participativa e *intervención de colaboración o colaboración convencional* y en este campo ubica y estudia enfáticamente los mencionados contratos previstos por el artículo 355 de la Carta.⁴⁵

Adicionalmente, existen en el derecho positivo colombiano otras manifestaciones de fomento instrumentadas a través de fórmulas convencionales, como, por ejemplo, en el campo de la ciencia y tecnología, cuyos negocios jurídicos están sometidos a un régimen especial que el autor examina en el libro mencionado⁴⁶.

⁴⁴ *Ibíd.*, p. 224.

⁴⁵ Tafur Galvis concentra el segundo capítulo del citado libro *La Constitución de 1991 y la modernización del Estado colombiano*, al estudio de la *colaboración convencional de los particulares en las actividades estatales*, después de haber dedicado el primer capítulo a la *participación ciudadana y social en la Constitución de 1991*.

⁴⁶ Sobre estos negocios convencionales, véase del autor el capítulo 12 del citado libro *Los convenios de la*

1.4. La colaboración convencional de los particulares

Antes incluso de la expedición de la Constitución de 1991, la doctrina nacional observaba que la colaboración de los particulares en la actividad administrativa puede llevarse a cabo a través de instrumentos de carácter convencional. En texto publicado en 1986 bajo el título *La Colaboración de los particulares en la actividad administrativa*, Jaime Vidal Perdomo exploró, con frecuentes alusiones al derecho francés, español y argentino, las diversas facetas del alcance de esa participación. Interesa observar cómo el autor allí señala que la doctrina extranjera acepta la posibilidad de que tal intervención se presente en los tres campos clásicos de la actividad administrativa (policía, servicios públicos y fomento); y, de otra parte, se refiere a la necesidad de la *habilitación*, es decir, a la autorización previa como condición necesaria de la intervención de los particulares, la cual puede ser de dos clases, unilateral y bilateral. Esta habilitación sugiere desde luego una colaboración no solo contractual sino especialmente convencional. Precisamente al referirse a “La ayuda a actividades privadas de interés general”, que identifica como la teoría del fomento, comenta que “en el abanico de posibilidades alrededor de esta actividad administrativa (dictado de normas, atribución de la ayuda por decisiones individuales y la operación material del pago propiamente dicho) la colaboración privada suele ser la de recibir las solicitudes, tramitar los expedientes, dar conceptos y entregar los fondos una vez que la administración ha tomado la decisión”.⁴⁷

En la misma obra colombiana en la que se publicó el artículo del profesor Vidal que se acaba de comentar, se encuentra un texto ya mencionado a pie de página en este trabajo, del distinguido profesor venezolano Allan Brewer-Carías, denominado “El derecho administrativo y la participación de los administrados en las tareas administrativas”, en el cual se examina con amplitud el tema y en múltiples aspectos coincide con los asertos y enfoques del capítulo sobre participación incluido en la obra de Tafur Galvis que atrás se reseñó. Pero lo que interesa remarcar es que al clasificar las formas de participación se refiere a la participación negocial o contractual. Al estudiar esta manifestación se remite a la figura denominada “convenios sobre transformación”, regulada para entonces por el derecho emanado de los órganos del Acuerdo de Cartagena, e ilustra cómo esa norma multilateral fue reglamentada en Venezuela conservando su denominación de convenio. Adicionalmente, señala que al margen de esa regulación específica, la figura del convenio se ha venido utilizando recurrentemente, pues

Independientemente de la previsión legal de esta forma de participación negocial en las actividades administrativas, la modalidad se ha venido utilizando en variadas circunstancias en el campo industrial. Por ejemplo, los convenios para garantizar el abastecimiento de productos (...) Ejemplos de estos convenios fueron los celebrados entre la República y

administración: entre la gestión pública y la actividad contractual.

⁴⁷ VIDAL PERDOMO, Jaime, “La colaboración de los particulares en la actividad administrativa” en AA.VV, *El derecho administrativo en Latinoamérica*, vol. II, Ediciones Rosaristas, Bogotá, 1986, p. 320.

la Asociación Venezolana de Grasas y Aceites (...) Otros ejemplos de esta participación contractual, fueron los convenios firmados entre la República y algunos sectores industriales para (...) Ejemplos de estos convenios fueron, el suscrito entre la República y los representantes del Sector fabricante de Cosméticos (...).⁴⁸

Para concluir, el autor señala que en estos casos se observa un abandono de la acción unilateral de la administración sustituida por la “decisión convenida” con los representantes de los intereses difusos y colectivos.⁴⁹

Más contemporáneamente y en otras latitudes del hemisferio, Pierre Subrá de Bieusses, en el trabajo denominado “El nuevo derecho administrativo”, incluido en el libro editado bajo el título de *Transformaciones del derecho público*, divide su presentación en dos apartes que titula “Una cierta atenuación de la preeminencia del Estado”, el primero, y “Una transformación de los modos de intervención estatal”, el segundo. En este último dedica el segundo punto al examen de “El auge de políticas contractuales”. Después de hacer algunas referencias a la actual importancia de este tipo de actuación del Estado y del desplazamiento por ellas de la actividad unilateral, recuerda que ese fenómeno se hizo fuerte en Francia a partir de los años sesenta y se tradujo en una modificación de las relaciones entre el Estado y las colectividades descentralizadas, así como con los agentes económicos públicos o privados, el cual está caracterizado hoy día en ese país (aunque no únicamente, pues existen otros ejemplos que el autor menciona) por los llamados “contratos de plan”, cuyo estatuto fue fijado por Ley del 29 de julio de 1982.

Subrá se dedica en seguida a examinar el alcance de tales contratos, señalando que tienen unas notas comunes y pueden celebrarse por el Estado central bien con colectividades territoriales o con empresas públicas o privadas. Se presentan en múltiples campos de la actividad administrativa a las cuales el autor se refiere, y en gran variedad de casos se constata un elemento de unidad “en el sentido de que todos tienen por objetivo general contribuir al desarrollo económico y al empleo dentro de un marco regional determinado y que, por la misma razón, tienden todos a asegurar el ejercicio de una solidaridad nacional ayudando prioritariamente a las colectividades más pobres y con más dificultades”.⁵⁰

Vale decir que la exposición de Subrá sirve para sustentar las hipótesis planteadas en estas últimas páginas alrededor de la actividad convencional de la administración, y específicamente en lo referente al convenio celebrado con los particulares por la administración en torno a la obtención de objetivos de interés colectivo y la importancia que para el derecho administrativo representan estas nuevas formas de la actuación pública.

⁴⁸ BREWER-CARÍAS, op. cit., pp. 294 y 295.

⁴⁹ Los ejemplos que presenta Brewer-Carías bien pueden considerarse como convenios de concertación o de fomento.

⁵⁰ SUBRÁ DE BIEUSSES, op. cit. p. 102.

