



CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN A

Consejero Ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

Bogotá D.C., veintisiete (27) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

Radicación: 250002336000201200285 01 (54709)
Demandante: Compañía Aseguradora de Fianzas - CONFIANZA S.A.
Demandado: Nación – Ministerio de Agricultura
Medio control: Controversias contractuales
Asunto: Sentencia de segunda instancia

CONVENIO ESPECIAL DE CIENCIA Y TECNOLOGÍA - naturaleza y normatividad aplicable / RÉGIMEN DE DERECHO PRIVADO – impide el ejercicio de prerrogativas de público / su análisis judicial corresponde al examen de incumplimiento del negocio jurídico no el de nulidad propio de los actos administrativos / INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN – se configura conforme a los instrumentos internacionales suscritos y ratificados por Colombia

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

El objeto de la controversia tiene por fin determinar si hay lugar a declarar la nulidad de los actos por medio de los cuales el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, declaró el incumplimiento de un convenio de cooperación especial, impuso la cláusula penal pecuniaria e hizo efectiva la póliza de garantía, en un negocio jurídico suscrito con un organismo internacional.

I. SENTENCIA IMPUGNADA

1. Corresponde a la providencia del 26 de marzo de 2015 ¹, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, profirió la siguiente decisión (se transcribe conforme obra):

“PRIMERO. - NEGAR las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO. - FIJAR como agencias en derecho a cargo de la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. – Confianza, y a favor de la parte demandada Ministerio de Agricultura, la suma de setenta millones de pesos (\$70.000.000).

TERCERO. - NOTIFÍQUESE esta providencia conforme al artículo 203 del CPACA.

¹ Folio 507 al 523 del cuaderno principal 2.

CUARTO. - Para el cumplimiento de la presente providencia se aplicará el artículo 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”.

Pretensiones

2. El 5 de septiembre de 2012, la Compañía Aseguradora de Fianzas – Confianza S.A. presentó demanda contra la Nación – Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural (en adelante MADR o simplemente el Ministerio) y contra el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural – INCODER, con el propósito de obtener las siguientes declaraciones y condenas (se transcribe literal, incluyendo eventuales errores):

“1.- Que se declare la nulidad de la Resolución N° 000191 de fecha 22 de junio de 2010 y su confirmatoria, la Resolución 000321 de fecha 5 de agosto del año 2010, por haber sido expedidas con extralimitación de funciones y sin competencia para ello.

2.- Que se declare la falta de competencia del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural (MADR) para declarar el incumplimiento del convenio N° 055 de 2008, teniendo en cuenta que en el mismo se encontraba inmersa la cláusula compromisoria como primera medida para la solución de posibles conflictos que pudiesen surgir a lo largo de la ejecución del convenio.

3.- Que se declare la nulidad de la Resolución N° 000191 de fecha 22 de junio de 2010 y su confirmatoria, la Resolución N° 000321 de fecha 5 de agosto del año 2010 por falsa motivación.

4.- Que se declare la nulidad de la Resolución N° 000191 de fecha 22 de junio de 2010 y su confirmatoria, la Resolución N° 000321 de fecha 5 de agosto del año 2010, por haber sido expedidas con abuso y desviación de poder.

5.- A título de restablecimiento del derecho se solicita se declare que no se adeuda la suma de catorce mil millones de pesos por concepto de causación de la cláusula penal pecuniaria de que trata la resolución 191 de 2010.

6.- Que se declare la nulidad de la Resolución N° 000191 de fecha 22 de junio de 2010 y su confirmatoria, la Resolución N° 000321 de fecha 5 de agosto del año 2010, por haber violado el MADR la inmunidad de un organismo de cooperación internacional.

7.- Que se declare que el IICA no incumplió el convenio 055 de 2008 (...), en razón de que en el pliego de condiciones, ni en el convenio, se tenía prohibida la presentación de más de dos proyectos para un mismo predio en mayor extensión.

8.- En subsidio de las anteriores, que se declare que la resolución 191 y su confirmatoria, la resolución 321, ambas de 2010, perdieron fuerza ejecutoria como consecuencia de las recuperaciones económicas que por igual o mayor valor obtuvo el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, en los procesos de conciliación realizados con los beneficiarios del programa A.I.S.

9.- En subsidio de la anterior, que se tase por parte del Tribunal Administrativo de Cundinamarca el monto de la afectación de la cláusula penal pecuniaria prevista en el convenio, en forma proporcional al incumplimiento, en razón de que este correspondió a un 9.35% del valor total del convenio (...).

10.- Que se declare que las eventuales fallas presentadas en el proceso de convocatoria del programa Agro Ingreso Seguro le son imputables de manera exclusiva al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, toda vez que fue la entidad que diseñó la política pública del sector rural colombiano, pero además porque corresponde a la esfera de sus funciones y responsabilidades, y no del IICA como organismo asesor externo (...).

11.- Se condene en costas al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural”.

Hechos relevantes

3. El actor se refirió al marco legal del programa Agro Ingreso Seguro (AIS) y al componente que de éste se acordó ejecutar a través del Convenio 055 de 2008,

suscrito por el Ministerio de Agricultura, el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural -Incoder- y el Instituto Interamericano de Cooperación para la Agricultura IICA. El objeto de este convenio era implementar, desarrollar y ejecutar la convocatoria pública de riego y drenaje que permitiera asignar los recursos del programa mencionado y los subsidios para la adecuación de tierras, cuyo seguimiento y evaluación estaría a cargo de un comité administrativo, integrado por el viceministro de agricultura, el Gerente del Incoder, el director de Desarrollo Rural del Ministerio y el representante del IICA.

4. Respecto al régimen del citado Convenio 055, señaló que correspondía al derecho privado; enfatizó que la implementación y operación de dicha convocatoria pública era una actividad a cargo del IICA que estaba sujeta a las directrices impuestas por el Ministerio y el Incoder; así mismo, indicó que el impulso de todas sus etapas se hacía a través de la *Unidad Coordinadora del programa AIS* (apertura y cierre del proceso de selección, verificación de los requisitos mínimos, formulación de requerimientos, evaluación y selección de iniciativas y suscripción de acuerdos de financiamiento, entre otras) y, por tanto, era el Ministerio el que impartía las directrices para el desarrollo del Convenio, determinaba los requisitos para que los productores pudieran acceder a los beneficios de la convocatoria, y también tenía a su cargo la interventoría técnica y financiera del Convenio a través de sus directores de Desarrollo Rural y de Planeación, respectivamente.

