



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejera Ponente: María del Pilar Bahamón Falla

Bogotá, D.C., trece (13) de diciembre de dos mil veintidós (2022)

Radicación interna: 2489

Número Único: 11001-03-06-000-2022-00250-00

Referencia: Actuaciones administrativas que deben surtirse con ocasión de la orden impartida por la Corte Constitucional en sentencia C-153 de 2022, respecto de los convenios interadministrativos celebrados al amparo del artículo 124 de la Ley 2159 de 2021

I. ANTECEDENTES

El ministro del Interior, en la consulta formulada mediante oficio sin fecha, radicado el 28 de octubre de este año, manifiesta que el ministerio del Interior, amparado en la habilitación legal contenida en el artículo 124 de la Ley 2159 de 2021, que autorizó a la Nación para celebrar convenios interadministrativos con las entidades territoriales tendientes a ejecutar programas y proyectos correspondientes al Presupuesto General de la Nación, y modificó el inciso primero del párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 «Ley de Garantías Electorales» en punto a la prohibición impuesta a gobernadores, alcaldes municipales y/o distritales, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital, de celebrar convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones, suscribió convenios interadministrativos con entidades territoriales dentro de dicho período.

Señala que posterior a la celebración de los mencionados convenios, la Corte Constitucional, mediante sentencia C-153 de 2022 declaró inexecutable el artículo 124 de la Ley 2159 de 2021, con efectos retroactivos, al considerar que dicha disposición violó flagrantemente la reserva de la ley estatutaria y el principio de unidad de materia, en consecuencia de lo cual, ordenó la aplicación de unas reglas para la terminación de los convenios interadministrativos suscritos por virtud de dicha disposición.

De lo anterior, explica el ministro, se infiere que aquellos convenios interadministrativos para ejecutar recursos públicos, suscritos por parte de gobernadores o alcaldes dentro del período de cuatro meses anteriores a las elecciones de que trata el inciso primero del párrafo del artículo 38 de la denominada «Ley de Garantías Electorales», que a mayo 5 de 2022, fecha de la comunicación oficial de la referida decisión, no hubieran sido ejecutados completamente, deberán ser terminados y liquidados inmediatamente, e igualmente,

los contratos derivados de éstos, excepto aquellos dirigidos a atender las necesidades básicas insatisfechas de salud, educación, saneamiento ambiental, agua potable y vivienda.

Pone de presente que, en algunos casos, se presentó un bajo porcentaje de avance o ejecución de dichos convenios interadministrativos, lo que en buena parte obedeció a demoras o culpa imputable a las entidades territoriales y/o a los contratistas o subcontratistas de contratos derivados. Por ello, agrega, el ministerio del Interior, en el marco del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, se ha visto obligado al inicio del procedimiento descrito en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, por el presunto incumplimiento de los entes territoriales.

No obstante, el ministerio del Interior expresa que, toda vez que se trata de presuntos incumplimientos de convenios interadministrativos en el marco de la colaboración armónica de las entidades, es necesario precisar el alcance de las facultades sancionatorias contractuales del Ministerio en contra de los entes territoriales.

Por otro lado, informa que también se suscribieron convenios interadministrativos con entidades territoriales, cuyo fundamento fue el mejoramiento de las condiciones de seguridad y defensa de los territorios, pues sus objetos comportan la cofinanciación para la construcción de estaciones de policía, adquisición de cámaras de seguridad, equipamientos tecnológicos etc., los cuales, se podría concluir, ~~que~~ también deberían ser objeto de terminación y liquidación en cumplimiento del fallo de la Corte Constitucional, por haber sido suscritos durante período objeto de restricción.

Finalmente, pone en conocimiento de la Sala, que la Presidencia de la República y el Departamento Administrativo de la Función Pública, mediante circular conjunta 100-006 del 16 de noviembre de 2021 señalaron los alcances de la Ley de Garantías Electorales.

En tal virtud, pregunta:

1. En el marco de las órdenes impartidas por la Corte Constitucional en la sentencia C-153 de 2022, ¿cuál es el procedimiento que se debe seguir en aquellos convenios interadministrativos en que se encuentra en plena ejecución y en las siguientes circunstancias: 1.1 Con cabal cumplimiento del objeto y de las obligaciones contractuales. 1.2 Con presunto incumplimiento del objeto y/o de las obligaciones contractuales?

2. ¿Tratándose de convenios interadministrativos que se suscribieron invocando en sus estudios previos razones de seguridad y defensa, argumento relativo a la excepción de la restricción prevista en el artículo 32 de la ley 996 de 2005, pero que al parecer habrían sido suscritos por Alcaldes inmersos en la prohibición o restricción expresa para hacerlo de que trata el parágrafo del artículo 38 de la misma ley 996 de

2005, cuál es el procedimiento que debe seguir el Ministerio del Interior frente a dichos convenios?

3. ¿Procede la aplicación de las cláusulas de multa y penal pecuniaria a los entes territoriales que no han cumplido con el objeto y/o las obligaciones pactadas en los convenios interadministrativos de cofinanciación suscritos con el Ministerio del Interior.? ¿En caso afirmativo cuáles son las condiciones mínimas que se deben observar para su procedencia?

4. ¿Deben ser objeto de terminación y liquidación, todos los convenios interadministrativos suscritos a partir del 13 de noviembre de 2021 y hasta la terminación de la restricción de ley de garantías, sin distingo alguno?

Mediante auto para mejor proveer de fecha 3 de noviembre de 2022, el despacho ponente solicitó al Ministerio del Interior, allegar:

1. Copia de la Circular Conjunta 100-006 del 16 de noviembre de 2021 emitida por el Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República (DAPRE) y el Director del Departamento Administrativo de la Función Pública (DAFP) sobre la aplicación de la Ley 996 de 2005, que se menciona en la consulta.
2. Relación de los convenios interadministrativos que motivan la situación descrita en la consulta, que contenga una clasificación general sobre estado de ejecución, cumplimiento y saldos girados sin ejecutar.
3. Cualquier otro documento o información que el Ministerio considere pertinente.

En respuesta, el 11 de noviembre de 2022, el ministro informó lo siguiente:

El artículo 122 de la Ley 418 de 1997, modificado por el artículo 7 de la Ley 1421 de 2010, creó el Fondo Nacional de Seguridad y Convivencia Ciudadana - FONSECON, el cual funciona como una cuenta especial, sin personería jurídica, administrada por el Ministerio del Interior, como un sistema separado de cuenta, y que consagra que los recursos que recaude la Nación por concepto de la contribución especial prevista en la citada norma, deberán invertirse, por el Fondo Nacional de Seguridad y Convivencia Ciudadana, en la realización de gastos destinados a propiciar la seguridad y la convivencia ciudadana, para garantizar la preservación del orden público.

Es así como estos se recursos se ejecutan a través de convenios interadministrativos de financiación o cofinanciación, suscritos con entidades territoriales principalmente, para llevar a cabo importantes proyectos de infraestructura que desarrollan en buena parte los objetivos del Fondo Cuenta.

Aunque el Fondo Cuenta desarrolla dentro de sus fines, otro tipo de proyectos ligados a tecnología y movilidad para efectos de la presente consulta elevada ante esa Honorable Sala, nos referiremos únicamente a los proyectos de los convenios que se habrían suscrito durante el periodo cobijado por los efectos de la sentencia de la Corte Constitucional C-153-2022.

Una vez suscrito el convenio interadministrativo de cofinanciación con el municipio o entidad territorial, éste a su vez, suscribe contratos de estudios, diseños y obra, con su correspondiente interventoría, bajo la modalidad de llave en mano, para la construcción de obras tales como parques denominados Sacúdete Tipo I y II. De otra parte también se suscribieron algunos convenios igualmente de obra civil para estaciones de policía y de tecnología, para la implementación del sistema de emergencia y seguridad.

En ese contexto, se adjunta al presente alcance, los siguientes documentos:

1. Copia de la Circular Conjunta 100-006 de 2021 expedida por la Presidencia de la República y el Departamento Administrativo de la Función Pública sobre aplicación ley de garantías electorales - ley 996 de 2005. Convenios interadministrativos de la Nación con entidades territoriales.

2. Relación en archivo Excel de todos los convenios interadministrativos de cofinanciación FONSECON suscritos durante el periodo de restricción de ley de garantías, con una clasificación general que da cuenta del estado de ejecución, cumplimiento y saldo de desembolsos dividido por tipo de obra, así: i) Parques Sacúdete, ii) Estaciones de Policía, y iii) Cámaras de seguridad.

3. Relación en todos y cada uno de los convenios, respecto de si se pactaron cláusulas de multa o penal pecuniaria y garantías de cumplimiento.

4. Copia de las minutas de los convenios suscritos objeto de consulta.

De la información remitida, se observa que el Ministerio del Interior celebró, entre otros, varios convenios con entidades territoriales para la construcción de estaciones de policía y dotación de cámaras y equipos de vigilancia.

Igualmente, se observa que en varios convenios se pactaron multas y cláusulas penales pecuniarias.

II. CONSIDERACIONES

Para responder los interrogantes formulados, la Sala analizará: i) la Ley 996 de 2005 y las prohibiciones en materia de contratación; ii) la sentencia C-153 de 2022 de la Corte Constitucional; iii) los contratos y convenios interadministrativos; iv) la procedencia en los contratos y convenios interadministrativos de la imposición

unilateral de multas y de la declaratoria unilateral de incumplimiento para la efectividad de la cláusula penal; v) el deber de cumplimiento de las providencias judiciales; vi) el cumplimiento de fallos judiciales que implican la celebración de contratos o convenios durante el término de prohibición de la Ley 996 de 2005; y vii) el caso concreto.