Por último, en esta rápida referencia al derecho comparado, es oportuno señalar en relación con el derecho alemán, cómo según observaciones realizadas por Gaspar Ariño Ortiz en estudio preliminar escrito para un libro colombiano, junto con los que en ese país se identifican como *contratos de coordinación*, la doctrina germánica admite también la figura del contrato público para determinadas operaciones que, con carácter excepcional, pueden tener lugar entre la administración y los particulares sobre materias típicas del derecho público, como por ejemplo, *contratos de expropiación*, por los cuales la administración y los particulares fijan de común acuerdo el precio de la indemnización; *los contratos fiscales*, por los que una administración municipal pacta la renta de un impuesto o de una tasa con los sectores afectados; *contratos sobre las condiciones de urbanización* de un área determinada; y *contratos de subvención y/o fomento de la producción*. Llamábamos atrás la atención sobre el hecho de que dicho autor, en relación con estos especiales contratos del derecho alemán, aclara en nota de pie de página que “Todos o la mayoría de estos convenios (expropiatorios, urbanísticos, fiscales, acciones concertadas o subvenciones con cargas modales) se encuentran en nuestro derecho (al español se refiere) expresamente excluidos de la Ley de Contratos, bien porque no lo son, bien porque se trata de convenios o conciertos con una regulación específica”.⁵¹

De otra parte, debe indicarse que la participación de los particulares mediante fórmulas convencionales corresponde a lo que parte de la doctrina nacional ubica dentro del campo de la denominada *descentralización por colaboración*⁵², como lo indican Libardo Rodríguez, Diego Younes Moreno⁵³ y Álvaro Tafur. Este último señala cómo esta tendencia de colaboración se ha desarrollado en forma paralela con el surgimiento y proliferación de entidades nacidas de la iniciativa privada, dedicadas gracias a la voluntad de sus creadores, fundadores o asociados, a la búsqueda de finalidades de interés general, con carácter altruista. “Por ello, la colaboración respecto de ciertas actividades (educación, cultura, salud, etc.) por la afinidad que representa el objeto propio de las entidades, la busca el Estado por parte de aquellas ‘empresas’ cuya denominación genérica es la de ‘entidades o personas jurídicas sin ánimo de lucro’, cualquiera sea la modalidad estructural y organizativa que ellas adopten y las finalidades específicas que ellas persigan”.⁵⁴

⁵¹ ARIÑO ORTIZ, “La eterna cuestión del poder y el contrato”, en EXPÓSITO VÉLEZ, Juan Carlos, *La configuración del contrato de la administración pública en derecho colombiano y español, análisis de la selección de contratistas*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 36.

⁵² El concepto de descentralización por colaboración se estudia en el capítulo 10 del citado libro del autor, en el cual se examina su instrumento convencional que es precisamente el convenio de colaboración.

⁵³ YOUNES MORENO, Diego, *Curso de derecho administrativo*, Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1995, p. 39.

⁵⁴ TAFUR GALVIS, *La Constitución de 1991 y la modernización del Estado colombiano*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1993, p. 58. Es importante señalar que en el contexto de la colaboración convencional de los particulares en las actividades estatales y no de lo meramente contractual, ha sido en Colombia el profesor Álvaro Tafur Galvis, quien ha estudiado este instrumento jurídico como una manifestación especial de “La colaboración convencional de los particulares en las actividades estatales”. Tafur Galvis examina el régimen de este negocio jurídico al lado de temas como “los convenios para el ejercicio de las funciones administrativas típicas”, en el capítulo II de la obra que se acaba de mencionar, pp.

Después de reiterar algunos aspectos sobre la participación ciudadana y social arriba reseñados y de citar, entre otros, los artículos 26, 365, 48, 49, 49, 67 y 355 de la Constitución, Tafur concluye que la Carta prevé la intervención de los particulares, tanto en el ejercicio de funciones típicamente administrativas, como en la prestación de los servicios públicos y en el cumplimiento de actividades de interés público. Señala que el alcance de esa intervención y las modalidades que las encaucen es materia que debe definir la ley o, en el tercero de los anteriores casos, el gobierno nacional conforme al artículo 355 citado; lo cual en efecto ha ocurrido en algunos eventos con posterioridad a la edición de la obra que se comenta, como por ejemplo con la expedición de la Ley 142 de 1994 sobre servicios públicos domiciliarios, y la Ley 489 de 1998, cuyo capítulo décimo sexto regula lo que aquí se ha identificado como el otorgamiento convencional de funciones administrativas a particulares.

Tafur Galvis remata la presentación del régimen constitucional de la colaboración convencional señalando “como supuestos principales de la intervención convencional de los particulares en actividades estatales, los siguientes: *convenios para la prestación de servicios públicos; contratación para el cumplimiento de actividades significativas de funciones administrativas típicas, contratos o convenios para el desarrollo de actividades de interés público incluidas en el Plan General de Desarrollo o en los planes sectoriales*”.⁵⁵ (Cursiva en el texto original).

Pasa en seguida dicho autor a desarrollar cada una de estas tres manifestaciones convencionales y en la primera de ellas se refiere indistintamente a contratos o convenios para la prestación de servicios públicos. En la segunda el acápite se titula “Los convenios para el ejercicio de funciones administrativas típicas”, y el autor revisa los mecanismos de habilitación de los particulares para tal

77-105. Es oportuno al respecto observar que a lo largo y ancho de la obra del profesor Tafur Galvis subyace la idea que en este trabajo se desarrolla, cual es la de la existencia de la figura del convenio como una manifestación jurídica negocial distinta del contrato administrativo. Esta idea del convenio se encuentra implícita en el citado libro, especialmente referida a los que en este trabajo se identifican como convenios administrativos, pero también en torno a los convenios interadministrativos se halla reiterada en sus demás obras y particularmente en su trabajo *Estudios de derecho público*. Por ello, parece oportuno reconocer que en Colombia es en la obra de este importante administrativista en la cual se ha gestado, aunque no de una manera expresa, la teoría de los convenios de la administración, cuyo desarrollo sistemático se ha llevado a cabo por el suscrito autor. Algunas de las tesis del profesor Tafur se reiteran aunque de una manera sintética en el libro recientemente publicado, *Constitución política y potestad organizatoria*, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2011.

Como ha podido observar el lector hemos venido trabajando a lo largo de este texto las ideas del profesor Tafur Galvis, expuestas en sus libros y en sus providencias, lo cual es quizá la manera como hemos rendido homenaje a tan importante autor (tal como lo hicimos desde la primera edición del libro sobre convenios de nuestra autoría), y la mejor en nuestro sentir frente a quien dedica su vida y desvelos al trabajo académico y la producción intelectual. En este sentido y en buena hora se publicó precisamente el ya citado libro *Sociedad, Estado y Derecho* por la Universidad del Rosario.

⁵⁵ *Ibíd.*, p. 60.

desempeño, así como los efectos jurídicos que su desarrollo conlleva. Es interesante apuntar que los comentarios puramente doctrinales del autor coinciden en extrema medida con la regulación adoptada al respecto posteriormente en la Ley 489 de 1998, a cuyo examen dedicamos un capítulo en el mencionado libro sobre los convenios de la Administración. Por último, dicho tratadista se concentra en el estudio detallado de la última de las citadas manifestaciones de la actividad convencional, cuya reglamentación —aunque fue reformada posteriormente— ya había expedido el gobierno nacional en desarrollo del artículo 355 de la Carta.

2. La participación o asociación público privada (APP o PPP)

No puede concluirse este aparte, antes de avanzar sobre el concepto de convenio administrativo, sin relacionar, así sea en forma rápida, este tema con una materia que pareciera cercana en cierto sentido a la figura del convenio administrativo, pero que no corresponde al objeto del presente trabajo por las razones que en seguida se explican.

Se trata de la asociación o participación público privada en la ejecución de proyectos de infraestructura y, para deslindar esa materia con la que ahora se estudia, son necesarias las siguientes observaciones puntuales.⁵⁶ Sobre esa modalidad de asociación fue sancionada por el Presidente de la República el 10 de enero de 2012 la Ley 1508, *Por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privada, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones*. Se regula así una modalidad de ejecución de recursos públicos que se asocian a los de carácter privado, a fin de llevar adelante ciertas obras caracterizadas por altos costos de ejecución. Ciertamente la doctrina y la legislación comparadas refieren ese tema a criterios de asociación, pero ese elemento que convoca la participación de presupuestos de ambas fuentes es bien distinto del que caracteriza la asociación propia de los convenios tanto de orden interadministrativo, así como los que aquí se identifican como administrativos.