5. Para garantizar el cumplimiento de lo pactado, la aseguradora Confianza S.A. expidió la póliza N° GU022432, en la que figuró como asegurado el Ministerio y como “garantizado” el IICA, con una cobertura total de \$140.000'000.000, de la cual el 10% -es decir, la suma máxima de \$14.000'000.000- ampararía la cláusula penal. Indicó que se llevaron a cabo dos convocatorias, en la primera se declaró la viabilidad de 162 proyectos, y en la segunda fueron favorecidos 190 proyectos.

6. Por las denuncias hechas a través de medios de comunicación relacionadas con la supuesta asignación irregular de recursos, el MADR suspendió la ejecución de varios proyectos de las dos convocatorias. Se determinó que en 9 casos, referidos a 33 proyectos, hubo “*fraccionamiento de tierras*”, consistente en la presentación de varios proyectos aparentemente independientes que, en realidad, constituían sólo un proyecto, en una extensión que ya venía siendo explotada por sus propietarios.

7. La empresa Ediagro auditó los 33 proyectos cuestionados; en ellos advirtió la ausencia de documentos necesarios para que el Ministerio pudiera otorgar los subsidios del programa AIS, por lo que el MADR responsabilizó al IICA dándole traslado, y al garante, de los informes que detallaban los incumplimientos del Convenio 055, citándolos a audiencia de descargos. El IICA asistió precisando que no rendiría tales descargos y que su comparecencia era parte de la etapa de arreglo directo prevista en la cláusula compromisoria pactada en el convenio; a la vez, indicó desconocer la competencia del MADR para adelantar en su contra la actuación administrativa iniciada, postura que acompañó Confianza S.A.

8. Mediante Resolución No. 191 del 22 de junio de 2010, el Ministerio declaró el incumplimiento del Convenio 055 por parte del IICA, y le impuso el pago de la

cláusula penal por \$14.000'000.000. Esta decisión fue impugnada por la aseguradora y confirmada en la Resolución No. 321 del 5 de agosto de 2010. Agregó que hechos posteriores a la expedición de estos actos daban la razón a la aseguradora de que las irregularidades provenían del MADR, como se desprendía de las investigaciones penales seguidas contra funcionarios de esa entidad.

9. El MADR citó ante la Procuraduría Sexta Judicial Administrativa de Bogotá a los beneficiarios del programa AIS que recibieron irregularmente los recursos para que procedieran a reintegrarlos, y celebró conciliaciones que permitieron la recuperación de \$13.980'921.614, incluyendo intereses sobre el valor de los subsidios devueltos.

Fundamentos de derecho

10. En la base de su reclamo, sostuvo que la labor de IICA se limitó a la prestación del apoyo acordado siempre bajo la dirección del Ministerio, sin autonomía sobre el desarrollo del programa AIS. Adujo que los actos enjuiciados vulneraron la Carta Política, las Leyes 1150 de 2007, 80 de 1993, 1437 de 2011, el Código Civil y el Código de Comercio.

11. Los cinco cargos de nulidad propuestos fueron, en síntesis, los siguientes:

(i) *“abuso y desviación de poder”*, en tanto el incumplimiento del contrato y la aplicación de la cláusula penal debían ventilarse ante un tribunal de arbitramento, de cara a la cláusula compromisoria pactada en el Convenio 055; y, porque el verdadero propósito del Ministerio con tales decisiones fue mejorar su imagen, justificar una supuesta diligencia ante la opinión pública, y beneficiar a sus funcionarios investigados penalmente.

(ii) *“falsa motivación de los actos administrativos”*, en la medida que el MADR se atribuyó una competencia de la que carecía, pues el convenio se regía por el derecho privado. Dijo que, si bien la entidad fundó su decisión en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 lo cierto es que el término ya había vencido pues la ejecución de los contratos finalizó el 20 de junio de 2010 y, en todo caso, el Convenio no autorizó emitir decisiones unilaterales. También manifestó que no podía hacerse efectiva la cláusula penal por el total del valor pactado, pues sólo 33 de los 352 proyectos aprobados presentaron irregularidades.

(iii) Frente a la *“falta de competencia del Ministerio”*, insistió en que el régimen jurídico del Convenio era exclusivamente el derecho privado, por lo que esa entidad no podía hacer las imposiciones unilaterales demandadas.

(iv) Respecto al *“principio de la indemnización y proporcionalidad”*, aludió al artículo 1088 del Código de Comercio que establece que los seguros de daños son contratos de mera indemnización y no fuente de enriquecimiento para el asegurado, y al artículo 1079 ib. que prescribe que *“el asegurador no estará obligado a responder sino hasta la concurrencia de la suma asegurada”*. A partir de estas normas, censuró que el Ministerio hubiera ordenado hacer efectiva la cláusula penal por la totalidad del porcentaje pactado (10% del valor del Convenio), es decir,

\$14.000'000.000 y hubiese indexado dicha suma a la fecha de las resoluciones sin renunciar a la reclamación de perjuicios adicionales, pese a que ni el Convenio 055 ni la póliza contenían cláusulas sobre la indexación de la cláusula penal.

(v) *“falta de cumplimiento de los preceptos contenidos en el artículo 1077 del Código de Comercio”*, pues no se daban los presupuestos legales para la indemnización del siniestro en tanto se imponía demostrar la cuantía del daño, lo que excluía la procedencia de hacer estimaciones anticipadas.

Vinculación inicial del IICA al proceso

12. En el auto admisorio de la demanda, proferido el 13 de noviembre de 2012, el IICA fue vinculado al proceso como litisconsorte necesario por activa. Dicho instituto, mediante oficio del 30 de abril de 2013, manifestó su *“disposición a colaborar con las autoridades judiciales colombianas”*, bajo los principios del Acuerdo Básico sobre Privilegios e Inmunidades de 1967, sin que su cooperación se entendiera como una renuncia a las inmunidades y prerrogativas allí previstas².

13. Luego, en la audiencia inicial celebrada el 28 de mayo de 2014, el Tribunal declaró de oficio la falta de legitimación en la causa del IICA, pues se trataba de un organismo internacional que gozaba de inmunidad de jurisdicción en Colombia *“contra todo procedimiento judicial y administrativo”*, de conformidad con el Acuerdo Básico de Privilegios e Inmunidades.