Precisión previa

Las reglas fijadas por la Corte Constitucional en la sentencia C-153 de 2022 confieren un marco muy concreto que denota poco margen para que la Sala de Consulta y Servicio Civil en su función consultiva desarrolle su labor interpretativa frente a la normativa aplicable a la materia consultada; en tal virtud, el presente concepto, al que no se le puede dar la connotación de una aclaración del fallo, se emitirá apegado a los postulados de la sentencia mencionada.

i) La Ley 996 de 2005 y las prohibiciones en materia de contratación

La Ley 996 de 2005, reglamentó la elección de Presidente de la República, de conformidad con el artículo 152 literal f) de la Constitución Política de Colombia y en desarrollo del artículo 2º del Acto Legislativo 02 de 2004, reformó el artículo 197 de la Constitución Política, permitió la reelección del Presidente y del Vicepresidente de la República para el período inmediatamente siguiente, y adicionó el artículo 152 de la Carta para que por medio de una ley estatutaria se regulara «la igualdad electoral entre los candidatos a la Presidencia de la República que reúnan los requisitos que determine la ley».

Dicho Acto Legislativo 02, dispuso que la ley estatutaria debería regular lo relativo a «garantías a la oposición, participación en política de servidores públicos, derecho al acceso equitativo a los medios de comunicación que hagan uso del espectro electromagnético, financiación preponderantemente estatal de las campañas presidenciales, derecho de réplica en condiciones de equidad cuando el Presidente de la República sea candidato y normas sobre inhabilidades para candidatos a la Presidencia de la República».

En tal sentido, la Ley 996 de 2005 estableció dentro de sus objetivos¹: i) garantizar la igualdad y equidad entre los candidatos que aspiran a ocupar cargos de elección popular, ii) evitar que la voluntad de los electores sea influenciada por la acción u omisión de los servidores públicos, iii) asegurar la objetividad y transparencia en las decisiones administrativas, iv) impedir que el empleo público se utilice para obtener votos de los servidores o sus allegados, v) proteger al empleado que tiene una

¹ Analizados por la Sala de Consulta y Servicio Civil en Concepto del 20 de febrero de 2018. Radicación 2017-00205-00 (2366).

inclinación política distinta al nominador, y vi) imposibilitar que las vinculaciones al Estado se utilicen como un mecanismo para buscar favores políticos durante las contiendas electorales.

Los artículos 32 y 33 de la ley en cita, referidos a vinculación de personal y a la contratación pública bajo la modalidad de contratación directa, respectivamente, rigen durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la segunda vuelta, si fuere el caso, sin hacer distinción acerca de si la elección presidencial es con la participación o no del presidente y el vicepresidente de la República como candidatos, de manera que claramente se refieren a cualquier escenario de elección presidencial.

Respecto de la prohibición en materia de contratación, los artículos 33 y 38 de la Ley 996 de 2005 disponen:

Artículo 33. Restricciones a la contratación pública. Durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la elección en la segunda vuelta, si fuere el caso, queda prohibida la contratación directa por parte de todos los entes del Estado.

Queda exceptuado lo referente a la defensa y seguridad del Estado, los contratos de crédito público, los requeridos para cubrir las emergencias educativas, sanitarias y desastres, así como también los utilizados para la reconstrucción de vías, puentes, carreteras, infraestructura energética y de comunicaciones, en caso de que hayan sido objeto de atentados, acciones terroristas, desastres naturales o casos de fuerza mayor, y los que deban realizar las entidades sanitarias y hospitalarias.

Artículo 38. Prohibiciones para los servidores públicos. A los empleados del Estado les está prohibido:

[...]

Parágrafo. Los gobernadores, alcaldes municipales y/o distritales, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital, dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones, no podrán celebrar convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos, ni participar, promover y destinar recursos públicos de las entidades a su cargo, como tampoco de las que participen como miembros de sus juntas directivas, en o para reuniones de carácter proselitista. [...]

Sobre el tema, es preciso transcribir lo manifestado por la Sala de Consulta y Servicio Civil en Concepto 2168 de 2013²:

² Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 2 de septiembre de 2013. Radicado 2013-00412-00 (2168)

[...]

ii) Los sujetos destinatarios de la prohibición

El artículo 33 de la Ley 996 hace referencia expresa a los destinatarios de la prohibición, señalando que son “todos los entes del Estado” expresión que envuelve a los diferentes organismos o entidades autorizadas por la ley para suscribir contratos.

El vocablo “todos” que utilizó el legislador, comprende, en consecuencia, sin distinción del “régimen jurídico, forma de organización o naturaleza, su pertenencia a una u otra rama del poder público o su autonomía³, a la totalidad de los entes del Estado. Es decir, la prohibición cobija a cualquier ente público que eventualmente pueda a través de la contratación directa romper el equilibrio entre los partidos y los candidatos a las elecciones presidenciales.

iii) El objeto de la prohibición

El ámbito material de la prohibición contenida en el artículo 33 de la Ley 996 de 2005 está delimitado por la expresión “queda prohibida la contratación directa”.

La contratación directa es un mecanismo de selección de carácter excepcional, en virtud del cual las entidades públicas pueden contratar mediante un trámite simplificado, ágil y expedito sin necesidad de realizar previamente un proceso de licitación pública o concurso, únicamente en los casos en que expresa y taxativamente señale la ley (numeral 4, artículo 2, ley 1150 de 2007...), y cumpliendo siempre los principios que rigen la contratación pública⁴.

Esta Sala ha entendido que para los efectos de la ley de garantías, y dada su finalidad, el enunciado “contratación directa” es sinónimo de cualquier sistema que no implique convocatoria pública y posibilidad de pluralidad de oferentes, y que, además, no necesariamente hace referencia al procedimiento especial regulado por la ley de contratación estatal, sino a cual (sic) otro que prescinda de un proceso de licitación pública o concurso⁵. Por tanto, no son materia de la prohibición las demás modalidades de selección previstas en la ley 1150 de 2007, siendo estas, la licitación pública, el concurso de méritos y la selección abreviada, razón por la cual en ese periodo preelectoral de que trata de (sic) la disposición pueden las entidades públicas seguir contratando bajo estos sistemas.

³ “[24] Al respecto ver el concepto 1712 de 2 de febrero de 2006. Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil”.

⁴ “[25] Cfr. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 3 de diciembre de 2007. Radicados: 24.715, 25.206, 25.409, 24.524, 27.834, 25.410, 26.105, 28.244, 31.447 -acumulados-”.

⁵ “[26] Al respecto ver el concepto 1712 de 2 de febrero de 2006. Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil”.

[...]

iv) Las excepciones aplicables a la restricción de contratación pública

Ahora bien, las únicas excepciones a las disposiciones previstas en la Ley de Garantías se encuentran numeradas taxativamente en el último inciso del artículo 33 de la Ley 996 de 2005 a saber:

- 1. Lo referente a la defensa y seguridad del Estado;*
- 2. Los contratos de crédito público;*
- 3. Los requeridos para cubrir las emergencias educativas, sanitarias y desastres;*
- 4. Los utilizados para la reconstrucción de vías, puentes, carreteras, infraestructura energética y de comunicaciones, en caso de que hayan sido objeto de atentados, acciones terroristas, desastres naturales o casos de fuerza mayor; y,*
- 5. Los que deban realizar las entidades sanitarias y hospitalarias. [Subraya la Sala]*

En tal sentido, la Sala ha sido clara al manifestar que todos los entes del Estado son destinatarios de la prohibición de contratación directa en el período establecido en el artículo 33 de la Ley 996 de 2005, esto es, a contratar sin que exista proceso de selección pública o pluralidad de oferentes, salvo en los casos expresamente establecidos en la misma norma.

Recientemente, en el Concepto 2382 de 2018, la Sala explicó que en el pronunciamiento parcialmente transcrito se entendió que la expresión «contratación directa», a la cual se contrae la prohibición contenida en el artículo 33 de la «Ley de Garantías Electorales», se refiere, en términos generales, a «cualquier sistema que no implique convocatoria pública y posibilidad de pluralidad de oferentes», por lo que excluye, entre otros, a los demás sistemas de contratación previstos en la Ley 1150 de 2007, es decir, la licitación pública, la selección abreviada y el concurso de méritos.⁶

También aclaró que, con los años, la Sala ha delimitado con mayor precisión el alcance del término «contratación directa», especialmente a raíz de la expedición de la Ley 1150 de 2007 que, entre otras reformas, introdujo el sistema de selección abreviada⁷, sistematizó las causales de contratación directa⁸ y dispuso que las entidades estatales que no estén obligadas a aplicar el Estatuto General de

⁶ En el mismo sentido los conceptos de la Sala de Consulta y Servicio Civil del 3 de diciembre de 2013. Radicación 2013-00534-00 (2191) y del 21 de mayo de 2014. Radicado 2014-00119-00 (2212).

⁷ Artículo 2.

⁸ *Ídem.*

Contratación Pública deben, en todo caso, respetar y aplicar los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, previstos en los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, y estarán sometidas al régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades establecido para la contratación estatal⁹.