Dos aspectos resultan claves en la diferenciación de los dos tipos de participación y asociación: la naturaleza de la actividad y los fines últimos que convocan a las partes. En la participación pública y privada, identificada como APP o PPP, se trata de la ejecución de obras de infraestructura y, aunque, eventualmente, conlleve la prestación de los servicios propios de la obra correspondiente, lo cual

⁵⁶ Para una visión de este tema en la doctrina comparada, puede consultarse ARIÑO ORTIZ, Gaspar, “El contrato de colaboración público-privada”, en DE VIVERO ARCINIEGAS, Felipe, (comp.), *Reforma al régimen de contratación estatal*, Universidad de los Andes, Bogotá, 2010, pp.203-225; VASSALLO MAGROV, José Manuel e IZQUIERDO DE BARTOLOMÉ, Rafael, *Infraestructura pública y participación privada: Concepto y experiencias en América Latina y España*, 2010, versión digital en www.caf.com; así como AKITOBY, Bernardín, HEMMING, Richard y SCHWARTZ, Gerd, “Inversión pública y asociaciones público-privadas”, revista *Temas de economía*, n° 40, en www.imf.org.com. Para Colombia véanse varios documentos en la página del Departamento Nacional de Planeación www.dnp.gov.co y HERNÁNDEZ UCRÓS, María Mónica, *Asociaciones público-privadas. Comentarios a la Ley 1508 de 2012 de la República de Colombia*, Universidad de Rosario, Bogotá, 2014.

prevé en Colombia como necesario la nueva Ley 1508, el objeto esencial de dichos compromisos para el Estado es garantizar los recursos para el primero de tales cometidos. En los convenios administrativos y la participación que los fundamenta y se acaba de estudiar, el objeto es la ejecución de funciones o servicios propiamente administrativos, de los cuales es titular la institución pública. En segundo lugar, en la PPP el particular, actuando como un verdadero contratista, busca la capitalización de sus recursos, la obtención de réditos, actúa con ánimo de lucro, mientras que en el convenio, como se ha subrayado, el sector privado integrado especialmente por organizaciones sin ánimo de lucro de la sociedad civil, se propone la realización de actividades de interés general, que, por ser tales, convocan la atención por parte del Estado, bien porque se trate precisamente de funciones o servicios administrativos, o bien porque correspondan a ciertas tareas que el Estado fomente o apoye por involucrar beneficios colectivos.

Sin duda, en el esquema de participación público privada el vínculo resultante de dicha asociación es un puro contrato estatal o administrativo, tal como por lo demás lo establece la Ley 1508 de 2012, uno de cuyos tipos, como también preceptúa esa ley, es el clásico contrato de concesión. Vale decir que conforme a dicha ley, la selección del contratista, celebración y ejecución del negocio jurídico que materialice la asociación de tal índole se someterán a las normas del EGCAP. Es así una expresión conceptual distinta a la examinada en este trabajo, que se ubica en una esfera de colaboración bien diferente de la que marca la actividad convencional.⁵⁷

3. Concepto del convenio administrativo, celebrado por la administración con los particulares

Hecha la exposición precedente, puede considerarse válido sustentar que en el seno del Estado contemporáneo, de su papel en la sociedad de hoy y específicamente en el que se consagra por la Constitución Política de 1991, se hace necesario identificar conceptualmente y contextualizar jurídicamente los mecanismos de asociación de esfuerzos entre el Estado y ciertos sectores de la sociedad civil asumidos para el logro de intereses generales y comunes a las dos instancias, que cobran una mayor vida en el nuevo universo de lo público,⁵⁸

⁵⁷ No es este el espacio apropiado para abordar el examen de la asociación público privada regulada por la Ley 1508 de 2012 y sus reglamentos, a lo cual remitimos al lector, cuyo entendimiento puede iluminarse por documentos como los que se acaban de citar en la nota de pie de página anterior.

⁵⁸ Al examinar el contexto socio-político de la participación, Carlos Ariel Sánchez Torres señala cómo “Así, resulta la participación ciudadana enmarcada en el problema global de la rearticulación de las relaciones entre el Estado y la sociedad civil, en pos de la profundización de la democracia, haciendo posibles distintas perspectivas de visión del problema, que buscan que lo público no se agote en lo estatal. La primera se orienta hacia el fortalecimiento de la sociedad civil, buscando expresiones de la misma en la cogestión, la autogestión y la cooperativización. Una segunda perspectiva, enfoca la participación ciudadana como un medio de socialización en la toma de decisiones de las políticas que suponen generar nuevos espacios y mecanismos de articulación del Estado con la sociedad civil”. Más adelante este autor concluye: “la solución a favor de la sociedad civil, es la única posibilidad de construir un Estado moderno y eficiente, tarea incipiente y por iniciar”. SÁNCHEZ TORRES, op. cit., pp. 31 y 33.

haciendo el esfuerzo académico por explorar sus manifestaciones específicas en el ordenamiento actual.

Frente a este modo de actuar, a esta figura que se presenta en diversos campos del derecho público y que ofrece una gran variedad de matices jurídicos y tipológicos, es posible proponer una identificación común, como se hace en este trabajo. Se trata, como se ha señalado en los párrafos precedentes, de actuaciones voluntarias de participación mixta, esto es, de acuerdos de voluntades celebrados por instituciones públicas con particulares, que se pueden en forma genérica identificar como convenios administrativos.⁵⁹ Esta denominación es válida en tanto tales negocios jurídicos son producto de la actividad convencional del Estado y pertenecen al género de los convenios de la administración, como una gran segunda categoría de los mismos, adicional a la que corresponde a los convenios interadministrativos.

Siendo los convenios administrativos negocios jurídicos de carácter convencional, se distinguen sustancialmente de la figura del contrato administrativo o estatal, el cual es también un acuerdo de voluntades celebrado con particulares, porque en los primeros no se plantea una contraposición de intereses entre las partes contratantes, mientras que ello sí ocurre en los últimos, tal como el autor de este trabajo lo examina en la primera parte del citado libro *Los convenios de la Administración*, al estudiar la actividad convencional y la categoría general que da nombre a esa obra. Vale decir que el convenio administrativo, como ocurre con el género de los convenios de la administración, constituye desde el punto de vista formal actividad contractual o contrato, en cuanto es un acuerdo de voluntades, pero desde el punto de vista sustancial, material o del contenido de la relación jurídica establecida entre los sujetos contratantes, así como de la causa y fin que