Contestación de la demanda

14. El escrito de defensa del Ministerio de Agricultura fue extemporáneo por lo que se dio por no contestada la demanda³.

Alegatos de primera instancia

15. Surtida la audiencia de pruebas⁴ el 2 de septiembre de 2014, el *a quo* corrió traslado a las partes para alegar de conclusión⁵ y al Ministerio Público para rendir concepto. La parte actora reiteró los argumentos de la demanda y adujo como *hechos nuevos*, las condenas penales impuestas contra varios servidores del

² Fl. 85 del c. ppal.

³ Fl. 240 del c. ppal. 1. Decisión adoptada en audiencia inicial.

⁴ El Tribunal se pronunció sobre las solicitudes probatorias en los siguientes términos: se decretaron los siguientes medios de prueba pedidos por la demandante: (i) los documentos aportados con la demanda; ii) se ofició al Ministerio de Agricultura Desarrollo Rural y al IICA para que aportaran al proceso los antecedentes administrativos que condujeron a la celebración del Convenio 055 de 2008, incluido el convenio mismo; también, y cargo del MADR, la entrega de los antecedentes administrativos que dieron lugar a la expedición de los actos administrativos demandados; (iii) se ofició al Juzgado 43 Penal del Circuito de Conocimiento a fin de que remitiera copia auténtica de la sentencia proferida contra el señor Juan Camilo Salazar, como Viceministro de Agricultura para el momento de los hechos. El Tribunal negó: (i) el decreto de los testimonios solicitados por el actor; (ii) la petición al Consejo Superior de la Judicatura de que informara sobre los procesos adelantados desde el año 2010 con ocasión de la ejecución del programa AIS, y la solicitud a la Fiscalía General de la Nación para que indicara el nombre de las personas a las que formuló imputación y escrito de acusación y, a partir de allí, que requiriera a los juzgados penales respectivos para que remitieran los escritos de imputación y las sentencias proferidas en los casos ya fallados. No se decretaron pruebas solicitadas por el MADR, dada la extemporaneidad de su contestación a la demanda. Fl. 242 a 245 del c. de p. 1.

⁵ Fl 350 - 356, c.1

Ministerio, en tanto daban cuenta de la inobservancia de las obligaciones que estaban en cabeza de la propia entidad estatal contratante.

16. El Ministerio defendió la legalidad de los actos acusados y del procedimiento sancionatorio adelantado. Sostuvo que las falencias encontradas por el auditor Ediagro correspondían a obligaciones que eran responsabilidad del IICA, en particular, la revisión de los documentos de los proyectos y la verificación de las condiciones fijadas en los términos de referencia de las convocatorias; y rechazó los señalamientos hechos en la demanda contra sus funcionarios.

El Ministerio Público guardó silencio.

Fundamentos de la providencia recurrida

17. El Tribunal *a quo* negó las pretensiones. Respecto al cargo de *abuso y desviación de poder*, analizó la cláusula compromisoria incluida en el Convenio No. 055 y precisó que ésta fue pactada entre el IICA y el Ministerio de Agricultura, y no cobijaba al contrato de seguro suscrito entre el IICA y Confianza S.A., razón por la cual la aseguradora no podía demandar el cumplimiento de una atribución exclusiva de las partes contratantes; agregó que *afianzar el riesgo de los incumplimientos contractuales constituye un medio admisible pero distinto a aquel cuyos riesgos genera*, pues las obligaciones del garante sólo surgen cuando ocurre el siniestro asegurado y éste es declarado por la Administración para hacer efectiva la fianza.

Indicó que el contrato materia de controversia sí estaba sujeto a las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, y el Ministerio ejerció de manera oportuna la facultad contractual y legal de declarar el incumplimiento de su contratista y la ocurrencia del siniestro, como presupuesto para cobrar la cláusula penal.

18. Sobre la naturaleza y régimen jurídico del Convenio, señaló que correspondía a un contrato *intuitu personae*, con obligaciones de hacer a cargo del IICA “*consistentes en proveer servicios técnicos para la escogencia de proyectos de adecuación de tierras a financiar con recursos del MADR*”; precisó que por tratarse de un contrato estatal que asumió la forma del convenio 055 de 2008, estaba sometido al EGCAP, así las partes hubieran acordado excluirlo de su aplicación, ya que tal manifestación no operaba contra el mandato que define su régimen legal y, además, porque el convenio 055 sólo tuvo el propósito de asignar recursos públicos suministrados por una entidad de igual naturaleza, “[p]or ende, las obligaciones a cargo del IICA como contratista eran conmutativas, no constituían una mera liberalidad, ni una causa gratuita, sino una contraprestación efectiva, asegurada patrimonialmente”.

19. En la misma línea argumentativa, desestimó el vicio de falta de competencia para emitir los *actos administrativos* censurados, no sólo porque en el negocio las partes incluyeron las cláusulas atinentes a la garantía única de cumplimiento, multas y penal pecuniaria, sino porque la facultad de hacer efectiva la cláusula penal es propia de la Administración según el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007. En ese contexto el Ministerio estaba habilitado bajo la ley de contratación pública a efectuar

la declaratoria de incumplimiento, configurar el siniestro y hacer efectiva la penalidad acordada; puntualizó que la sanción impuesta no correspondió a una multa, sino a la cláusula penal por incumplimiento del Convenio.

20. Negó el cargo de falsa motivación, pues al revisar las obligaciones de las partes bajo el Convenio 055, si bien no encontró a cargo del IICA la de impedir el fraccionamiento de proyectos, o que una persona jurídica o natural pudiera postular más de uno, sí tenía entre sus responsabilidades la verificación documental desde un punto de vista jurídico *“sin que sea necesaria la especificación de todas y las posibles variantes de ilegalidad que puedan suceder en el marco de su estudio”*. Concluyó que las obligaciones y el fin mismo del convenio acreditaban el incumplimiento del IICA porque dicho organismo no controló, debiendo hacerlo, el fraccionamiento de los proyectos y dio lugar a las anomalías del programa AIS.