Así, el anotado concepto 2382 fijó la posición actual de esta Sala para los efectos de la «Ley de Garantías Electorales» y, especialmente, frente a la prohibición o restricción temporal contenida en su artículo 33, posición consistente en que, debe entenderse por «contratación directa» cualquier sistema de selección o procedimiento de contratación utilizado por las entidades estatales que no incluya la convocatoria pública en alguna de sus etapas¹⁰, ni permita la participación de pluralidad de oferentes.

Por otra parte, el párrafo del artículo 38 de la ley analizada, en lo pertinente establece:

Parágrafo. *Los gobernadores, alcaldes municipales y/o distritales, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital, dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones, no podrán celebrar convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos, ni participar, promover y destinar recursos públicos de las entidades a su cargo, como tampoco de las que participen como miembros de sus juntas directivas, en o para reuniones de carácter proselitista.*

Esta Sala en Concepto 1717 del 17 de febrero de 2006, señaló:

De la lectura del texto del párrafo del artículo 38 se concluye que cuando en él se habla de cuatro meses anteriores a las elecciones, ha de entenderse que el término “elecciones” es genérico, es decir, comprende las correspondientes a todos los cargos de elección popular a que se refiere la ley, incluido el de Presidente de la República, de ahí que de acuerdo con el mencionado párrafo, en todos los procesos electorales subsisten para gobernadores, alcaldes y demás autoridades locales allí mencionadas, la prohibición para inaugurar obras públicas o dar inicio a programas de carácter social en los cuales participen candidatos a la Presidencia y Vicepresidencia de la República, al congreso, gobernaciones y asambleas departamentales, alcaldías y concejos municipales o distritales.

La Ley 2159 de 2021 «[p]or la cual se decreta el presupuesto de rentas y recursos de capital y ley de apropiaciones para la vigencia fiscal del 1° de enero al 31 de diciembre de 2022» en su artículo 124 modificó temporalmente -para la vigencia fiscal 2022-, el

⁹ Artículo 13.

¹⁰ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 8 de mayo de 2018. Radicado 2018-00095-00 (2382).

inciso primero del párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, previendo: «la Nación podrá celebrar convenios interadministrativos con las entidades territoriales para ejecutar programas y proyectos correspondientes al Presupuesto General de la Nación», indicando que tales convenios serían objeto de control especial por parte de la Contraloría General de la República.

No obstante, la Corte Constitucional en la sentencia C-153 del 5 de mayo del presente año, declaró inexecutable con efectos retroactivos la modificación al párrafo anotado, por la violación flagrante de la reserva de ley estatutaria y del principio de unidad de materia, como se explica a continuación.¹¹

ii) La sentencia de la Corte Constitucional C-153 de 2022

En este fallo, la Corte se pronunció con ocasión de varias demandas de inconstitucionalidad en contra del artículo 124 de la Ley 2159 de 2021 «por la cual se decreta el Presupuesto de Rentas y Recursos de Capital y Ley de Apropriaciones para la vigencia fiscal del 1° de enero al 31 de diciembre de 2022» que establecía:

ARTÍCULO 124°. *Con el propósito de promover la reactivación económica y la generación de empleo en las regiones, a partir de la publicación de la presente ley y durante la vigencia fiscal 2022, la Nación podrá celebrar convenios interadministrativos con las entidades territoriales para ejecutar programas y proyectos correspondientes al Presupuesto General de la Nación.*

La presente disposición modifica únicamente en la parte pertinente el inciso primero del párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005.

PARÁGRAFO. *Todos los convenios que se suscriban bajo el amparo de la presente disposición serán objeto de control especial por parte de la Contraloría General de la República. El Contralor General de la República determinará, en el marco de sus competencias constitucionales y legales, la forma en que se ejercerá dicho control especial.*

La sentencia se centra en el estudio de dos cargos: i) el desconocimiento de la reserva de ley estatutaria, y ii) la violación del principio de unidad de materia.

Sobre la violación de la reserva de ley estatutaria «promovida con la expedición del artículo 124 de la Ley 2159 de 2021» concluye que:

[...] es evidente (i) el desconocimiento de la materia estatutaria en esta ocasión; (ii) el hecho de que esta situación fue advertida ampliamente en el Congreso de la República; y (iii) el impacto, dados los límites temporales de la modificación a la ley

¹¹ Corte Constitucional. Comunicado 14 del 5 de mayo de 2022.

de garantías promovida por el artículo 124 de la Ley 2159 de 2021, a los principios de frenos y contrapesos, y supremacía constitucional al eludirse el control previo de constitucionalidad ante esta Corporación, así como la afectación a un enunciado normativo con reserva estatutaria que refleja y es expresión de caros principios constitucionales, como la transparencia y equilibrio de la democracia representativa, y el consecuente principio de igualdad electoral.

Agrega que, en consecuencia, se vulneró lo previsto en los artículos 152 y 153 superiores, dado el desconocimiento de los requisitos de formación, modificación y derogación de una ley de carácter estatutario.

En esencia, advierte que la modificación al párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, de contenido estatutario, debió adelantarse a través de las comisiones primeras permanentes del Congreso de la República, encargadas de los asuntos estatutarios, y no de las comisiones de asuntos económicos de ambas cámaras, como ocurre en el trámite de la ley anual de presupuesto, el cual es indudablemente incompatible con los requerimientos de una ley estatutaria, configurándose un déficit deliberativo, dados los términos con los que debe tramitarse, y las limitantes para la introducción de modificaciones al proyecto de ley que presenta el Gobierno Nacional.

Enfatiza en que, el vicio en que incurrió el Congreso de la República implicó que no se cumpliera con el requisito del control judicial previo de la Corte Constitucional.

Respecto al cargo de violación del principio de unidad de materia, encuentra la Corte que «un enunciado normativo que tiene por objeto prever una regla de aplicación de uno de los instrumentos de contratación a disposición de las entidades del Estado, no guarda una relación de conexidad temática con la ley anual de presupuesto», amén que tampoco se cumplieron los criterios de conexidad teleológica ni sistemática.

Lo anterior, porque mientras la ley anual de presupuesto es el «instrumento para el cumplimiento de los planes y programas de desarrollo económico y social» -para lo cual se prevé el presupuesto de rentas, el presupuesto de gastos o ley de apropiaciones y las disposiciones generales-, la finalidad del artículo 124 demandado fue suspender, temporal y parcialmente una prohibición en materia contractual aplicable en época preelectoral.

Y en este sentido, el artículo demandado rompió con la racionalidad interna de la ley anual de presupuesto, incumpliendo de esta forma la conexidad sistemática.

En punto de los efectos retroactivos de la sentencia, la Corte los justifica en que la transgresión constitucional fue grave, y en que existía evidencia razonable previa - o notoriedad- sobre la misma.

Sobre «el impacto de la decisión», estas fueron las consideraciones puntuales de la Corte:

218. Para adelantar este estudio es importante advertir que la aplicación de la disposición demandada involucra dos momentos diferenciables pero ligados estrechamente. El primero, se refiere a la celebración del convenio interadministrativo entre la Nación y el ente territorial, por virtud de la permisión prevista en el artículo 124 de la Ley 2159 de 2021, para ejecutar programas y proyectos correspondientes al presupuesto general de la nación. El segundo, tiene que ver con la ejecución de los recursos objeto del convenio, directamente por el ente territorial o por un tercero, en los términos del instrumento inicial. Esta última relación, por supuesto, debe inscribirse en las vías contractuales previstas en la ley y, en particular, en aquellas permitidas en momentos preelectorales en los que rigen las prohibiciones establecidas en la Ley 996 de 2005.

219. Ahora bien, aunque el artículo 124 de la Ley 2159 de 2021 solo reguló la celebración de convenios interadministrativos, en las precisas condiciones allí estipuladas, es claro para la Sala Plena que la inexecutable que afecta al primer momento negocial impacta al segundo, esto es, los contratos estatales que de allí derivaron, pues estos últimos tienen sentido solo en la medida en que ejecutan los recursos públicos comprometidos para la satisfacción del objeto del convenio, transferencia inicial que precisamente está prohibida por la ley estatutaria de garantías electorales en el parágrafo del artículo 38.

220. Al amparo de la anterior precisión, el retiro de la norma demandada a partir del momento de su expedición irradia no solamente a los convenios interadministrativos suscritos como consecuencia de la permisión establecida en el enunciado normativo demandado, sino también a los contratos estatales que se suscribieron para la ejecución de los recursos comprometidos en los primeros. El retiro de la norma en estas condiciones, además, permite que la prohibición prevista en el parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 retorne a su plena vigencia y, por consiguiente, se restituya la supremacía constitucional y cumpla con su finalidad de constituir una garantía para la transparencia y el equilibrio electoral.

221. Por su parte, la Corte Constitucional no desconoce que durante el tiempo en que el artículo 124 de la Ley 2159 de 2021 se ha aplicado, se han comprometido recursos públicos importantes. Con el objeto de identificar este alcance, se convocó a la Contraloría General de la República a este trámite constitucional, entidad llamada a realizar una vigilancia especial a los convenios interadministrativos suscritos en virtud de lo dispuesto en dicha norma y que, por lo tanto, cuenta detalladamente con información relacionada con los negocios jurídicos que se han llevado a cabo en vigencia de la misma. No obstante, no intervino.