⁵⁹ Es claro que el género *convenio de la administración*, así como la especie *convenio administrativo* gravitan en el derecho interno y no en el derecho internacional. En este último se ha planteado la denominación “convenio administrativo” como alternativa a los nombres “convenio de ejecución”, “acuerdos simplificados” o “acuerdos celebrados en forma simplificada”. Al respecto, entre las múltiples sentencias referidas a esta figura, véanse las C-400 de 1998 y C-239 de 2006. Sobre el tema véase también el libro de QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando, *La elusión constitucional. Una política de evasión del control de constitucional en Colombia*, Doctrina y Ley, Bogotá, 2006. En la última de las providencias citadas se expresa sobre dicha figura de derecho internacional: “El proceso de formación, celebración y ejecución de los contratos o convenios de cooperación técnica internacional puede estar regulado por las leyes especiales que adoptan tratados específicos de cooperación técnica. El Estado colombiano ha celebrado acuerdos o tratados marco de cooperación con múltiples Estados, organizaciones o agencias internacionales en cuyo texto se prevén mecanismos especiales de ejecución de las obligaciones convenidas. En particular, estos instrumentos suelen referirse a los llamados convenios de ejecución, también llamados convenios administrativos, acuerdos simplificados o celebrados en forma simplificada. Como lo ha reiterado la Corte, dichos acuerdos tendrán validez en el derecho interno siempre que se firmen en desarrollo de una ley que apruebe el tratado marco y siempre que las obligaciones en éste contenidas sean un simple desarrollo de las obligaciones contempladas en la ley aprobatoria del tratado marco. En efecto, la Corte Constitucional ha señalado enfáticamente que por vía del trámite de los acuerdos celebrados en forma simplificada no puede el gobierno comprometer la responsabilidad del Estado colombiano en aquello que el Congreso no hubiere aprobado a través de la ley que aprueba el tratado marco. En este sentido, lo cierto es que dichos acuerdos sólo tendrán validez si la norma habilitante reúne los requisitos establecidos en la Constitución y si se trata, materialmente, de un convenio de ejecución y no de un nuevo tratado internacional”.

ellos se proponen, estos compromisos constituyen actividad convencional.

Por lo anterior puede afirmarse que así como las entidades de la administración se unen entre ellas para llevar adelante fines comunes mediante convenios interadministrativos, también ocurre a veces que personas jurídicas públicas buscan la conjunción de esfuerzos con personas naturales o jurídicas de carácter privado, para la consecución de fines de utilidad para toda la sociedad que interesan tanto a ese particular como a la entidad pública correspondiente.

El tema ha sido tratado en el derecho y la doctrina comparados. Allí se ha estudiado no solamente la teoría que fundamenta la actividad convencional que se ha dejado expuesta en las páginas anteriores, sino también la distinción entre el concepto de contrato y el de convenio, como negocios jurídicos diferentes celebrados por la administración y en ese marco de ideas asimismo se han distinguido las figuras del contrato administrativo y del convenio interadministrativo. Pero más específicamente se ha distinguido el contrato celebrado por las entidades estatales con los particulares, es decir, el típico contrato administrativo, frente a los convenios que la administración celebra también con sujetos del sector privado.

En efecto, Alejandro Huergo Lora, en su libro *Los convenios urbanísticos*, dedica en el capítulo primero un punto a estudiar los “Convenios con particulares y convenios interadministrativos: la posición de las entidades urbanísticas en mano pública”. En ese aparte el autor precisa que sólo los últimos compromisos son objeto de estudio en su obra y propone algunos elementos que marcan la peculiaridad de las dos clases de negocios a los que se refiere, que se miran atendiendo al contenido y alcance de las regulaciones urbanísticas españolas, razón por la cual este trabajo no se detiene en su observación.⁶⁰

Por su parte, también autores latinoamericanos se han referido a la figura del convenio celebrado con particulares como una institución jurídica distinta del contrato administrativo, y han hecho interesantes precisiones que coinciden con las apreciaciones de este trabajo. El peruano Mario Linares en su obra *El contrato Estatal*, dedica un punto de su primer capítulo a revisar lo que llama “Convenios de la administración y contrato estatal”. Allí se esbozan algunas líneas de una concepción muy cercana a la que se ha expuesto por el autor de este trabajo.⁶¹

Indica Linares que es característico del contrato contar con el elemento patrimonial, en el sentido de que en la relación jurídica correspondiente se plantea la idea de intereses pecuniarios o económicos, mientras que “Examinando la *ratio legis* de las normas de derecho público en donde se utiliza el término *convenio*, se trasluce la idea que se encuentra ausente o si se quiere no es preponderante el elemento interés pecuniario o patrimonial, el cual ha sido sustituido por el interés

⁶⁰ Cfr. HUERGO LORA, Alejandro, *Los convenios urbanísticos*, Civitas, Madrid, 1998, pp. 27-39.

⁶¹ LINARES, Mario, *El contrato estatal*, Girjley, Lima, 2002.

de la administración o de los órganos de esta: cumplir y satisfacer funciones y necesidades de interés público”.⁶² Se refiere luego a normas de la Ley de Gestión Presupuestaria y de la Ley de Tributación Nacional, las cuales transcribe para considerar que lo allí consagrado corresponde a convenios.

En seguida, dicho autor reitera, pero ampliando su idea, que en los convenios interadministrativos o en la relación administración-particular, no debe estar presente en alguna de las partes un interés económico de modo preponderante, sino la realización de alguna función pública o satisfacción de algún servicio público. Al respecto afirma que “Estos presupuestos, si bien son de difícil materialización en la relación administración-particular, no son imposibles, sobre todo tratándose de instituciones privadas sin ánimo de lucro”.⁶³

Para sustentar su análisis, Mario Linares invoca las observaciones sobre los “conciertos de la administración” hechas por García de Enterría y Tomás Ramón Fernández en su *Curso de derecho administrativo*, revisadas ya en páginas anteriores de este trabajo, así como las varias clases de convenios examinadas por el venezolano Allan Brewer Carías, cuyos asertos sobre el tema no son ajenos a la presente investigación y fueron antes comentados, aunque Linares se remite a un documento distinto del que se mencionó en apartes anteriores.⁶⁴

Por su parte, la doctrina brasileña en recientes trabajos ha hecho referencia a la celebración de convenios por parte de la Administración pública, en términos que coinciden con el enfoque planteado en esta exposición. En efecto, en un punto titulado precisamente “Convenios” perteneciente a un apartado denominado por la autora como “Figuras contractuales recientes” del artículo incorporado en el libro *Tratado general de los contratos públicos*, la profesora brasileña Odete Medauar define esa figura señalando que “es el acuerdo entre órganos o entidades del poder público o entre aquéllos y entidades privadas, apuntando a la realización de proyectos o actividades de interés común, en un régimen de cooperación mutua”.⁶⁵

En seguida se refiere al tema en los siguientes términos:

El art. 241 de la Constitución Federal faculta la celebración de convenios entre los entes federativos para la gestión asociada a servicios públicos. Por su parte, el art. 199, &1º prevé los convenios como forma de participación de las instituciones privadas en el sistema único de salud. El Decreto Federal No. 6.170/2007, con

⁶² *Ibíd.*, p. 31.

⁶³ *Ibíd.*, p. 31.

⁶⁴ *Ibíd.*, p. 32. En efecto, Linares se remite al trabajo de BREWER CARÍAS, Alan, “La evolución del concepto de contrato administrativo”, en *Libro homenaje al profesor Antonio Morales C.*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1981.

⁶⁵ MEDAUAR, Odete, “La contratación pública en Brasil”, en CASSAGNE, Juan Carlos (Director), *Tratado general de los contratos públicos*, Tomo II, La Ley, Buenos Aires, 2013, pp. 74-75. Trad. para el autor de MUÑOZ GARCÍA, Yaneth.

modificaciones posteriores, contiene normas sobre convenios en los que participan la Unión o entidades federales.

Un número significativo de convenios es celebrado con entidades privadas sin propósitos lucrativos, aquí denominadas genéricamente, sin precisión técnica, ONGs- Organizaciones no Gubernamentales o entidades del tercer sector. En el caso de convenios entre la Administración y entidades privadas, en gran medida se prevé, en sus cláusulas, la transferencia de recursos públicos.