21. Respecto al desconocimiento del principio de indemnización y a los preceptos del artículo 1077 del Código de Comercio, el *a quo* consideró que el valor de la cláusula penal cobrada fue el establecido en el contrato y no violaba el principio de proporcionalidad. Indicó que el actor echó de menos la prueba del siniestro, pero éste se había acreditado con los medios demostrativos referidos en los actos acusados.

22. Finalmente, desestimó la pretensión subsidiaria relacionada con la pérdida de fuerza ejecutoria de los actos enjuiciados, por ausencia de los presupuestos del artículo 91 del CPACA para su configuración. Respecto a las sentencias penales por la indebida asignación de subsidios del programa AIS y los incumplimientos que de allí pidió derivar contra el Ministerio, el Tribunal adujo que el actor no alegó desviación de poder en los actos administrativos enjuiciados, ni que hubieran servido a intereses particulares de los condenados penalmente, máxime que tales resoluciones no fueron suscritas por ninguno de ellos. Subrayó la diferencia entre ambos tipos de responsabilidad, y precisó que en sede contencioso administrativa se estudia la legalidad de los actos que declararon el incumplimiento del convenio.

II. EL RECURSO INTERPUESTO

El recurso de apelación:

23. Inconforme con la decisión de primer grado, el demandante pidió su revocatoria. Inició por cuestionar el planteamiento del *a quo* de que la cláusula compromisoria sólo podía oponerla quien fuera parte en el contrato en que se pactó, pues ello vulnera sus derechos al debido proceso y a la defensa en tanto le impedía controvertir la legalidad del acto que declaraba el siniestro, dejando impune su ilegalidad.

24. Insistió en que durante el proceso sancionatorio administrativo seguido contra el IICA, éste alegó la falta de competencia del Ministerio para fungir como *juez del contrato*, de cara a su inmunidad de jurisdicción y por existencia de pacto arbitral; sin embargo, el Tribunal desconoció esta circunstancia y afirmó la validez de los actos acusados, pese a que en la audiencia inicial declaró la falta de legitimación

en la causa del IICA por razón de tal inmunidad; situación que revela, a su vez, el vicio presente en las resoluciones 191 y 321 de 2010 *“pues así como en este proceso se aceptó la inmunidad, con mayor razón el MADR debió haber procedido en la misma forma. En la lógica del ponente, si aquí existe falta de legitimación por activa, en el proceso administrativo existió falta de legitimación por pasiva, pues tal instituto no podía ser juzgado administrativamente”*.

25. Negó que el Convenio 055 estuviera sujeto al EGCAP, como lo afirmó el juez de primer grado, dado que su objeto consistía en actividades de ciencia y tecnología, quedando absolutamente excluido de tal régimen y por tanto regido por el derecho privado.

26. Se quejó de que el Tribunal dejara de revisar las sentencias penales aportadas con los alegatos de conclusión, pues allí se demostraba el inadecuado proceder del Ministerio en la ejecución del Convenio y su pleno conocimiento en ello, facilitando las conductas indebidas que se cometieron para luego inculpar al IICA. Tal escenario forzó la interpretación de los hechos para justificar la sanción impuesta y luego la recuperación de los dineros entregados –lo que, en todo caso, revela la inexistencia de un perjuicio–.

27. Además, adujo que el fallo apelado desconoció que el proceso de selección, sus condiciones y estructura estuvo a cargo del Ministerio, entidad que a su vez participó en los comités de evaluación y eligió a los beneficiarios del programa AIS, directamente o a través de los comités en que tuvo participación mayoritaria, lo que evidencia la falsa motivación de los actos demandados; cuestionó que no se tomara en cuenta que era el Comité Administrativo el encargado de establecer las directrices que debía seguir el Instituto, y que éste se limitó a prestar apoyo técnico, administrativo y financiero bajo la dirección del Ministerio, más allá de las funciones jurídicas asignadas bajo el convenio, que escapaban a su especialidad.

28. También calificó como un falso motivo de los actos acusados, que el reproche central contra el IICA fuese no haber evitado el fraccionamiento de proyectos, en tanto dicha falta no fue prevista en el Convenio -como lo reconoció el *a quo*- y por cuanto estas conductas se ejecutaron por funcionarios del Ministerio, y fue ante las denuncias públicas que se le atribuyó tal irregularidad al IICA.

29. En relación con la cláusula penal, como estimación anticipada de los perjuicios, dijo que ésta opera de acuerdo con el porcentaje del contrato incumplido y no sobre la totalidad del mismo, así que en el caso concreto *“la sanción no se está aplicando por el 10% del porcentaje incumplido sino que va más allá del 100% del porcentaje de incumplimiento, si se tiene en cuenta que los subsidios cuestionados fueron apenas superiores a 13 mil millones y no de 140 mil millones, que corresponde al valor total del contrato”*. De forma subsidiaria, indicó que dicha cláusula se debía tasar según los parámetros fijados por la jurisprudencia, esto es, de forma proporcional al incumplimiento, que para el caso correspondería al 93% sobre su monto total.

Agregó que, aun si resultara aplicable la cláusula penal, el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 establece que la sanción debe estar precedida de audiencia del afectado, lo que no era procedente en este caso debido a la inmunidad diplomática del IICA.

30. En cuanto a la pretensión subsidiaria de que se declarara la pérdida de fuerza ejecutoria de los actos acusados, recalcó que la misma se formuló sobre la base de que el MADR no sufrió ningún perjuicio dado el reintegro de los dineros entregados.

31. En lo relativo a las condenas penales impuestas a ex servidores del Ministerio, insistió en que éstas demostraban las irregularidades en que incurrió la entidad, y ello no podía escindirse de la responsabilidad administrativa porque, en su criterio, las resoluciones acusadas se profirieron para inculpar al IICA de comportamientos indebidos, lo que comportaba una falsa motivación y desviación de poder.

32. En este punto aseveró que *“la motivación íntima del Ministerio” con el procedimiento administrativo sancionatorio, fue “lograr que los funcionarios implicados pudieran mostrar algún tipo de diligencia ex post facto, en orden a morigerar en algo las consecuencias penales, fiscales y disciplinarias que sus intereses personales y negligencia les pudiera acarrear”*; lo que revela, además, que no era cierto lo señalado en los actos administrativos, de que era imposible para el MADR conocer los fraccionamientos y las falencias documentales de los proyectos por no haber sido informados por el IICA ni haber solicitado éste aclaración alguna sobre la forma de evaluar las propuestas o de interpretar los *“términos de referencia”*. Todo lo cual fue planteado en el proceso como desviación de poder.