222. Por lo anterior, con miras a evidenciar algunos datos que puedan ser de utilidad para dimensionar el nivel de la contratación estatal, específicamente respecto de convenios interadministrativos en época preelectoral, la Sala dio cuenta de la

existencia de, por ejemplo, una coalición entre el sector privado, con la Andi, y el público, con Colombia Compra Eficiente, en la que diario El Tiempo se encargaba de divulgar resultados. Así, en una nota de este último, publicada el 6 de abril de 2022, se indicó que “[s]egún los datos encontrados en la plataforma de Colombia Compra Eficiente, en el primer mes de vigencia de la modificación de la ley de garantías, que empezó a contar desde el pasado 29 de enero, se celebraron 440 contratos por valor de 732.400 millones de pesos con 182 entidades y 346 contratistas. Y para los dos meses de aplicación, que se cumplieron la semana pasada, **ya van 689 contratos por valor de 811.770 millones de pesos.** // Hasta el momento, los municipios o ciudades que han realizado un mayor número de contratos han sido Bogotá, seguido de Villavicencio (Meta), Pereira (Risaralda), Bucaramanga (Santander), Manizales (Caldas), Neiva (Huila) y Cali (Valle del Cauca).”. Entre las entidades con mayor número de contratos suscritos aparece, por ejemplo, el Ministerio del Interior.

223. Ahora bien, en el portal de Colombia Compra Eficiente, Contratos y Convenios Interadministrativos, clasificando los datos por orden del contratante: nacional y orden del contratado: territorial, entre el 16 de noviembre de 2021 y el 22 de abril de 2022, se registró una contratación por 3,54 billones de pesos, en la que, primero el Instituto Nacional de Vías (con 2,83 billones), y luego el Ministerio del Interior (con 0,21 billones), son las entidades con mayor nivel de contratación; mientras que la Gobernación de Caldas es la primera en contratación por proveedores (con 0,53 billones).

224. Estos datos, junto a la justificación dada por el Gobierno nacional y el Congreso de la República al aprobar el artículo 124 de la Ley 2159 de 2021, permiten concluir que los recursos comprometidos en la suscripción de convenios interadministrativos son evidentemente considerables. Aunado a lo anterior, según lo indicado por el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público en su intervención dentro de este trámite, no puede perderse de vista que parte importante del gasto público se materializa a través de los gobiernos locales y, dentro de este, es posible precaver que su destinación en algunos eventos esté dirigida a la atención de las necesidades básicas insatisfechas en salud, educación, saneamiento ambiental, agua potable y vivienda de población en situación de vulnerabilidad.

225. Al tenor de lo dicho, algunos aspectos deben ser abordados de manera particular. Una decisión de inexecuibilidad con efectos retroactivos (i) alterará proyectos o programas que, aunque iniciaron, no se encuentran aún terminados, lo que podría generar un resultado adverso respecto a la protección del patrimonio público; y, (ii) repercutirá en situaciones de terceros, en concreto, de quienes suscribieron contratos estatales para ejecutar los recursos comprometidos en los convenios interadministrativos. Para la Sala Plena, sin embargo, estos supuestos no inhiben la adopción de un fallo con el efecto que viene estudiándose.

225.1. Respecto al primer evento, la Corte Constitucional enfatiza que será responsabilidad de las autoridades estatales suscriptoras del convenio, en el marco

de sus competencias, evitar una afectación mayor de los intereses públicos, así como también es misión constitucional y legal de los entes de control, como la Procuraduría General de la Nación y la Contraloría General de la República, vigilar la actuación de las mismas, de cara a que se satisfagan las finalidades estatales involucradas y evitar lesiones al patrimonio público.

225.2. Y, en cuanto al segundo, debe indicarse que en el contexto propio del juicio abstracto de constitucionalidad no es dable ingresar en el análisis de asuntos particulares sino que corresponde fijar el alcance de una decisión que con efectos erga omnes garantice la supremacía constitucional, en un caso en el que la violación a la Carta fue flagrante y, además, era previsible por las razones aquí explicadas. Lo anterior se afirma con independencia de las acciones que, quienes así lo consideren, puedan interponerse contra funcionarios estatales o incluso contra el Legislador, por el hecho imputable a él.

226. Contrario a lo dicho previamente, un tercer evento debe ser analizado con mayor detalle. Para la Sala, un fallo modulado en sus efectos temporales sí podría comprometer intensamente los derechos de población en situación de vulnerabilidad. Así, es previsible que algunos de los convenios suscritos a partir de la permisión prevista en el artículo 124 de la Ley 2159 de 2021 hayan tenido por objeto la destinación de recursos para la garantía de necesidades básicas insatisfechas en materia de salud, educación, saneamiento ambiental, agua potable y vivienda. En estos escenarios, la consecuencia de este pronunciamiento sobrepasa los dos supuestos antes mencionados e interfiere en la situación actual de grupos de personas completamente ajenas a la aplicación de la norma cuestionada, cuya garantía de derechos fundamentales constituye también un imperativo constitucional.

227. Bajo este presupuesto, la necesidad de reestablecer el orden constitucional y de “sancionar una violación flagrante y deliberada de la Constitución” debe ser ponderada y armonizada con el déficit de protección de derechos de dicha población vulnerable, con miras a fijar, como más adelante se precisará, una regla de excepción que permita continuar con la ejecución de recursos dirigidos exclusiva y estrictamente a la finalidad mencionada: la atención de necesidades básicas insatisfechas en materia de salud, educación, saneamiento ambiental, agua potable y vivienda.

228. Finalmente, cuarto y último aspecto, es previsible que durante el tiempo que ha permanecido en el ordenamiento jurídico el artículo 124 de la Ley 2150 de 2021 sin un control judicial constitucional efectivo, el contenido obligacional de algunos convenios interadministrativos se haya ejecutado completamente, expresión que en este escenario debe entenderse como la realización plena del objeto contractual a través -usualmente- del contrato estatal subsiguiente a la suscripción del primero. Si esto es así, esto es, si el programa o proyecto ya se materializó, una orden en el sentido de terminar la relación y/o liquidarla cuando esto ya ocurrió, no sería procedente. Por lo tanto, la Corte Constitucional no impartirá orden alguna sobre

estas situaciones, porque, pese a la inconstitucionalidad de su origen, desde el punto de vista de los efectos las considera una situación consumada.

229. Por supuesto, en este último caso, la decisión de la Corte Constitucional sobre ese tipo de convenios no inhibe las acciones o medios que puedan interponerse como consecuencia de una presunta responsabilidad penal, disciplinaria, fiscal y administrativa derivada del uso indebido de la contratación estatal durante la vigencia de la norma cuestionada.

230. A partir de las consideraciones realizadas, está plenamente justificado proferir una decisión de inexecuibilidad con efectos retroactivos, lo que significa que la incompatibilidad del artículo 124 de la Ley 2159 de 2021 con la Constitución se declarará desde el momento mismo de su expedición.

En suma, la Corte Constitucional declaró la inexecuibilidad del artículo 124 de la Ley 2159 de 2021, con efectos retroactivos, a partir de su expedición, y dispuso la aplicación de las siguientes reglas:

1. Sobre los convenios interadministrativos suscritos por virtud del artículo 124 de la Ley 2159 de 2021, cuyo objeto se haya ejecutado completamente al momento de informar esta decisión mediante el comunicado oficial, pese a que se fundaron en una disposición claramente inconstitucional, no se impartirá orden alguna, como consecuencia de la inexecuibilidad aquí declarada, en la medida en que desde el punto de vista de los efectos constituyen una situación consumada, de conformidad con los fundamentos de esta sentencia.

2. A partir del comunicado oficial de esta decisión no es posible suscribir convenios interadministrativos al amparo del artículo 124 de la Ley 2159 de 2021, por lo cual, aquellos trámites que se encuentran en curso deberán terminarse inmediatamente para impedir su perfeccionamiento.

3. Los convenios interadministrativos suscritos al amparo del artículo 124 de la Ley 2159 de 2021, que a la fecha del comunicado oficial de la presente decisión, no se hayan ejecutado completamente, deberán terminarse y liquidarse inmediatamente, sin perjuicio de la devolución de los recursos girados y no ejecutados y de las restituciones a que haya lugar.

Los contratos estatales financiados con fundamento en los convenios interadministrativos anteriores se terminarán y liquidarán a partir de esta misma fecha.

Se exceptúan de esta regla, los contratos en curso dirigidos a atender las necesidades básicas insatisfechas de salud, educación, saneamiento ambiental, agua potable y vivienda.

4. Las reglas aquí establecidas se aplican sin perjuicio de la responsabilidad penal, disciplinaria, fiscal y administrativa que pueda derivarse por el uso indebido de la contratación estatal durante la vigencia del artículo 124 de la Ley 2159 de 2021.

Es claro que la Corte determinó unas reglas a ser aplicadas a partir del comunicado oficial de la decisión.

Esa es una orden que debe acatarse sin dilaciones; sin embargo, no impide que la Sala anote que se trata de un asunto que no es pacífico, puesto que el artículo 16 numeral 2° del Decreto 2067 de 1991 prescribe que las sentencias de la Corte Constitucional se notificarán por edicto, con sus respectivas consideraciones y las aclaraciones o salvamentos de los magistrados disidentes.