Lo anterior se complementa leyendo otro autor brasileño, Vitor Rhein Schirato , cuyo trabajo se encuentra en el mismo tratado, quien se refiere a dichos negocios jurídicos denominándolos asociaciones, cooperaciones y contratos de gestión, celebrados con los mencionados tipos de instituciones, así⁶⁶:

Las asociaciones que denomino cooperaciones se refieren a los contratos firmados entre el Estado y la entidad privada sin fines lucrativos para la realización de alguna actividad pública de carácter cultural, educacional, asistencial o de salud pública. Aunque los contratos firmados en el ámbito de las cooperaciones sean suscritos con entidades de Derecho privado, el hecho de que estas no persigan lucro hace que sean llamadas del tercer sector, de ahí que no sean ni públicas, ni propiamente privadas.

En el Derecho Administrativo brasileño, son consideradas entidades del tercer sector que hacen parte de asociaciones las organizaciones sociales (OS) y las organizaciones de la sociedad civil de interés público (OSCIP), reguladas por las Leyes No. 9.637, de 15 de mayo de 1998, y 9.760, de 23 de marzo de 1999, respectivamente.

Las organizaciones sociales son personas jurídicas de derecho privado que mantienen con la administración un vínculo contractual denominado contrato de gestión, en cuyos términos ellas se comprometen a desarrollar actividades de (i) enseñanza, (ii) investigación científica, (iii) desarrollo tecnológico, (iv) protección y preservación del medio ambiente, (v) cultura y (vi) salud (artículo 1 de la Ley 9.637/98). Los recursos necesarios para el desempeño de las actividades de las organizaciones sociales provienen de transferencias públicas y disciplinadas por el contrato de gestión.

Con sustento en las ideas expuestas hasta ahora , puede afirmarse que la administración celebra con los particulares una modalidad de negocios jurídicos que se enmarcan dentro de la actividad convencional, los cuales constituyen lo que en este trabajo se ha denominado convenios administrativos, entendidos entonces como aquellos *acuerdos vinculantes de voluntades celebrados entre una persona jurídica pública y un particular con el fin de aunar esfuerzos para la realización de un objeto de interés mutuo y de beneficio general.*

En un esfuerzo por delimitar conceptualmente la figura, es pertinente estudiar algunos elementos que constituyen sus principales características, lo cual haremos en los siguientes apartes.

⁶⁶ RHEIN SCHIRATO, Vitor, "A interação entre Administração pública e particulares nos contratos administrativos", en CASSAGNE, Juan Carlos (Director), *Tratado general de los contratos públicos*, Tomo III, La Ley, Buenos Aires, 2013, pp. 710-711. Trad. para el autor de MUÑOZ GARCÍA, Yaneth.

4. Características específicas del convenio administrativo

El examen adelantado hasta este momento ha permitido precisar no sólo el marco conceptual, administrativo y jurídico en el cual se desarrollan y existen los convenios administrativos, sino que a lo largo del mismo se ha podido caracterizar la figura y establecer su naturaleza instrumental en relación con la gestión convencional de la administración. Sin embargo, es necesario adicionar algunas precisiones que permiten profundizar en su identificación. Para tal efecto, se revisarán los aspectos relativos a los intereses de los sujetos contratantes, el régimen general del convenio administrativo y el sistema de selección del contratista.

4.1. Intereses de las partes en el convenio administrativo

El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (EGCAP) regula todos los acuerdos de voluntades que se celebran por las entidades estatales con los particulares. Estos contratos se encuentran normados bajo un criterio de satisfacción tanto de los fines de las entidades estatales, como de los intereses privados y de lucro de los particulares que concurren a su celebración.

Lo anterior es así, aunque el artículo 3 de esta ley establezca que los particulares además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado, colaboran con las entidades estatales en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones.

Ciertamente la doctrina nacional y comparada ha calificado a los contratistas de la administración como colaboradores de la misma. No obstante, el autor de este trabajo considera que puede plantearse que la colaboración a la administración desde la perspectiva contractual asume dos sentidos, atendiendo los intereses que marcan al sujeto colaborador: colaboración en sentido débil, cuando se trata de contratistas vinculados a través de contratos administrativos o estatales, por cuya virtud el sujeto efectivamente ayuda a la administración pero a cambio de un precio que implica una ganancia, un ánimo de lucro, como sería el caso de negocios jurídicos en los cuales se concrete un esquema de la asociación o participación público-privada, prevista por la Ley 1508 de 2012; y colaboración en sentido fuerte, cuando quiera que el particular se une a la administración en el marco de una actividad convencional, signado por fines armónicos con los de entidad pública y en cuyo evento no se propone recibir a cambio un reconocimiento económico con ánimo de lucro, como sería el caso de los compromisos calificados como convenios administrativos que se revisan en este trabajo.

Al lado de la calificación de *colaboradores de la administración* que asigna a los contratistas dicho estatuto general, no parece haber duda sobre el hecho objetivo consistente en que las personas privadas, al celebrar contratos estatales, lo hacen buscando por ese medio la realización de sus intereses particulares y, en especial,

la obtención de una ganancia económica, tal como también lo indica la norma mencionada.⁶⁷ Al respecto José Luis Villar Palasi apunta que en el contrato administrativo existe un contraste entre los intereses propios de cada una de las partes pues en el mismo no sólo hay un interesado —el particular— sino también la administración pública. Esta se halla más interesada en el objeto contractual que el particular contratante, dado que él “sólo quiere tener una lícita ganancia con la realización, debida y correcta, de aquello que se compromete a hacer. La administración, sin embargo, pretende servir los fines públicos mediante el objeto del contrato administrativo”.⁶⁸ Ese ánimo de lucro o propósito meramente patrimonial que signa la voluntad del contratista del Estado y determina el interés con el cual concurre a la celebración del negocio jurídico, caracteriza los contratos administrativos o estatales. Por el contrario, a través de la celebración de un convenio administrativo, como ya se ha indicado, el particular busca los mismos fines del Estado al que se une, pues hay una real coincidencia de intereses; por lo que se trata de un acuerdo de naturaleza diferente al contrato estatal, el cual corresponde a lo que en este trabajo se ha identificado como convenio⁶⁹.

Teniendo en cuenta lo anterior, cuando la administración se une a un particular para el logro de objetivos de interés común a las dos partes, en una conjunción de esfuerzos, requiere hacerlo con aquel que se halla investido de las condiciones que ese logro especial necesita, dada la proyección hacia el interés general del fin específico que el Estado se propone.⁷⁰

4.2. Régimen general de los convenios administrativos

Como se estableció en los puntos precedentes, el convenio administrativo, junto con el interadministrativo, constituyen las dos grandes categorías en que se clasifica el convenio de la administración. Por ello, respecto de la figura que se estudia en este trabajo, se predicen las características y elementos que se

⁶⁷ Preceptúa el artículo 3 de la Ley 80 de 1993: “De los fines de la contratación estatal. Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines. // Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el estado, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones”.

En todo caso debe tenerse en cuenta que del inciso segundo de esta norma, la expresión “además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado”, prevista como uno de los fines de la contratación estatal, fue derogada por el artículo 32 de la reforma contenida en la Ley 1150 de 2007.

⁶⁸ VILLAR PALASI, José Luis, Prólogo a EXPÓSITO VÉLEZ, Juan Carlos, op. cit., p. 21.

⁶⁹ Estos aspectos que tienen que ver con la causa y fines que se proponen los sujetos que concurren a la celebración de los convenios se estudian para esa categoría general en la primera parte de nuestro libro.

⁷⁰ De ahí que la selección contratista de la administración en ciertos tipos de convenios administrativos no requiera adelantarse a través de un proceso de convocatoria, sino que en la determinación de aquel la administración goza de un importante margen de flexibilidad para determinar el particular cuya misión es acorde con los intereses que ella requiere llevar adelante.

predican frente al género al cual pertenece.