33. Finalmente, reiteró que los supuestos de hecho que motivaron la imposición de la cláusula penal habían desaparecido, dado el reintegro de los subsidios al MADR, *“indebidamente indexados”*.

Trámite de segunda instancia

34. En la etapa de alegatos de conclusión, ambas partes reiteraron los argumentos planteados en curso del proceso.

El Ministerio Público no se pronunció.

III. CONSIDERACIONES

El objeto de la apelación

35. Fundada en los reproches planteados en el recurso de alzada, la Sala debe determinar, en primer lugar, la naturaleza y régimen jurídico del Convenio 055 de 2008; soportado en este referente normativo⁶ y contractual, pasará al análisis de los cargos de nulidad insistidos en la apelación.

⁶ *“El contrato, como expresión nítida que es de la autonomía de la voluntad, se rige por el principio “lex contractus, pacta sunt servanda”, consagrado positivamente en el artículo 1602 del Código Civil, por cuya inteligencia los contratos válidamente celebrados son ley para las partes y sólo pueden ser invalidados por consentimiento mutuo de quienes los celebran o por causas legales. En perfecta consonancia, el artículo 1603 de la misma obra, prescribe que los contratos deben ser ejecutados de buena fe y, por consiguiente, obligan no*

Motivación de la sentencia

- **Origen del Convenio 055 de 2008**

36. En el marco de la Ley 1151 de 2007 -Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010- se estableció como uno de los objetivos de la acción estatal, el “[d]esarrollo en ciencia, tecnología e innovación, con fortalecimiento empresarial, especialmente en el sector agropecuario y en el marco del emprendimiento y la competitividad”⁷; objetivo que, de forma concomitante, fue incluido entre los programas de inversión a ser ejecutados, según registra el art. 6 ib.

37. El capítulo destinado a “consolidar el crecimiento y mejorar la competitividad del sector agropecuario”⁸ definió como un mecanismo para la ejecución de tal política, la creación del Programa Agro Ingreso Seguro –AIS–; su diseño se orientó a incrementar la productividad de manera sostenida, para lo cual era “necesario mejorar la disponibilidad, el acceso y uso de factores básicos de producción (suelo y agua)”, entre otras medidas.

38. Simultáneamente con la adopción de este Plan, se surtió el trámite legislativo que condujo a la expedición de la Ley 1133 de 2007, por cuya virtud “se crea e implementa el programa Agro Ingreso Seguro - AIS”. El objeto de esta norma consistió en “proteger los ingresos de los productores que resulten afectados, ante las distorsiones derivadas de los mercados externos y a mejorar la competitividad de todo el sector agropecuario nacional, con ocasión de la internacionalización de la economía” (art. 1), “en concordancia con la agenda interna de productividad y competitividad, la apuesta exportadora del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural (MADR), y en coordinación con las instituciones del orden territorial” (art. 2).

39. Dos componentes integraron el programa AIS⁹, el de apoyos económicos directos, como una ayuda para proteger los ingresos de los productores durante un periodo de transición y, el de apoyos a la competitividad dirigido a preparar el sector agropecuario ante su proceso de internacionalización, mejoramiento de la productividad y adelantar planes de reconversión en todo el sector agropecuario. Para estos efectos, la ley señaló que los apoyos económicos directos o los incentivos se entregarían dentro del ejercicio de una política pública en la que se debía seleccionar de manera objetiva el sector, el valor de los incentivos y las condiciones a cumplir por quien aspirara a convertirse en beneficiario¹⁰.

40. El segundo de tales componentes debía ejecutarse a través de tres instrumentos; uno de ellos, el denominado “incentivos a la productividad”, dirigido a

sólo a lo en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación o que por ley le pertenecen a ella sin cláusula especial. La inobservancia o violación de estos principios, que suponen el carácter y la fuerza vinculante para las partes y con efectos frente a terceros de un contrato existente y válido, como fuente de obligaciones que es (art. 1494 C.C.), con el consiguiente deber de tener en cuenta en su ejecución las exigencias éticas y de mutua confianza, hace caer en responsabilidad a la parte que comete la infracción al contenido del título obligacional. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P Ruth Stella Correa, 22 de julio de 2009, rad. 23001233100019970876301 (17552).

⁷ Literal d) del artículo 1° de la Ley 1151 de 2007

⁸ Núm. 4.3 del art. 6 ib.

⁹ Artículo 3 de la ley 1133 de 2007.

¹⁰ Parágrafo 1 del art. 3° ib.

fortalecer la asistencia técnica, el desarrollo y transferencia de tecnología, promover las buenas prácticas del sector y la asociatividad entre productores, y el cofinanciamiento en la adecuación de tierras e infraestructura de riego y drenaje¹¹.

- ***Etapas precontractual del Convenio 055 de 2008***

41. El vehículo de realización del subcomponente *“incentivos a la productividad”*, fue la plataforma para la suscripción del Convenio 055 del 10 de enero de 2008. A partir de dicho fundamento se desplegó la etapa de formación del negocio jurídico, entre cuyas manifestaciones y actividades se destacan las siguientes -en orden a la determinación del alcance y tipo de acuerdo que las partes pretendieron celebrar-.

42. En primer lugar, están los Términos de Referencia, cuyo objeto consistió en *“suscribir un convenio especial de cooperación científica y tecnológica entre el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural –INCODER, y el Instituto Interamericano de Cooperación para la Agricultura –IICA, para la implementación, desarrollo y ejecución de la convocatoria pública de riego y drenaje”*¹²; documento a través del cual el Gobierno Nacional, por conducto del MADR, estableció los antecedentes, bases normativas, objetivos y términos generales a través de los cuales, tres actores –el MADR, el INCODER y el IICA– sumarían esfuerzos para ejecutar la política pública de riego y drenaje en el sector agropecuario.

43. En su contenido, se expuso la necesidad de adoptar un esquema de ayudas económicas que permitiera a los productores nacionales encarar los desafíos del proceso de integración económica de Colombia, ante la negociación de tratados bilaterales de libre comercio. Planteó que el *“Gobierno y los productores deben hacer esfuerzos coordinados para mejorar los niveles de competitividad y productividad”* del sector y, por ello, iniciaría un proceso de transición que demandaba grandes transformaciones del agro colombiano, en este caso, relativas al mejoramiento de la infraestructura de riego y drenaje.