En armonía con dicho precepto, el artículo 289 del Código General del Proceso prevé que las providencias se comunicarán a las partes e interesados a través de notificaciones y que, salvo expresa excepción, ninguna providencia producirá efectos antes de haberse notificado. Así lo ha sostenido la jurisprudencia del Consejo de Estado en varias providencias.¹²

iii) Los contratos y convenios interadministrativos

Para determinar si un acuerdo de voluntades corresponde realmente a un contrato o un convenio interadministrativo, es preciso identificar las obligaciones que contraen las entidades públicas¹³, sin importar la denominación de «contrato» o de «convenio» que hagan las partes.¹⁴

Bajo esa lógica, esta Sala, en concepto 2473 del 16 de febrero de 2022, explicó las principales características de una y otra figura:

a. Los contratos interadministrativos

En general, son los negocios jurídicos celebrados entre dos entidades públicas, mediante los cuales una de las dos partes se obliga para con la otra a una prestación (suministro de un bien, realización de una obra o prestación de un servicio), por la que, una vez cumplida, obtendrá una remuneración o precio.

¹² Ver: Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 26 de enero de 2006, expediente 2004-01640, sentencia del 22 de febrero de 2007, expediente 2004-00726 y sentencia del 5 de marzo de 2021, expediente 2020-01823.

¹³ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 22 de octubre de 2021. Expediente 2017-00598.

¹⁴ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 4 de mayo de 2022. Expediente 2012-00059.

De esta manera, debe entenderse que el contrato interadministrativo, cuyo objeto bien podría ser ejecutado por los particulares, genera obligaciones recíprocas y patrimoniales a ambas entidades contrayentes, dado que concurren a su formación con intereses disímiles o contrapuestos, pues, aunque la entidad que resulta contratista es de carácter público, tiene intereses propios derivados de su actividad.

Así, pese a que no se han definido legalmente los contratos interadministrativos, ello no es óbice para que pueda ser deducida su noción mediante la interpretación de las normas, con el fin de perfilar sus características.

De este modo, es claro que la noción «contrato interadministrativo» involucra necesariamente una relación jurídica patrimonial, en la cual la Administración (entidad contratante) pretende satisfacer los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los ciudadanos (artículo 3° Ley 80 de 1993), en la medida en que estos son de su competencia exclusiva (o están a su cargo), y para el efecto se relaciona con una «entidad ejecutora» (contratista estatal) que colabora voluntariamente con la Administración contratante y, en tal sentido, ocupa la misma posición jurídica de un particular.

El hecho de que el contratista sea una entidad estatal, y que por la calidad de las partes el contrato sea interadministrativo, en manera alguna puede cambiar la naturaleza, objeto y finalidad de la relación jurídica patrimonial.

Por consiguiente, con la entidad estatal contratista que se vincula de manera libre y voluntaria como colaboradora de la entidad estatal contratante, existirá una relación negocial de contenido principalmente patrimonial bajo la figura de un contrato oneroso y no de un convenio.

b. Los convenios interadministrativos

La nota distintiva de los convenios interadministrativos la constituye la concurrencia de dos o más entidades estatales para la realización de fines comunes a ambas partes, respecto de los cuales, cada entidad está interesada u obligada desde sus propias funciones o atribuciones legales.

Se da en el marco de un ánimo de cooperación entre organismos o entidades públicas con funciones interrelacionadas o complementarias.

Se habla de cooperación, porque la entidad pública celebra el convenio cuando tiene algo que aportar desde su ámbito funcional, obligándose a ejecutar actividades que contribuyen directamente al fin común de los sujetos contratantes, compartiendo tareas entre ellas.

Esa finalidad común y ánimo de cooperación se dan en el ámbito de un paralelismo de intereses, por lo que no existe preeminencia de ninguna de las partes, sino más bien, las relaciones se desarrollan en un plano de igualdad o equivalencia, esto es, sin que existan prerrogativas en favor de una parte a costa de la otra.

En el Concepto 1881 del 30 de abril de 2008, esta Sala afirmó que, es de la esencia del convenio interadministrativo que cada una de las entidades parte realice los cometidos estatales a su cargo, «[p]ues es obvio que ninguna puede buscar fines públicos diferentes de aquellos que le fueron expresamente encomendados. En desarrollo de estos convenios, cada uno de los contratantes buscará ejecutar las tareas que le fueron asignadas, sin que esto signifique que necesariamente sea la misma, pues frecuentemente se trata de fines complementarios».

Desde luego, en los convenios interadministrativos propiamente dichos es posible que cada entidad incurra en costos y gastos para cumplir sus funciones y los compromisos adquiridos para con la otra, razón por la cual bien pueden comprender la asunción de aportes económicos o financieros, pero sin que su objeto esencial lo constituyan prestaciones propias de los contratos interadministrativos o el pago de un precio o una remuneración.

En todo caso, es preciso señalar que los convenios interadministrativos se someten a los principios constitucionales y legales de la actividad contractual del Estado (transparencia, planeación, buena fe, entre otros) y, obviamente, a los principios de la función administrativa previstos en el artículo 209 de la Constitución Política (moralidad, economía, celeridad, entre otros).

En síntesis, los convenios interadministrativos son mecanismos de gestión conjunta de competencias administrativas que se instrumentan a través de acuerdos celebrados entre dos o más entidades públicas, en los cuales las contrayentes aúnan esfuerzos para el logro de los fines de la Administración regidos por los principios de coordinación y cooperación sin que ello suponga la cesión de la competencia encomendada a cada una de ellas.

De este modo, los convenios interadministrativos puros o genuinos no tienen por objeto o finalidad principal, prestaciones patrimoniales propias de los contratos o intereses puramente económicos (es decir, destinados a obtener una ganancia). Por eso, según la jurisprudencia de la Corporación:

[...] los Convenios Institucionales, se podrían definir como todos aquellos acuerdos de voluntades celebrados por la entidad con personas de derecho público, que tienen por objeto el cumplimiento de las obligaciones constitucionales, legales y reglamentarias de la entidad, para el logro de objetivos comunes. Los Convenios pueden no tener un contenido patrimonial, en términos generales y en ellos no se

persigue un interés puramente económico. Con ellos se busca primordialmente cumplir con objetivos de carácter general, ya sean estos sociales, culturales o de colaboración estratégica.¹⁵

Así, es viable distinguir entre «convenios interadministrativos» de contenido patrimonial, y otros, que si bien implican obligaciones y responsabilidades para los intervinientes, no tienen un interés puramente económico (es decir, no están destinados a obtener una ganancia), pues giran en torno a la articulación, a la cooperación, a la complementariedad de las funciones de las entidades que participan en el acuerdo de voluntades, mediante el intercambio de información, el apoyo logístico, la facilitación de infraestructuras, etc., para mejorar la eficiencia de la gestión pública, así como la utilización conjunta de medios y servicios públicos en el ámbito de los principios constitucionales de economía, celeridad y eficacia para el logro del bien común.

Dada la naturaleza jurídica de los convenios interadministrativos, las reglas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública no resultan de aplicación automática a tales convenios, toda vez que lo que esencialmente regula ese Estatuto, son relaciones contractuales fundamentalmente de contenido patrimonial y oneroso.

En tal sentido, ha dicho esta Sala, deberá analizarse cada caso concreto, de conformidad con la naturaleza jurídica, objeto y finalidad que se pretende cumplir o desarrollar con el respectivo convenio.

Ahora bien, en consonancia con la doctrina de la Sala de Consulta y Servicio Civil, en reciente sentencia, la Sección Tercera, Subsección A de esta Corporación¹⁶, dispuso que, dada la finalidad asociativa de los convenios interadministrativos, estos deben autorregularse por sus propias estipulaciones, que son el producto del ejercicio de la autonomía de la voluntad de las entidades cooperantes, sin que pueda hacerse prevalecer la aplicación de regímenes o normas incompatibles con dicha finalidad.

En este tipo de acuerdos, dijo la Sección Tercera, las partes gozan de una posición horizontal o igualitaria, relacionándose en un paralelismo de intereses bajo un ámbito de equivalencia. En ese sentido, la finalidad asociativa de los convenios interadministrativos regulados en el artículo 95 de la Ley 489 de 1998 impide una aplicación automática del régimen contractual de los contratos estatales.

¹⁵ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 23 de mayo de 2012. Expediente 1998-01471

¹⁶ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 16 de agosto de 2022 Radicación 2011-00506-01 (60.434).

iv) Procedencia en los contratos y convenios interadministrativos de la imposición unilateral de multas y de la declaratoria unilateral de incumplimiento para la efectividad de la cláusula penal

En concepto 2257 del 26 de julio de 2016, esta Sala analizó la temática enunciada de la manera que a continuación se sintetiza:

a. Las multas y su imposición unilateral

El establecimiento y pacto de multas como una medida coercitiva contractual, debe distinguirse de la imposición unilateral de las mismas por parte de la entidad estatal contratante, así como de la posibilidad de hacerlas efectivas directamente.

Mientras que la estipulación de las multas obedece y dimana de la autonomía de la voluntad, una vez pactadas, su imposición unilateral en acto administrativo es una prerrogativa exorbitante de la Administración en ejercicio de una competencia administrativa que debe estar prevista expresamente en la ley.

