



PROSPERIDAD
PARA TODOS



20141100040351

Bogotá, 08 de abril del 2014

Doctor
ALEXANDER GÓMEZ MEJIA
Vicerrector de Investigación
UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA
Carrera 45 No 26-85
Bogotá

Asunto: Solicitud de concepto con radicación 2014-243-005297-2 del 28 de marzo de 2014.

Respetado señor Vicerrector:

El objeto de la presente es emitir el concepto solicitado, mediante el oficio arriba anotado, en los siguientes términos:

Solicitud

Dar apoyo a la universidad Nacional en cuanto a la solicitud de retirar del convenio especial de colaboración 559 de 2013, celebrado entre la Universidad y la Gobernación de Arauca y el Fondo de Comités de Ganaderos de Arauca, la cláusula penal pecuniaria y la cláusula de multas establecidas en el convenio.

Respuesta

Para conceptuar sobre el tema preguntado, es pertinente abordarlo de la siguiente manera:

El convenio de Cooperación referido es un contrato estatal regido por las normas del derecho privado.

Si bien el artículo 14 de la ley 80 de 1993, referido a los medios que pueden utilizar las entidades estatales para el cumplimiento de los fines del contrato, en su parágrafo, expresamente autoriza que "se prescindirá de las cláusulas o estipulaciones excepcionales" para los contratos que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, es preciso señalar que la cláusula penal pecuniaria y el establecimiento de multas no están incluidas dentro de las cláusulas excepcionales que se excluyen expresamente por el parágrafo del artículo 14 de la ley 80 de 1993, por no estar taxativamente señaladas como tales en la ley, aun cuando el Consejo de Estado les ha reconocido su carácter de excepcionales por ser fruto de la facultad sancionadora y unilateral



COLCIENCIAS

PROSPERIDAD
PARA TODOS

del ente estatal.

Como quiera que estas cláusulas no son ajenas al derecho privado, pueden incluirse en el convenio de cooperación, por estar claramente establecidas en el ordenamiento civil a que se remiten las actividades de ciencia y tecnología, a saber artículos 1592 y 1601 del Código civil y 867 del Código de Comercio y además están consagradas en el manual de convenios y contratos de la Universidad Nacional- resolución 1952 de 2008-, pero su inclusión o no, depende únicamente de la autonomía de la voluntad de las partes contratantes, es decir su inclusión, no se realiza en virtud de una potestad excepcional que otorgue la Ley, no es obligatoria ni opera persé, simplemente se pactan por corresponder a la autonomía de la voluntad de las partes aplicable en las relaciones contractuales de derecho privado.

En esta medida vale la pena mencionar que es claro que en el convenio materia de consulta se trajeron las cláusulas de multas y la penal pecuniaria como cláusulas excepcionales, imprimiéndoles una naturaleza que no tenían, aplicando indebidamente las normas de la contratación estatal a un contrato que debía regir en un todo por las normas del derecho privado. El resultado de una mezcla indebida de normas y regímenes, es precisamente el que genera los inconvenientes como el que es materia de consulta, en tanto que éstas fueron escritas, tal como se aprecia de la lectura de las mismas, para ser usadas como atributo sancionador de una parte hacia la otra. Es decir se llevaron al contrato en ejercicio de dicha facultad sancionadora tal y como se desprende de las normas invocadas.

Descendiendo al caso concreto, es preciso revisar si estas cláusulas, dentro del principio de la autonomía de la voluntad pueden o no incluirse en los contratos para actividades de ciencia y tecnología, que se ejecutan bajo un contrato estatal regido por las normas de derecho privado, y en este caso concreto resulta obligatorio decir que su inclusión en el convenio no estuvo ajustada a la ley por aplicación indebida de la ley 1150 de 2007 y el (derogado) decreto 734 de 2011.

Lo que se vislumbra es que las cláusulas novena y décima del convenio 559 de 2013 fueron llevadas al contrato como excepcionales derivadas de la facultad sancionadora del ente estatal y no como fruto del acuerdo de voluntades, facultad sancionadora respaldada en la aplicación indebida de una ley que no aplicaba al caso concreto y que podría generar a la postre una nulidad por falsa motivación para su inclusión en el convenio.

Es por lo anterior que resulta válido el argumento de la Universidad cuando invoca que la cláusula penal pecuniaria se llevó al contrato como ejercicio de facultad sancionatoria y no como fruto del acuerdo de voluntades, pues la referencia a la facultad sancionadora unilateral de la ley 1150 de 2007 y el (derogado) Decreto 734 de 2012, es ajena al derecho privado que debe regir el contrato.

Es por lo anterior que en efecto lo procedente es excluir del texto del convenio 559 de 2013 las cláusulas novena y décima así como cualquier referencia que de éstas se haga en el texto del mismo, en tanto que se está frente a un convenio con responsabilidades conjuntas y

4



COLCIENCIAS

PROSPERIDAD
PARA TODOS

recíprocas en el que las partes aportaron para el cumplimiento del objeto y en el que no existe una posición dominante predicable respecto de ninguno de los firmantes que lo faculte de forma unilateral ejercer una posición sancionadora respecto de los otros.

Sin perjuicio de lo anterior, habría que mencionar que la cláusula de multa como quedó pactada, frente al aporte de la universidad, del orden de \$3.066.550.000, resulta por lo menos vulneradora del principio de proporcionalidad, razón adicional que soporta el concepto de exclusión en tanto que es clara la falta de conmutatividad o equivalencia entre el aporte de la universidad y el quantum fijado para la sanción, lesividad que también es razón suficiente para acudir a su exclusión del convenio.

Así las cosas y tal como lo expresa en su solicitud la universidad Nacional y teniendo en cuenta que la existencia de las referidas cláusulas dentro del convenio, dependen de la autonomía de la voluntad de las partes, y no de la facultad sancionadora de la Gobernación que motivó su inclusión; y teniendo en cuenta que se está frente a un convenio de cooperación en el cual los aportes de la universidad no está en función del lucro, es procedente su exclusión, pues este convenio se encuentra sometido al régimen privado y la cláusulas novena y décima se incluyeron en errónea interpretación de la ley.

El presente concepto se rinde con el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,


LILIANA MARÍA ZAPATA BUSTAMANTE
Secretaria General

Proyectó: José Ignacio Llano Uribe