44. El citado documento, al referirse al Instituto Interamericano de Cooperación para la Agricultura (IICA) indicó que, como lo que se pretende es impulsar el desarrollo tecnológico del sector agropecuario a través de la implementación de proyectos con técnicas en sistemas de riego, la consecución de tales propósitos entre el MINISTERIO y el INCODER resultaba posible *“con la colaboración científica y tecnológica de una organización con personal calificado que disponga de una amplia experiencia en las diferentes disciplinas involucradas en la implementación de esta política pública y que cuente con las herramientas adecuadas para garantizar la oportunidad, confiabilidad y eficacia en la obtención de resultados positivos”*; en torno a su escogencia, agregó lo siguiente:

“(…) se recuerda que por virtud de la adhesión al Acuerdo Básico sobre Privilegios e Inmunidades del 27 de septiembre de 1967, cuya vigencia en el país data del 1 de febrero de 1968, el Gobierno Nacional le reconoció a el IICA, en razón de su personería jurídica, la

¹¹ El artículo 5 ídem estableció los 3 instrumentos con los que se ejecutaría el componente de apoyos a la competitividad: (i) Incentivos a la productividad; (ii) Apoyo a través de crédito; y (iii) Apoyo a la comercialización.

¹² Fl. 45, 46 y 47 del c. de p. 3

capacidad de contratar y suscribir convenios de cooperación en la República de Colombia. Así mismo, que Colombia es suscriptora de la Nueva Convención del 9 de marzo de 1978, a través de la cual se creó el nuevo Instituto Interamericano de Cooperación para la Agricultura- IICA, la cual fue ratificada por el Gobierno Colombiano el 6 de marzo de 1980.

Al analizar las condiciones particulares del IICA, se advierte que esta es una entidad especializada que tiene como fines fundamentales el desarrollo agrícola y el bienestar rural, para lo cual cuenta con profesionales de reconocida idoneidad y amplia experiencia en el contexto latinoamericano y local, capaces de asegurar resultados eficientes en el mejoramiento de las condiciones del campo. Igualmente, que el IICA ha venido contribuyendo a la reactivación y el progreso del sector agropecuario y pesquero Colombiano, y a su consolidación como fuente de crecimiento económico y desarrollo social, a través de la ejecución de múltiples convenios de cooperación, cuyos resultados han sido satisfactorios (...)."

45. Unido al anterior, en un segundo documento denominado *"Justificación Técnica"* (fl. 34 al 44 del c. de p. 3) el Ministerio, además de reiterar los objetivos, bases legales y competencias de las entidades atrás referidas, agregó:

"[t]eniendo en cuenta que en Colombia existen limitantes con respecto a la disponibilidad y el manejo del recurso hídrico, la construcción de sistemas de riego y drenaje y la mejora en la tecnología actual resultan indispensables para promover un incremento en la productividad y en la competitividad del sector agropecuario nacional. Es por esta razón que el Gobierno Nacional (...) quiere fomentar la inversión y la introducción de nuevas tecnologías, mediante la realización de una convocatoria pública que le permita a todos los productores agropecuarios, presentar proyectos de construcción y/o rehabilitación de sistemas de riego y drenaje, que requieren cofinanciación para su ejecución".¹³

46. Afirmó la conveniencia de celebrar un convenio de cooperación con un organismo de reconocida idoneidad y experiencia -el IICA- para que mediante la unión de esfuerzos se asegure la correcta implementación y ejecución de la *Convocatoria Pública de Riego y Drenaje*. Acerca de dicha cooperación, destacó que ésta:

"resulta posible de conformidad con lo previsto en el artículo 1 del Decreto Extraordinario 393 de 1991, en concordancia con lo dispuesto en el decreto 591 de 1991 (...). Así mismo, tal facultad está consagrada en el artículo 96 de la ley 489 de 1998 que establece que las entidades estatales pueden celebrar convenios de asociación con personas jurídicas particulares, que tengan por objeto el desarrollo de actividades relacionadas con los cometidos y las funciones que les han sido asignadas. Valga recordar que según el literal d) del artículo 24, de la Ley 80 de 1993, los convenios que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas no requieren de la escogencia del contratista a través de licitación o concursos públicos.

Expuesto lo anterior, resulta procedente indicar que mediante la realización de la Convocatoria Pública de Riego y Drenaje, se pretende impulsar el desarrollo tecnológico del sector agropecuario colombiano a través de la implementación de nuevas técnicas en sistema de riego que permitan una profunda transformación del aparato productivo agropecuario (...)."

Este documento hace parte de los términos de referencia¹⁴ y corresponde al capítulo que lleva su nombre.

¹³ Fl. 35 del c. de p. 3.

¹⁴ Si bien estos dos documentos –Términos de Referencia y Justificación Técnica– se encuentran incorporados al expediente de forma independiente, pues entre ellos median folios de otros asuntos, la secuencia que existe entre ambos, incluso numérica, y las temáticas que los hilan permiten a la Sala advertir que se trata de un sólo documento con estos dos capítulos. Así, los *Términos de Referencia* desarrollaron el numeral 1 relativo a los antecedentes, y el 2 relacionado con la justificación del convenio; seguidamente, en el documento de *"Justificación técnica"*, se continuó con el numeral 3, objeto del convenio; el 4 con los objetivos específicos; el 5 con las Obligaciones del IICA; en el 6 las Obligaciones del Ministerio; 7 las Obligaciones del INCODER; 8 Comité

47. En tercer lugar, obra el memorando del 17 de noviembre de 2007¹⁵ dirigido a la Oficina Jurídica del MADR, en el cual la Dirección de Desarrollo Rural de esa cartera expuso las razones de suscribir un convenio con el IICA, indicando para ello que Colombia es suscriptora de la Convención del 9 de marzo de 1978 que creó el nuevo Instituto Interamericano de Cooperación para la Agricultura IICA. Tal Dirección certificó *“que el IICA es una entidad idónea para la ejecución del convenio de cooperación científica y tecnológica que se propone entre el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, y el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural INCODER para la implementación, desarrollo y ejecución de la convocatoria pública de riego y drenaje”*.