Desde esta perspectiva, la imposición unilateral de multas al tratarse de una competencia pública debe fundarse en el principio de legalidad previsto en los artículos 6°, 121 y 122 de la Constitución Política, como postulado esencial del Estado Social de Derecho y de toda manifestación del poder público, conforme al cual será legítima la actuación de las autoridades en cuanto se desarrolle dentro del preciso ámbito funcional definido por el legislador, proscribiendo las actuaciones de los servidores públicos que impliquen omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

Con la expedición de la Ley 1150 de 2007¹⁷ (artículo 17), se prevé expresamente la competencia para la imposición unilateral de las multas pactadas en el contrato estatal, así:

Artículo 17. Del derecho al debido proceso. El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.

En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del

¹⁷ “Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993, y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos”.

contratista. Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato.

Parágrafo. La cláusula penal y las multas así impuestas, se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva.

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

De la simple lectura de la norma, se advierte que las entidades estatales tendrán la potestad unilateral de imponer las multas que hayan sido pactadas (autonomía de la voluntad) en los contratos estatales, con el objeto de conminar al contratista a cumplir sus obligaciones, decisión administrativa que deberá estar precedida de audiencia del afectado y del agotamiento de un procedimiento mínimo, y que solo procede mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista.

El artículo distingue el establecimiento y pacto de multas, de la imposición unilateral de las mismas por parte de la entidad estatal contratante, así como de la posibilidad de hacerlas efectivas directamente.

En síntesis, las multas son medidas sancionatorias de carácter económico o de tipo pecuniario que se imponen al contratista con la finalidad de constreñirlo, presionarlo o apremiarlo, en forma legítima, para que cumpla el contrato, cuando quiera que se observe que no se encuentra al día en el desarrollo las obligaciones a su cargo, y por ende, esté en mora o retardo conforme a los plazos convenidos, o en incumplimiento parcial.

Es decir, las multas cumplen una función sancionatoria por expresa disposición del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007¹⁸ y no indemnizatoria, con mayor razón siendo la

¹⁸ También lo ha entendido así la doctrina especializada: "...E) Potestad sancionadora. Correlativo al poder de control y dirección que tiene la Administración pública en la ejecución del contrato, es la potestad de sanción que también posee, consecuencia de su superioridad jurídica frente al cocontratante en esa ejecución. // Su objeto primordial es actuar en forma compulsiva sobre este (se refiere al contratista) para constreñirlo al más exacto cumplimiento de sus obligaciones.// De ahí que la particularidad del régimen sancionador del derecho administrativo, totalmente diferente del que existe en el campo del derecho privado, limitado principalmente en este al establecimiento de cláusulas penales, a la indemnización de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento, y en algunas circunstancias, a la rescisión del convenio". Berçaitz, op. cit. págs. 415 – 416.

infracción contractual reiterada y la consiguiente imposición de multas, generadora de inhabilidad para contratar con el Estado, de conformidad con el artículo 90 de la Ley 1474 de 2011.

Ahora, si bien las multas proceden en todo tipo de contrato estatal siempre que se hubieren pactado, la imposición y la efectividad en forma unilateral de este tipo de sanción contractual por parte de la Administración, es una manifestación de esas prerrogativas de control, dirección y coerción como respuesta al incumplimiento de las obligaciones y deberes de los contratistas, razón por la cual en este último aspecto, esto es, la prerrogativa de imponerla por medio de acto administrativo, constituye una exorbitancia que debe encontrarse autorizada en la ley, en cumplimiento del principio de legalidad que impera en esta materia.¹⁹

Las multas así impuestas pueden hacerse efectivas directamente por la Administración, mediante la compensación de las sumas adeudadas al contratista, el cobro de la garantía, o por cualquier otro medio para obtener su pago, entre ellos, a través de la jurisdicción coactiva²⁰. Es decir, la entidad puede i) descontarla de los saldos a favor del contratista siempre que haya una cuenta pendiente por pagar a éste (compensación en términos del artículo 1714 C.C.); o ii) acudir a la compañía de seguros o garante con el fin de hacer efectivas las pólizas otorgadas para asegurar el riesgo de incumplimiento del contrato; o iii) mediante cobro coactivo, esto es, bajo la habilitación de las entidades para el recaudo ejecutivo y forzado del monto de aquellas.

Además, cabe anotar que la disposición arriba referida, prevé que solo podrá imponerse la multa mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista, lo cual significa que la institución de las multas está prevista para incumplimientos parciales, y procede siempre que el contratista no haya satisfecho en tiempo sus prestaciones, de manera que si al momento de su imposición ya se hubiere

¹⁹ La jurisprudencia del Consejo de Estado la ha considerado como una potestad excepcional o exorbitante en ejercicio de una función administrativa, mediante la expedición de un acto administrativo, tesis que se reiteró en la sentencia del 22 de octubre de 2012, proferida por la Sección Tercera, Subsección C. Radicación 1996-00680, así: “¿La imposición unilateral de multas pactadas, por parte de la entidad estatal contratante, constituye entonces una exorbitancia administrativa?// La respuesta debe ser afirmativa, en concordancia con lo sostenido por la Sala en la sentencia de 20 de octubre de 2005. Sin duda alguna las multas que se analizan, son contempladas por el estatuto de la contratación estatal, como una capacidad de la entidad frente al contratista privado y no viceversa. Es entonces la naturaleza pública de una de las partes del contrato, la que justifica que en virtud de la función de dirección control y vigilancia, resulten procedentes las multas.// La Ley 80 de 1993 como se observó no contempla a la imposición de multas como una cláusula excepcional, pero consagra la posibilidad de que pueda ser pactada. Si en desarrollo de ello, una entidad estatal la impusiera unilateralmente, ésta tendría la posibilidad de recibir un precio, a través de descuentos o cobros ejecutivos, posibilidad ésta que de manera alguna le resultaría viable al contratista...”.

²⁰ Desde la Ley 1066 de 2006 dicha facultad se conoce simplemente como cobro coactivo. Igualmente así se le denomina en el artículo 98 de la Ley 1437 de 2011.

corregido el incumplimiento, no podría imponerse según lo señalado en la norma legal, en el entendido de que su finalidad es la de garantizar el cumplimiento cabal y oportuno de un contrato, constriñendo al contratista a su ejecución en caso de mora o retardo, más no, procurar unos recursos a título de indemnización según se explicó.

También quiere decir lo anterior, como lo ha precisado la Sección Tercera de esta Corporación, que,

[...] una vez vencido el plazo de ejecución, cesa la aludida facultad, de suerte que su aplicación extemporánea, o sea, la inobservancia de este límite temporal, hace anulable el acto respectivo, al presentarse una forma de incompetencia por razón del tiempo (*ratione temporis*).

Por consiguiente, para la viabilidad de la imposición de las multas, resulta necesario que no se haya vencido el plazo de ejecución o decretado la caducidad del contrato [...]²¹

En ese mismo sentido se ha pronunciado la Subsección C de la Sección Tercera en Sentencia del 20 de abril de 2022.²²

De otra parte, el mismo artículo 17 de la Ley 1150 define las entidades contratantes que pueden hacer uso de la potestad exorbitante de imposición unilateral de las multas en los contratos estatales: «*las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*», con el objeto de conminar a los «contratistas» (sin calificación) a cumplir sus obligaciones.

De esta manera, el sujeto activo de la potestad sancionatoria solo puede ser una entidad estatal «sometida al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública», durante la ejecución del correspondiente contrato estatal en que se haya pactado la multa y, frente a cualquier contratista colaborador de la Administración, sin que, en principio, puedan entenderse excluidas las entidades estatales contratistas, con mayor razón cuando, según se ha explicado, estas asumen en los contratos interadministrativos la misma posición jurídica que tendría un particular contratista y, por tanto, una de las partes se encuentra en un plano de superioridad en la relación contractual respecto de la otra.

Por último, la competencia unilateral de la Administración de imponer las multas pactadas en los contratos estatales, incluyendo los contratos interadministrativos, previsto en la Ley 1150 de 2007, fue reiterada por la Ley 1474 de 2011, al establecer en el artículo 86 un procedimiento para el ejercicio válido de esa potestad.

²¹ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 7 de octubre de 2009. Expediente 1996-03076.

²² Expedientes acumulados 2008-00601 y 2009-00191.

b. Potestad unilateral de «declaratoria de incumplimiento» y efectividad de la cláusula penal

El artículo 1592 del Código Civil define la cláusula penal como *«aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal»*. Se trata de una obligación accesoria de la prestación principal del contrato, pero contenida en una cláusula dentro del mismo, por la cual una de las partes, usualmente el contratista, se compromete ante el incumplimiento del objeto contractual a dar una suma o cantidad de dinero, estimada previamente y, por lo regular, equivalente a la indemnización de daños y perjuicios.

Por consiguiente, la pena consiste, precisamente, en que de antemano se han fijado por las partes, los perjuicios por la inejecución o la ejecución tardía o defectuosa de los deberes contractuales, lo que significa que ante la violación del contrato se releva al acreedor de la carga de probar la existencia del daño y el monto del resarcimiento del mismo.

En todo caso, su aplicación no se opone a que puedan demandarse ante el juez del contrato los mayores perjuicios que se causen, aun cuando, por regla general, habrá de tenerse en cuenta que no se puede pedir la pena y el cumplimiento de la obligación al tiempo, sino excepcionalmente, como ocurre en las hipótesis previstas en el artículo 1594 del Código Civil²³.