Lo anterior es así específicamente respecto del régimen jurídico del convenio administrativo, por lo que en este aspecto el lector puede remitirse al estudio hecho sobre el particular en el capítulo 2 de la primera parte del citado texto *Los convenios de la Administración: entre la gestión pública y la actividad contractual*. Sin embargo es pertinente insistir en que las normas aplicables a esta modalidad de la actividad convencional son las que rigen los contratos celebrados por las entidades estatales con los particulares, pues en forma alguna se prevén normas de excepción en relación con esta figura.

Al respecto debe considerarse, en torno al ámbito de aplicación del Estatuto General de Contratación Estatal, que este al regular sin distinción alguna todos los contratos que con los particulares celebran las entidades estatales, debe aplicarse a los mismos, salvo cuando la misma ley expresamente establezca una excepción. Es decir, el estatuto contenido en la Ley 80 y sus modificaciones, se debe aplicar a todos los acuerdos de voluntades que celebren las entidades estatales con los particulares, salvo que ella misma exceptúe de su aplicación algún tipo de negocio jurídico o que otra norma con jerarquía legal disponga la prevalencia de un régimen especial diferente de aquél (artículos 1, 13 y 32). Adicionalmente, lo anterior significa que el alcance de dicho régimen general de los convenios administrativos está limitado por la aplicación de los regímenes especiales de los diferentes tipos de convenios. Lo que suele ocurrir, como lo ha observado el autor al examinar algunos tipos, es que la normatividad especial se remite al régimen general de la ley contratación administrativa o bien que ante el vacío del ordenamiento especial existente es necesario remitirse por analogía a las normas generales.

En consecuencia, puede señalarse en cuanto respecta al régimen de los convenios administrativos, que los mismos están sujetos a un ordenamiento que comprende dos capas o niveles, cuya prevalencia y aplicación debe determinarse en cada caso: (i) el régimen general de los contratos administrativos o estatales, que incluye eventualmente la aplicación del derecho privado en ciertos aspectos, y (ii) el régimen especial de cada tipo de convenio administrativo.

Por último, puede observarse cómo en forma semejante a lo que se presenta frente a los convenios interadministrativos, dicho régimen general de los convenios administrativos contenido en la Ley 80 de 1993, se sustenta en un criterio meramente subjetivo, en el sentido de que se aplica atendiendo al carácter estatal o público de la entidad contratante y particular del contratista, mientras que el régimen especial de los convenios administrativos atiende enfáticamente y de forma prevaleciente el objeto que por dichos compromisos se pretende.

Frente al régimen aplicable a los convenios administrativos es necesario hacer algunas observaciones de orden general, en relación con los conceptos de privatización y huida del derecho administrativo.

Sobre el primer concepto, debe señalarse que el mismo no ha tenido un entendimiento unívoco en la doctrina. Se ha considerado que corresponde a diversas expresiones: al traspaso de bienes o empresas de propiedad pública a los particulares, al paso de la aplicación del régimen de derecho administrativo por normas propias del derecho privado o, en fin, a la transferencia de funciones públicas hacia el sector privado.

En este trabajo se comparte la consideración según la cual el fenómeno mencionado se presenta cuando los bienes o empresas del Estado se transfieren al sector privado, en cuyo caso, por supuesto, deja de aplicarse a los mismos el régimen propio del patrimonio público.⁷¹ Pero la privatización no opera cuando las entidades públicas aplican a la realización de sus actividades, a sus esquemas de su organización o a sus relaciones laborales, las normas que en cada uno de esos campos se predicán de los particulares.

Tampoco, en estricto sentido, ocurre ese fenómeno de la privatización cuando los particulares colaboran con la administración pública por vía de convenio administrativo en la ejecución de funciones administrativas o en la realización de actividades de interés general que se comparten con el Estado. Existe en este caso, por supuesto, participación del sector privado, pero como se verá más adelante el régimen aplicable al desarrollo de tales funciones, en cuanto se consideran administrativas, sigue siendo administrativo y el paso o tránsito de la función del sector público al sector privado está marcado por normas de esta índole, a las cuales se debe sujetar la ejecución de la actividad correspondiente por parte de los particulares.⁷²

Luego, no es apropiado estimar que una función se privatiza, cuando sigue ella considerándose propia o de titularidad del Estado y permanece bajo su regulación, su supervisión, desarrollándose en el marco del derecho administrativo y se traslada al particular para fines de su ejercicio mediante un acuerdo temporal de voluntades. En este evento no opera ni el fenómeno de la privatización y tampoco, evidentemente, el identificado por la doctrina comparada y nacional como huida del derecho administrativo. Y este fenómeno no se presenta debido a que la función y su operación siguen marcadas por normas pertenecientes a este tipo de

⁷¹ En este sentido y para una revisión amplia del concepto de privatización en el ordenamiento colombiano y los fenómenos aledaños al mismo, véase TAFUR GALVIS, op. cit., pp. 181-221.

⁷² Este entendimiento de la Corte Constitucional puede verse en la sentencia C-866 de 1999: “Resulta oportuno señalar, que el tema de la asunción de funciones administrativas por parte de los particulares no debe confundirse con el tema de la privatización de ciertas entidades públicas. En efecto, la privatización es un fenómeno jurídico que consiste en que un patrimonio de naturaleza pública, es enajenado a particulares, de tal manera que se trueca en privado. La privatización comporta un cambio en la titularidad de ese patrimonio, que siendo estatal, pasa a manos de los particulares, y debe aquella responder a políticas que miran por la realización de los principios de eficiencia y eficacia de la función pública y enmarcarse dentro de los criterios del artículo 60 de la Carta. La atribución de funciones administrativas a particulares hecha por las autoridades, no conlleva, en modo alguno, cambio en la titularidad del patrimonio estatal. Significa simplemente la posibilidad dada a aquellos de participar en la gestión de los asuntos administrativos, en las condiciones y bajo los parámetros señalados por la Constitución, la ley y los reglamentos”.

régimen. Se trataría en palabras de Franck Moderne de una falsa o seudo huida del derecho administrativo, pues no obstante pasar la función a desempeñarse por particulares ella sigue sometiéndose al derecho administrativo.⁷³

En cambio, sí corresponde a una huida del derecho administrativo⁷⁴ el evento que antes se señaló, consistente en que ciertas facetas o espacios de lo público pasan a regirse por normas de derecho privado, como cuando determinada actividad hace tránsito al régimen de las disposiciones del derecho civil y comercial al ser considerada industrial y comercial y ya no administrativa, o cuando una empresa industrial y comercial del Estado se transforma en sociedad de economía mixta sujetando su organización a las normas del Código de Comercio; o bien cuando los empleados de una institución dejan de ser públicos o aún trabajadores oficiales y en consecuencia se remiten plenamente al régimen del derecho laboral común y dejan de regirse por el derecho laboral administrativo.

Conforme a lo anterior, hoy día en Colombia los convenios administrativos no solamente se sujetan en forma general a las normas de contratación administrativa, sino que tratándose del ejercicio de funciones administrativas que mediante los mismos se transfiere a particulares, estas sigue llevándose a cabo bajo el régimen del derecho administrativo.

De otro lado, en armonía con lo expuesto, vale decir que cuanto se refiere a los demás aspectos relacionados con selección, celebración, perfeccionamiento, contenido, ejecución y liquidación de los acuerdos que estamos revisando, se aplica el régimen de la Ley 80 de 1993 y sus modificaciones. Es decir, en las diferentes etapas de la actividad convencional de las entidades estatales se debe aplicar el régimen general de contratación administrativa o estatal, salvo norma legal expresa en sentido distinto.