48. Un cuarto documento corresponde a la comunicación del 22 de noviembre de 2007, recibido en el Ministerio de Agricultura en la misma fecha, en la que el Representante Legal del IICA en Colombia remitió los documentos solicitados para viabilizar la celebración del Convenio; entre los que se destacan:

(i) Constancia del Ministerio de Relaciones Exteriores -Dirección de Protocolo- expedida el 31 de octubre de 2007, que certifica la suscripción y vigencia del *“Acuerdo Básico entre el Gobierno de la República de Colombia y el Instituto Interamericano de Ciencias Agrícolas”* sobre Privilegios e Inmunidades del Instituto, actualmente denominado Instituto Interamericano de Cooperación para la Agricultura - IICA. A su vez, certificó el nombre del funcionario representante acreditado para ese Instituto en Colombia¹⁶.

(ii) Certificaciones expedidas por el representante legal del IICA el 1 de noviembre de 2007 en las que consta: (a) que ese Instituto no es sujeto de expedición del certificado de antecedentes¹⁷ y, (b) que se encuentra a paz y salvo por concepto de aportes parafiscales y seguridad social¹⁸.

(iii) Copia del poder general otorgado por el IICA al funcionario designado para actuar como su representante legal en Colombia.

49. Posteriormente, el citado Instituto emitió el documento de *“conformidad a los Términos de Referencia para suscribir un convenio especial de cooperación científica y tecnológica”*, el 17 de diciembre de 2007¹⁹.

50. Obra un documento adicional, de la misma fecha, en el que el IICA certificó que la contrapartida que ese Instituto asumía para la ejecución del convenio especial correspondía a cuatrocientos veintiocho millones de pesos (\$428´000.000)²⁰, de los cuales \$286´000.000 constituían aporte en *“personal de Cooperación Técnica, representados en el pago de los honorarios de 10 técnicos regionales y sus gastos de movilización local durante 11 meses, quienes realizarán el soporte regional del*

Administrativo; 9 Comité Interventor; 10 duración; 11 monto y desembolsos; y 12, garantía única de cumplimiento.

¹⁵ Fl. 108 del c. de p. 3.

¹⁶ Fl. 3 del c. de p. 3.

¹⁷ Fl. 5 del c. de p. 3.

¹⁸ Fl. 28 del c. de p. 3.

¹⁹ Fl. 102 del c. de p. 3.

²⁰ Fl. 101 del c. de p. 3.

Programa Agro Ingreso Seguro". Y la suma de \$142'000.000, "*correspondiente a los puestos de trabajo y comunicaciones de la unidad ejecutora central del Programa Agro Ingreso Seguro que operará en las instalaciones del IICA*".

51. Se acordó que el valor total del Convenio era "*entendido como la suma de dinero que se comprometen a aportar las partes para la ejecución del objeto del mismo [y] asciende a la suma de CIENTO CUARENTA MIL CUATROCIENTOS VEINTIOCHO MILLONES DE PESOS (\$140'428.0000.000)* (núm. 11, documento de justificación técnica). El Ministerio de Agricultura aportaría "*la suma de sesenta mil millones de pesos (\$60'000.000.000) del presupuesto de la vigencia fiscal de 2008 y ochenta mil millones de pesos (\$80'000.000.000) de pesos del presupuesto de la vigencia fiscal 2009 (...)*"; y el INCODER destinaría "*la suma de diez mil millones de pesos (\$10'.000.000.000) de su presupuesto para la vigencia fiscal 2008 los cuales no ingresarán al presente convenio para la adjudicación del subsidio para la realización de obras de adecuación de tierras, los cuales les serán entregados directamente por dicha entidad a los productores que resulten beneficiarios como resultado de la Convocatoria Pública de Riego y Drenaje (...)*"²¹.

52. Finalmente, entre los documentos internos del Ministerio, se encuentra la certificación de aprobación de cupo de vigencias futuras para el proyecto 108 – Apoyo Agro Ingreso Seguro Nacional, emitido el 9 de enero de 2008 por la Dirección Nacional de Presupuesto Público Nacional del Ministerio de Hacienda; y, el CDP No. 105 de la misma fecha, por \$80.000'000.000 para amparar dicho convenio²².

- ***El Convenio 055 de 2008 – naturaleza y régimen jurídico***

53. Las necesidades, objeto y finalidades que perseguía la Administración, registradas en los documentos precontractuales, revelan que dicho acuerdo se conformó bajo la tipología de los denominados *convenios especiales*. Ello es así, al advertir que esta forma negocial corresponde al instrumento que expresa el interés de los suscribientes en sumar esfuerzos para el logro de un objetivo común, y materializa los fines que le son propios a cada uno de ellos; además, en este escenario, la Sala desataca que las partes se comprometen a efectuar aportes para colaborar con los objetivos compartidos, sin que entre ellos exista una remuneración por el cumplimiento de las obligaciones pactadas.

54. El interés jurídico vertido en el convenio especial, incluida la existencia de aportes (que difiere del interés patrimonial propio de los contratos) perfila este modelo de negocio bajo un *criterio de asociación*, distinto al *criterio de conmutatividad* que atañe a la relación jurídica que se cierra entre contratante y contratista, donde esta última encierra una reciprocidad de obligaciones "*do ut des*" que se expresa en la contraprestación económica pactada y que, ciertamente, difiere del interés de cooperar. Por su especial connotación y por la interrelación paritaria de los suscribientes, los convenios especiales están excluidos de la aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y, en consecuencia, por mandato legal, su régimen le pertenece al derecho privado.

²¹ Fl. 75, reverso, ib.

²² Fl. 103 a 106 lb.

55. Conforme a este primer elemento de análisis, resulta un desacierto que el *a quo* hubiese entendido que la conmutatividad se construye a partir de la existencia de obligaciones a cargo de cada uno de los suscribientes, y que las del IICA, al no ser una *“mera liberalidad, ni una causa gratuita, sino una contraprestación efectiva, asegurada patrimonialmente”*, confirmaban ese carácter conmutativo. Tal postura lleva a confundir dos conceptos bien diferenciados en el ámbito de los contratos y las convenciones: el carácter bilateral y el carácter conmutativo que éstos pueden revestir. Valga aclarar que, en negocios jurídicos como el que aquí se analiza, la noción de bilateralidad a la que se refiere el Código Civil, en el capítulo relativo a la clasificación de los contratos, debe entenderse ampliada al calificativo de *plurilateral* cuando son más de dos partes las que se obligan.