La Ley 1150 de 2007, en el artículo 17 transcrito anteriormente, bajo las prerrogativas de control y dirección del contrato estatal, estableció expresamente la potestad exorbitante de declarar unilateralmente, mediante acto administrativo, el incumplimiento del contrato para hacer efectiva la cláusula penal pactada.

Con todo, dado que una de las funciones que se atribuyen a la cláusula penal -quizás la más importante- es la de constituir una liquidación anticipada del daño producido por el incumplimiento contractual hecha por las propias partes del negocio jurídico, su fuente deviene de la autonomía de la voluntad y, en consecuencia, no podría la entidad declarar el incumplimiento para hacerla efectiva si no fue estipulada previamente, so pena de contravenir la ley del contrato.

²³ C.C: “Art. 1594.- Antes de constituirse el deudor en mora, no puede el acreedor demandar a su arbitrio la obligación principal o la pena, sino sólo la obligación principal; ni constituido el deudor en mora, puede el acreedor pedir a un tiempo el cumplimiento de la obligación principal y la pena, sino cualquiera de las dos cosas a su arbitrio; a menos que aparezca haberse estipulado la pena por el simple retardo, o a menos que se haya estipulado que por el pago de la pena no se entienda extinguida la obligación principal.”

Es de anotar que la Sección Tercera del Consejo de Estado expresamente afirma que en los contratos interadministrativos es posible pactar, a favor de la entidad contratante, la facultad de declarar el incumplimiento del contrato y de hacer efectiva la cláusula penal mediante acto administrativo.²⁴

Ahora bien, en cuanto al límite temporal para declarar el incumplimiento contractual y hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, la Sección Tercera, Subsección A del Consejo de Estado en decisión del 16 de agosto de 2016, radicación número 52001-23-33-000-2020-00974-01 (67.526), precisó:

[...] Ciertamente, esta Corporación ha precisado que, diferente a la declaratoria de caducidad y a la imposición de las multas -que solamente pueden ocurrir durante la vigencia del contrato-, la declaratoria de incumplimiento para hacer efectiva la cláusula penal puede surtirse luego del vencimiento del plazo, teniendo como único límite temporal la liquidación.

[...] la posibilidad de hacer efectiva la cláusula penal se extiende hasta el término de la liquidación, lo cual, con la Ley 1150, puede realizarse durante el término de caducidad.

v) Deber de cumplimiento de las providencias judiciales

El derecho al acceso a la administración de justicia no se satisface sólo con la posibilidad de formular demandas ante tribunales competentes e imparciales, y que estos, a su vez, emitan decisiones definitivas, sino que se requiere que la decisión adoptada se cumpla; es decir, que produzca los efectos a los que está destinada.

En esas condiciones, se espera que las autoridades legítimamente constituidas garanticen la efectividad de los derechos y velen por el mantenimiento del orden.²⁵

Entonces, la decisión judicial que pone fin a una controversia debe materializarse en debida forma. Desconocer esta premisa básica implicaría soslayar el carácter vinculante y coercitivo de las providencias judiciales, en detrimento no solo de los derechos fundamentales, sino del orden constitucional vigente.²⁶

El deber de cumplimiento de las providencias judiciales es componente esencial del derecho fundamental al acceso a la administración de justicia y al debido proceso, y la ejecución de las sentencias es una de las más importantes garantías de la existencia y funcionamiento del Estado social y democrático de Derecho que se

²⁴ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 4 de mayo de 2022. Expediente 2012-00059.

²⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-367 de 2014.

²⁶ Corte Constitucional. Sentencia SU-034 de 2018.

traduce en la final sujeción de los ciudadanos y los poderes públicos a la Constitución²⁷.

Tratándose de fallos de constitucionalidad, ha dicho la Corte Constitucional:

[...]

el carácter obligatorio de la jurisprudencia constitucional se desprende de sus efectos *erga omnes* y de la cosa juzgada constitucional. Además, por mandato expreso del artículo 243 Superior, los contenidos normativos que la Corte declara contrarios a la Constitución no pueden ser reproducidos por ninguna autoridad.²⁸

Ha sostenido la Corte, que la jurisprudencia se entiende desconocida cuando se aplican disposiciones legales que han sido declaradas inexequibles por sentencias de constitucionalidad; cuando se aplican disposiciones legales cuyo contenido normativo ha sido encontrado contrario a la Constitución; cuando se desconoce la *ratio decidendi* de sentencias de constitucionalidad; o cuando se contraría el alcance de los derechos fundamentales fijado por la Corporación a través de la *ratio decidendi* de sus sentencias²⁹.

vi) Cumplimiento de fallos judiciales que implican la celebración de contratos o convenios durante el término de prohibición de la Ley 996 de 2005

En concepto 1863 de 2007, la Sala analizó la situación que se presenta cuando mediante fallos judiciales de tutela o de acciones populares se imparten órdenes cuya ejecución implica la celebración de contratos durante el período de prohibición de la «Ley de Garantías Electorales».

En esos casos, consideró la Sala, los servidores públicos del nivel nacional o territorial que en cumplimiento de una sentencia judicial o de una providencia proferida en una acción popular o de tutela, deban contratar, ejecutar obras o efectuar gastos, no violan la Ley 996 de 2005, por las siguientes razones:

- Los fallos son de obligatorio cumplimiento para la Administración y los particulares en los términos y condiciones previstos en cada providencia.

- Los actos de ejecución que la administración deba expedir o realizar para dar cabal cumplimiento a lo ordenado en las providencias judiciales, se fundamentan en decisiones desprovistas de intereses proselitistas, dado que los funcionarios

²⁷ *Ibíd.*

²⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-1112 de 2008.

²⁹ Corte Constitucional Sentencia T-592 de 2009.

investidos de jurisdicción sólo están sometidos al imperio de la Constitución y de la ley.

Por tanto, ha dicho esta Sala, el derecho de acceso y de obtener una pronta y cumplida administración de justicia, que se concreta cuando se cumple lo ordenado en las respectivas sentencias, hacen que no sea necesario que el legislador hubiese incluido el cumplimiento de fallos judiciales como parte de las excepciones al régimen prohibitivo contenido en los artículos 33 y parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005.

vii) Caso concreto

Para resolver los interrogantes del ministro del Interior, con fundamento en lo explicado en los acápites precedentes y en atención a la particularidad de las reglas fijadas por la Corte Constitucional en la Sentencia C-153 de 2022, la Sala arriba a las siguientes conclusiones:

La Corte Constitucional declaró la inexecutable del artículo 124 de la Ley 2159 de 2021 con efectos retroactivos, a partir de su expedición, es decir que el artículo 38 de la Ley 996 de 2005 o «Ley de Garantías Electorales» ha de entenderse incólume, como si nunca hubiera sido modificado por la Ley 2159 de 2021.

En ese contexto, la Corte fijó unas reglas de procedimiento frente a los convenios interadministrativos suscritos al amparo del artículo 124 de la Ley 2159. Se destaca que estas órdenes son de obligatorio cumplimiento para todos, en especial para las entidades y autoridades partícipes en la suscripción y ejecución de tales convenios, so pena de incurrir en conductas que podrían tener consecuencias disciplinarias e incluso penales.

Los convenios que se encuentren en ejecución deben ser terminados y liquidados inmediatamente entre las entidades que los suscribieron. Si alguna de las entidades que son parte en los convenios se niega a terminarlos o liquidarlos, la otra estaría facultada para demandar judicialmente la terminación y/o liquidación de los convenios a fin de obtener la devolución de los recursos públicos a que haya lugar.

Si se ha dado cabal cumplimiento al objeto y obligaciones pactados y el convenio no ha finalizado, se terminará en el estado en que se encuentre, se reconocerán los valores correspondientes a lo ejecutado, y se exigirá y efectuará la devolución de los recursos girados y no ejecutados.

Si el escenario es que ha existido incumplimiento del objeto y las obligaciones contractuales, no puede efectuarse pago alguno, y en caso de haberse girado recursos, deberá disponerse y efectuarse su devolución.

En estos casos, pese a que, según la información allegada con la consulta, en los convenios se pactaron multas y cláusulas penales pecuniarias, lo cierto es que conforme lo ordenado por la Corte Constitucional por virtud de la inexecutable del artículo 124 de la Ley 2159 de 2021, los convenios deben ser terminados y liquidados en el estado en que se encuentren, de manera inmediata a la fecha del comunicado oficial de esa decisión.

La orden de la Corte es perentoria e impostergable, y dado que tiene consigo la terminación y liquidación inmediata de los convenios, no procede continuar el trámite previsto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 para la declaratoria de incumplimiento, la imposición de multas y la efectividad de las cláusulas penales pecuniarias.

Dada la orden de la Corte de terminar inmediatamente los convenios celebrados en virtud de la Ley 2159 de 2021, es necesario tener en cuenta que esta Sala en el concepto 2257 de 2016 ha dicho que, una vez vencido el plazo de ejecución del contrato, cesa la facultad de imponer multas, tesis que coincide con la jurisprudencia de la Sección Tercera de la Corporación.

En los convenios que nos ocupan, al cumplirse la orden impartida por la Corte de terminar los convenios, se ha de entender que termina el plazo de ejecución contractual, en tanto la terminación anticipada y su liquidación, conlleva la extinción del convenio en todos sus elementos, entre ellos, el plazo.