En este trabajo se considera, específicamente, que los convenios administrativos deben ser objeto de las cláusulas excepcionales previstas por el EGCAP tal como el mismo las regula, pues el hecho de que se trate de fines comunes a las partes, no significa que no se deban pactar claramente las obligaciones de quienes celebran el acuerdo y constituir por el mismo los compromisos respectivos, cuyo incumplimiento debe generar consecuencias de orden jurídico para la parte incumplida.

Finalmente, sobre el tema es necesario señalar que, de acuerdo con lo expuesto, los convenios administrativos constituyen verdaderos negocios jurídicos y, por lo tanto, son fuente de derechos y obligaciones, no meros acuerdos de intención

⁷³ MODERNE, Franck, *Apuntes de derecho administrativo comparado*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2002.

⁷⁴ Este tema se puede consultar en el capítulo “Reflexiones sobre la ‘Huida’ del derecho administrativo” del libro de MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián, *El derecho civil en la génesis del derecho administrativo y de sus instituciones*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 199-230; y en Colombia véase TAFUR GALVIS, *Estudios de derecho público*, Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1997, tema al cual dedica el título II de la obra.

entre los sujetos suscriptores, cuya exigibilidad es viable judicialmente⁷⁵, lo cual corresponde, por lo demás, a una característica en su condición de especie del género convenios de la administración, de los cuales la misma se predica. Al respecto debe precisarse que conforme a los artículos 75 y 77 del estatuto contractual la jurisdicción competente para conocer de las controversias originadas en todos los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento es la de lo contencioso administrativo, regla general que hoy día se confirma por los numerales 2, 6 y 7 del artículo 104 del CPACA.

4.3. Selección del contratista del convenio administrativo

Es pertinente preguntar cuál es el sistema de selección de los contratistas cuando la administración pretende vincularse contractualmente a un particular en las condiciones expuestas, es decir, celebrando un convenio administrativo.

Al respecto debe tenerse en cuenta que como quedó examinado, desde el punto de vista del derecho positivo, se aplica a la celebración de los convenios administrativos el actual régimen contractual establecido en forma general para los acuerdos que suscriban las entidades estatales con particulares, el cual corresponde a la Ley 80 de 1993, con sus modificaciones y decretos reglamentarios. Como antes se indicó, ello es así salvo las normas que determinen en forma expresa un régimen específico distinto sobre la materia, como ocurre con algunos de estos tipos de acuerdos.

Así las cosas, ubicados en el régimen general mencionado, también se pregunta si se debe llevar adelante el proceso de selección que por regla general se impone a los contratos celebrados por las entidades estatales. Esta norma general, conforme al numeral 1 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, es la licitación pública, mientras que las excepciones son la selección abreviada, el concurso de méritos y la contratación directa, regulados por los numerales siguientes de dicho artículo, así como la contratación de mínima cuantía introducida por el artículo 94 de la Ley 1474 de 2011, reglamentada por el Decreto 2516 de ese año. O si más bien, se le debe atribuir en estos casos a la administración cierto margen de discrecionalidad para la escogencia del contratista correspondiente.

La inquietud debe responderse considerando que siendo aplicable el régimen de la Ley 80 a todos los acuerdos estatales, así como a los convenios administrativos, para la escogencia del contratista correspondiente debe llevarse a cabo el procedimiento general de selección previsto por ese estatuto, que es el de la licitación pública, sin perjuicio de que, dadas las condiciones del objeto a contratar, eventualmente se aplique al caso correspondiente alguno de los otros instrumentos excepcionales de selección.

⁷⁵ Al respecto, en relación con los contratos españoles de plan a los que atrás se hizo referencia, véase SUBRÁ, op. cit., p. 1.

De acuerdo con lo anterior, no obstante la concepción distinta que envuelven los convenios administrativos, expuesta en estas páginas, ellos a la luz del derecho positivo colombiano deben celebrarse bajo el régimen general del EGCAP y los contratistas deben ser escogidos por los mecanismos previstos por ese ordenamiento. Es decir, en esta materia también los convenios administrativos se regulan por el régimen general de contratación del Estado con los particulares.

Una posición diferente a la anterior puede ser planteada atendiendo a la concepción expuesta sobre los convenios administrativos, al extremar sus consecuencias. Según la doctrina que podría postularse, el marco del estatuto contractual contenido en la Ley 80 con sus modificaciones, se halla determinado por la naturaleza de los fines que buscan los particulares vinculados a la administración, los cuales corresponden al ánimo de lucro que caracteriza la actividad privada. Por lo tanto, los negocios contractuales celebrados entre las entidades estatales y los particulares que no correspondan a tales fines, están por fuera de ese régimen y deben someterse a una regulación distinta. Esto último es lo que ocurre, según esta tesis, con los convenios administrativos, los cuales deben ampararse por una regulación distinta de la que generalmente se aplica a los contratos estatales o administrativos.

Es preciso indicar que esta posición se suscribe dentro de la doctrina que se expone en este trabajo y se plantea como una propuesta reguladora de la materia. Sin embargo, la realidad positiva del derecho contractual colombiano impone reconocer que si bien ese tratamiento es deseable a la luz de la teoría expuesta en esta investigación, el mismo no ha sido adoptado por el Legislador de la Ley 80 de 1993 y de sus modificaciones.

En relación con lo anterior, lo más acertado es considerar que ante la dificultad de determinar el régimen jurídico atendiendo a los fines buscados por el particular contratista, es preciso aseverar que este último debe ser el criterio que guíe al Constituyente o al Legislador, según el caso, cuando quiera que en la Carta Política o en la ley se busque establecer una excepción a la aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Pero no es lo que hoy aparece consagrado en la Ley 80 con sus modificaciones, aunque, se reitera, es la regulación deseable, más no la adoptada por el derecho positivo.

Así las cosas, salvo una expresa excepción legal, como ocurre en ciertos casos, como los casos de los convenios administrativos que se examinan en la tercera parte del mencionado libro del autor de estas líneas, debe aplicarse a los convenios administrativos el régimen contractual general contenido en la mencionada Ley 80 y sus modificaciones.

Recapitulación y conclusiones

A la categoría general de los convenios de la administración no solamente pertenecen los convenios interadministrativos, sino que constituyen también una de

sus expresiones los que se identifican en este trabajo como *convenios administrativos*, celebrados ya no entre personas jurídicas públicas o entidades estatales, sino entre ellas y particulares.

El estudio de este tipo de compromisos permite recapitular los siguientes aspectos y llegar a las conclusiones que se destacan a continuación:

1. El convenio administrativo se enmarca en las nuevas tendencias de actuación del Estado constitucional, social y democrático contemporáneo, y constituye una de las manifestaciones en las cuales se observa la adopción de mecanismos consensuales en la gestión administrativa; es una expresión propia de un nuevo modelo de Estado y específicamente del adoptado por la Constitución colombiana de 1991. Es un desarrollo de la democracia participativa, de la participación social y ciudadana en la gestión de las actividades estatales.

Específicamente, el convenio administrativo es un instrumento de la ejecución de funciones administrativas por parte del sector privado, así como de actividades de utilidad pública cuya promoción y fomento le interesa también al Estado. Es, por fin, un instrumento de realización de la administración concertada y de la colaboración convencional en el desarrollo de funciones administrativas o de la descentralización por colaboración.

2. En el contexto anterior la administración celebra con los particulares una modalidad de negocios jurídicos que se identifican como convenios administrativos. Estos son acuerdos vinculantes de voluntades celebrados entre una persona jurídica pública o una entidad estatal y un particular con el fin de aunar esfuerzos para la realización de objetos de interés mutuo y de beneficio general.

Dichos compromisos se presentan en desarrollo de la actividad convencional del Estado y pertenecen al género de los convenios de la administración, como una segunda categoría de los mismos, adicional a la que corresponde a los convenios interadministrativos.

El convenio administrativo es un negocio jurídico de carácter convencional que desde el punto de vista sustancial o material se distingue del contrato administrativo o estatal, en cuanto a través de su celebración y ejecución, el particular busca los mismos fines de la entidad estatal a la que se une, presentándose una coincidencia de propósitos de interés general. Sin embargo, si se observan los dos instrumentos desde el punto de vista formal, los mismos se asimilan en tanto ambos corresponden a la actividad contractual de la administración y se celebran entre ésta y los particulares.

3. A pesar de la concepción distinta que envuelven los convenios administrativos frente a los contratos administrativos o estatales, conforme al derecho colombiano actual, la actividad contractual propia de los mismos se somete al régimen general establecido para los últimos en el EGCAP. De acuerdo con tal estatuto,

específicamente, los contratistas deben ser seleccionados por los mecanismos previstos por ese ordenamiento. Ese régimen general debe aplicarse salvo expresa excepción legal, la cual se presenta en algunas especies de convenios administrativos.

4. Los convenios administrativos tienen diferentes manifestaciones tipológicas en el ordenamiento jurídico colombiano. Dentro de esa tipología se destacan los *convenios administrativos de interés público* regulados por el artículo 355 de la Constitución de 1991 y los reglamentos que lo desarrollan, los *convenios administrativos de colaboración*, previstos por el capítulo décimo sexto de la Ley 489 de 1998 y algunos de los *convenios establecidos por el régimen especial de ciencia y tecnología*, integrado por la Ley 29 de 1990 y los Decretos Extraordinarios 393 y 591 de 1991.

Bibliografía

AKITOBY, Bernardin, HEMMING, Richard y SCHWARTZ, Gerd, “Inversión pública y asociaciones público-privadas”, revista *Temas de economía*, nº 40, en www.imf.org.com.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Principios de derecho público económico*, Editorial Fundación de Estudios de Regulación y Comaraes Editorial, Granada, 2000.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar, “El contrato de colaboración público-privada”, en DE VIVERO ARCINIEGAS, Felipe, (comp.), *Reforma al régimen de contratación estatal*, Universidad de los Andes, Bogotá, 2010.

ARIÑO ORTIZ, “La eterna cuestión del poder y el contrato”, en EXPÓSITO VÉLEZ, Juan Carlos, *La configuración del contrato de la administración pública en derecho colombiano y español, análisis de la selección de contratistas*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.

BENAVIDES, José Luis, *El contrato estatal, entre el derecho público y el derecho privado*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002.

BREWER CARÍAS, Allan, “El derecho administrativo y la participación de los administrados en la tareas administrativas” en *El derecho administrativo en Latinoamérica*, vol. II, Ediciones Rosaristas, Bogotá, 1986.

BUENO ARMIJO, Antonio, *El concepto de subvención en el ordenamiento jurídico español*, Universidad Externado, 2013.

CHÁVEZ MARÍN, Augusto Ramón, *Los convenios de la administración: entre la gestión pública y la actividad contractual*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2ª ed., 2012, en prensa Temis, 3ª edición.

Colombia, Departamento Nacional de Planeación www.dnp.gov.co.

CORTINA, Adela y CONILL, Jesús, *Democracia participativa y sociedad civil: una ética empresarial*, Siglo del Hombre Editores, Fundación Social, Bogotá, 1998.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de derecho administrativo*, tomo I, Civitas, Madrid, 1995.

Grupo de Investigación Carlos Holguín Holguín, Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, “Consensos, participación ciudadana y ajuste estructural de las finanzas públicas en Colombia 1998-2002”, en *Revista Estudios Socio-jurídicos*, volumen 5, n° 2, Universidad del Rosario, Bogotá, octubre de 2003.

HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez*, Trad. JIMÉNEZ REDONDO, Manuel, Trotta, Madrid, 1998.

HELLER, Hermann, *Teoría del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, D.F., 1942

HERNÁNDEZ UCRÓS, María Mónica, *Asociaciones público-privadas. Comentarios a la Ley 1508 de 2012 de la República de Colombia*, Universidad de Rosario, Bogotá, 2014.

KREBS, Walter, “Contratos y convenios entre la Administración y particulares”, en *Revista Derecho de Estado*, núm. 18, 2006, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, traducción IBAGÓN, Mónica Liliana.

MALDONADO, Carlos Eduardo, *Filosofía de la sociedad civil*, Siglo del hombre editores, Universidad Libre, Bogotá, 2002.

MARTÍN MATEO, Ramón y SOSA WAGNER, Francisco, *Derecho administrativo económico*, Pirámide, Madrid, 1977.

MEDAUAR, Odete, “La contratación pública en Brasil”, en CASSAGNE, Juan Carlos (Director), *Tratado general de los contratos públicos*, Tomo II, La Ley, Buenos Aires, 2013.

MODERNE, Franck, *Apuntes de derecho administrativo comparado*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2002.

POSADA CARBÓ, Eduardo, *La nación soñada: violencia, liberalismo y democracia en Colombia*, Grupo Editorial Norma, Bogotá, 2006.

QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando, *La elusión constitucional. Una política de evasión del control de constitucional en Colombia*, Doctrina y Ley, Bogotá, 2006.

RHEIN SCHIRATO, Vitor, "A interação entre Administração pública e particulares nos contratos administrativos", en CASSAGNE, Juan Carlos (Director), *Tratado general de los contratos públicos*, Tomo III, La Ley, Buenos Aires, 2013.

SÁNCHEZ TORRES, Carlos Ariel, *Participación ciudadana y comunitaria*, Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2000

SANTOFIMIO GAMBOA, *Tratado de derecho administrativo*, Introducción, Tomo I, Universidad Externado, Bogotá, 3ª ed., 2003.

SUBRÁ DE BIEUSSES, Pierre, "El nuevo derecho Administrativo" en *Transformaciones del derecho Público*", Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1994.

TAFUR GALVIS, *Estudios de derecho público*, Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1997.

TAFUR GALVIS, *La Constitución de 1991 y la modernización del Estado colombiano*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1993, p. 34. Para otra clasificación de la participación véase, SÁNCHEZ TORRES.

VASSALLO MAGROV, José Manuel e IZQUIERDO DE BARTOLOMÉ, Rafael, *Infraestructura pública y participación privada: Concepto y experiencias en América Latina y España*, 2010, versión digital en www.caf.com.

VIDAL PERDOMO, Jaime, *Derecho administrativo*, Temis, Bogotá, 1994, 10ª ed.

VILLAR EZCURRA, José Luis, *Derecho Administrativo especial, administración pública y actividad de los particulares*, Civitas, Madrid, 1999

VILLAR PALASI, José Luis, Prólogo a EXPÓSITO VÉLEZ, Juan Carlos, *La configuración del contrato de la administración pública en derecho colombiano y español, Análisis de la selección de contratistas*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.

WALTZER, Michel, "La idea de sociedad civil. Una vía de reconstrucción social", en *La democracia en sus textos*, Alianza Editorial, Madrid, 1998.

YOUNES MORENO, Diego, *Curso de derecho administrativo*, Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1995, p. 39.