En relación con la cláusula penal pecuniaria, tampoco es posible su aplicación, por cuanto, como lo ha reiterado la jurisprudencia de la Sección Tercera de esta Corporación, el límite temporal para la declaratoria de incumplimiento es el plazo para la liquidación del contrato, y, en este caso, como consecuencia de la inexecutable del artículo 124 de la Ley 2159 de 2021, la Corte Constitucional ha ordenado la terminación y liquidación inmediata de los convenios interadministrativos celebrados al amparo de dicha norma, de modo que, tampoco sería posible surtir el debido proceso previsto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 para efectos la declaratoria de incumplimiento y consecuente efectividad de la cláusula penal pecuniaria.

Ahora, frente a aquellos convenios interadministrativos que se suscribieron invocando razones de seguridad y defensa, debe tenerse en cuenta que la contratación en lo referente a defensa y seguridad del Estado no está prohibida por la Ley 996 de 2005,

e incluso el inciso segundo del artículo 33 de dicho cuerpo normativo la permite aun de forma directa, tratándose de contratos.

Si bien la Corte exceptuó de sus reglas a «los contratos en curso dirigidos a atender las necesidades básicas insatisfechas de salud, educación, saneamiento ambiental, agua potable y vivienda» y guardó silencio sobre aquellos relacionados con defensa y seguridad, etc., debe tenerse en cuenta que su pronunciamiento versó exclusivamente sobre el artículo 124 de la Ley 2159 de 2021 que había modificado temporalmente el artículo 38 de la «Ley de Garantías Electorales» y para nada se ocupó del artículo 33 *ibídem*, », y es a los convenios interadministrativos celebrados en vigencia de la Ley de Garantías a los que se les debe aplicar las reglas definidas en la varias veces citada sentencia, aun cuando se esgriman fundamentos jurídicos distintos al referido en el artículo 124 modificadorio del artículo 38 de la Ley 996 de 2005.

Así las cosas, y bajo el análisis que el Ministerio debe efectuar frente a la motivación, alcance y objeto de cada convenio, la decisión de la Corte Constitucional no recae sobre aquellos convenios que se hubieren suscrito para atender necesidades básicas insatisfechas de salud, educación, saneamiento ambiental, agua potable y vivienda.

Tampoco, como ya lo ha explicado la Sala, cuando se configura otra de las excepciones a las prohibiciones de la «Ley de Garantías Electorales», como es, cuando los servidores públicos del nivel nacional o territorial, en cumplimiento de una sentencia judicial o de una providencia proferida en una acción popular o de tutela, deban contratar.³⁰

Como consideración final, esta Sala estima que, sin perjuicio de la legitimidad y estricto acatamiento de la decisión de la Corte Constitucional, y en total acuerdo con la *ratio decidendi* del fallo, la no conclusión de las inversiones que en un principio atendieron a necesidades a ser satisfechas mediante los convenios interadministrativos y sus derivados, celebrados bajo el amparo del artículo 124 de la Ley 2159 de 2021, conlleva la posible falta de realización de los fines del Estado en lo que tiene que ver con tales necesidades insatisfechas y postergadas en el tiempo.

Adicionalmente, la Sala encuentra que los efectos retroactivos de la declaratoria de inexecutable del artículo 124 de la Ley 2159 de 2021, pueden derivar en litigiosidad entre el Estado y los particulares, con ocasión de la situación específica que se desprenda de cada uno de los contratos derivados de los convenios interadministrativos celebrados en vigencia del artículo 124 de la Ley 2159 de 2021.

³⁰ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 1863 de 2007.

Así, consciente la Sala de los efectos que la terminación y la liquidación de los convenios interadministrativos puede tener en la contratación derivada celebrada por las entidades territoriales, recomienda que el Ministerio del Interior solicite a la Procuraduría Delegada para la Contratación Estatal, -en su función preventiva-, acompañar los procedimientos que deben implementarse para el cumplimiento del fallo, particularmente, para la terminación y liquidación de los convenios y por su conducto recomiende a las entidades territoriales dicho acompañamiento para la terminación y liquidación de los respectivos contratos derivados.

III. LA SALA RESPONDE

«1. En el marco de las órdenes impartidas por la Corte Constitucional en la sentencia C-153 de 2022, ¿cuál es el procedimiento que se debe seguir en aquellos convenios interadministrativos que se encuentran en plena ejecución, y en las siguientes circunstancias: 1.1 Con cabal cumplimiento del objeto y de las obligaciones contractuales. 1.2 Con presunto incumplimiento del objeto y/o de las obligaciones contractuales?»

La Corte Constitucional, en su fallo *erga omnes* confirió efectos retroactivos a su decisión, debido a que estimó necesario restablecer el orden constitucional y «sancionar una violación flagrante y deliberada de la Constitución».

Entonces, para efectos de cumplir lo ordenado en la sentencia C-153 de 2022, los convenios interadministrativos celebrados al amparo del artículo 124 de la Ley 2159 de 2021 que se encuentren en ejecución, deben ser terminados y liquidados inmediatamente sin perjuicio de la devolución de los recursos girados y no ejecutados y de las restituciones a que haya lugar entre las entidades que los suscribieron. Si alguna de las entidades que son parte en los convenios se niega a terminarlos y/o a liquidarlos, la otra estaría facultada para demandar la terminación y/o la liquidación a efectos de obtener la devolución de los recursos públicos a que haya lugar.

Tratándose de convenios en plena ejecución, si se ha dado cabal cumplimiento al objeto y obligaciones pactados, se reconocerán los valores correspondientes a lo ejecutado, y se dispondrá y efectuará la devolución de los recursos girados y no ejecutados, todo, antes de la fecha del comunicado oficial de la sentencia.

Si por el contrario, existe incumplimiento del objeto y las obligaciones contractuales, no puede efectuarse pago alguno relativo a dicho incumplimiento, y en caso de haberse girado recursos, deberá disponerse y efectuarse su devolución.

«2. ¿Tratándose de convenios interadministrativos que se suscribieron invocando en sus estudios previos razones de seguridad y defensa, argumento relativo a la excepción de la restricción prevista en el artículo 32 (sic) de la ley 996 de 2005³¹, pero que al parecer habrían sido suscritos por Alcaldes inmersos en la prohibición o restricción expresa para hacerlo de que trata el parágrafo del artículo 38 de la misma ley 996 de 2005, cuál es el procedimiento que debe seguir el Ministerio del Interior frente a dichos convenios?»

Pese a que la Sala advierte que la pregunta está formulada en términos imprecisos y parte de una suposición, atendiendo las consideraciones expuestas en el presente concepto, responde de la siguiente manera:

Los convenios cuyo fundamento jurídico fue la modificación que introdujo al artículo 38 de la Ley 996 de 2005, el artículo 124 de la Ley 2159 de 2021, deberán ser terminados y liquidados inmediatamente.

«3. ¿Procede la aplicación de las cláusulas de multa y penal pecuniaria a los entes territoriales que no han cumplido con el objeto y/o las obligaciones pactadas en los convenios interadministrativos de cofinanciación suscritos con el Ministerio del Interior? ¿En caso afirmativo cuáles son las condiciones mínimas que se deben observar para su procedencia?»

No. Conforme lo ordenado por la Corte Constitucional en la sentencia C-153 de 2022, y como consecuencia de la declaratoria de inexecuibilidad del artículo 124 de la Ley 2159 de 2021, los convenios celebrados en virtud de dicha norma deben ser terminados y liquidados de manera inmediata una vez expedido el comunicado oficial de esa decisión.

Así, vencido o extinguido el plazo contractual, no es posible ejercer la facultad de imponer multas, toda vez que el objeto de estas es conminar al contratista al cumplimiento de sus obligaciones contractuales. Además, su declaración exigiría la aplicación del procedimiento previsto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, todo lo cual desconocería el carácter perentorio del fallo.

En igual sentido, la declaratoria de incumplimiento y aplicación de la cláusula penal, cuyo límite temporal es la liquidación contractual, no es procedente, dado que ello también supondría el agotamiento del debido proceso dispuesto en el mencionado artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, lo cual no es posible ante la orden de terminación y liquidación inmediata de los convenios interadministrativos celebrados.

³¹ La Sala entiende que el ministro se refiere al artículo 33 de la Ley 996 de 2005.

«4. ¿Deben ser objeto de terminación y liquidación, todos los convenios interadministrativos suscritos a partir del 13 de noviembre de 2021 y hasta la terminación de la restricción de ley de garantías, sin distingo alguno?»

Si. Con la salvedad hecha por la Corte Constitucional, en el sentido que la Sentencia C-153 de 2021 no se predica respecto de los convenios que se hubieren suscrito para atender necesidades básicas insatisfechas de salud, educación, saneamiento ambiental, agua potable y vivienda.

Igualmente, el pronunciamiento de la corte no recae sobre los convenios celebrados en cumplimiento de una sentencia o providencia judicial proferida en una acción popular o de tutela.

En tal medida, los convenios que no se encuentren dentro de los supuestos antes descritos, deben ser terminados y liquidados inmediatamente.

Remítanse copias al Ministerio del Interior y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

ANA MARÍA CHARRY GAITÁN
Presidenta de la Sala

ÓSCAR DARÍO AMAYA NAVAS
Consejero de Estado

MARÍA DEL PILAR BAHAMÓN FALLA
Consejera de Estado

ÉDGAR GONZÁLEZ LÓPEZ
Consejero de Estado

REINA CAROLINA SOLÓRZANO HERNÁNDEZ
Secretaria de la Sala