En efecto, el Convenio 055 de 2008 es de naturaleza plurilateral, representativa de aquellos negocios jurídicos en *“que las prestaciones de todos los sujetos involucrados están enderezadas a la obtención de un propósito que es común”*²³, concepto al que, realmente, se refería el *a quo* en su argumentación; pero no comparte las notas distintivas de los negocios jurídicos conmutativos que el citado estatuto civil define, al señalar que el *“contrato oneroso es conmutativo, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez”* (art. 1498 del C.C.) (se subraya).

56. Bajo esta precisión, el Tribunal minimizó el hecho de que en el Convenio 055 no existía conmutatividad –de cara al valor y forma de los aportes, a los que desde los términos de referencia se comprometieron las partes, tal como fue pactado– y, aun así, indicara que siendo un contrato conmutativo no podía escapar a las reglas de la Ley 80 de 1993 porque se trató de un acto generador de obligaciones. Esta postura carece de suficiencia por sí misma, en tanto los convenios al igual que los contratos son actos generadores de obligaciones, pero la diferencia capital entre unos y otros, es la ausencia o presencia de obligaciones conmutativas, dentro de las que se encuentran precisamente las contraprestaciones –como la remuneración–.

57. Esta perspectiva de análisis, asociada exclusivamente a la existencia de aportes y no de una retribución a favor del IICA, impone a la Sala apartarse, desde ahora, de las conclusiones a las que arribó el *a quo* en torno a la connotación de contrato, y no de convenio, con la que calificó y examinó el negocio jurídico *sub lite*, en tanto a partir de ese yerro proyectó la solución de la controversia respecto de una tipología negocial que no fue la querida ni la acordada, y que, a su vez, desconoció el régimen jurídico bajo el cual debía juzgarse el conflicto.

58. Ahora, la caracterización de *convenio especial de ciencia y tecnología* se hace relevante de cara al análisis de los actos enjuiciados, en tanto marca los linderos y la distinción entre la existencia o no de un acto administrativo, define la competencia en su expedición, así como el tratamiento legal que le corresponde en sede de control judicial. Para desarrollar este aserto, se impone examinar el Convenio 055

²³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 26 de agosto de 2011, rad. 05001-3103-016-2002-00007-01. M.P. Arturo Solarte Rodríguez.

del 10 de enero de 2008 desde la conjunción de voluntades que llevó a su nacimiento, con proyección directa en el objeto, sujetos y estructura obligacional pactada.

59. Como atrás quedó visto, el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, en conjunto con el INCORA, determinaron unir sus esfuerzos y competencias bajo el común designio de cumplir las funciones atribuidas en las leyes 1133 de 2007 y 1152 de 2007²⁴, con la finalidad de definir, implementar, desarrollar y ejecutar una convocatoria pública para la selección de proyectos de construcción y rehabilitación de sistemas de riego y drenaje, en los términos del programa AIS.

60. A la par, se convocó la participación del Instituto Interamericano de Cooperación para la Agricultura – IICA, organismo internacional especializado²⁵ en agricultura cuyo objetivo es *estimular, promover y apoyar los esfuerzos de los Estados Miembros para lograr su desarrollo agrícola y bienestar rural*; de suerte que como el programa AIS estaba dirigido a tecnificar el sector agropecuario nacional a través de la implementación de sistemas de riego, a esta apuesta se uniría dicho organismo en tanto su cooperación y experiencia permitía abonar en mejores condiciones de competitividad para los productos nacionales, según lo definieron las entidades públicas citadas.

61. Por esta vía, dos entidades nacionales propusieron a un sujeto de derecho internacional, el IICA, participar en un *Convenio especial de cooperación científica y tecnológica* para la implementación, desarrollo y ejecución de la convocatoria pública de riego y drenaje, con el propósito de materializar la política pública fijada con origen la Ley 1151 de 2007.

62. Entonces, cuando el Estado Colombiano convocó la cooperación del IICA, lo hizo bajo los instrumentos internacionales suscritos y ratificados por Colombia, al tratarse del organismo especializado en agricultura en el Sistema Interamericano de la Organización de Estados Americanos – OEA, establecido a través de un tratado internacional cuyos Estados parte son los miembros de la misma²⁶.

63. Valga señalar que Colombia suscribió el 23 de julio de 1948 la “*Convención Sobre el Instituto Interamericano de Ciencias Agrícolas*”, ratificada el 15 de julio de 1952; a su turno, el 6 de marzo de 1979, los Estados miembros del Instituto Interamericano de Ciencias Agrícolas pactaron la “*Convención sobre el Instituto Interamericano de Cooperación para la Agricultura*”, suscrita por Colombia el 3 de junio de 1979 y ratificada el 28 de enero de 1980²⁷.

²⁴ Norma que fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-175 de 2009 por omisión del deber de adelantar la consulta previa ante las comunidades indígenas y afrodescendientes.

²⁵ Estos organismos “*constituyen formas institucionalizadas de cooperación entre los Estados, que se establecen con el fin de alcanzar ciertos objetivos comunes. Para ello, los Estados pueden crear, mediante un acuerdo multilateral, entidades internacionales, con personalidad jurídica propia y dotadas de órganos permanentes, a las que atribuyen ciertas competencias o poderes jurídicos, con el fin de dotarlas de las herramientas necesarias para la consecución de los fines perseguidos*”. Corte Constitucional, Sentencia T-883 del 25 de agosto de 2005. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

²⁶ El IICA es un organismo especializado dentro del Capítulo XVIII de la Carta de la OEA y se estableció por medio de un tratado interamericano multilateral entre sus miembros.

²⁷ Viene bien precisar que la Carta Política en su artículo 65 atribuyó rango constitucional al desarrollo de las actividades agrícolas y a la transferencia de tecnología en la producción agropecuaria, incluyendo en tal propósito las actividades destinadas a mejorar su infraestructura física y adecuación de tierras, entre otros

64. El propósito de tal unión fue concordante con las disposiciones contenidas en la citada Convención sobre el IICA, cuyo artículo 3 establece que “[l]os fines del Instituto son estimular, promover y apoyar los esfuerzos de los Estados Miembros para lograr su desarrollo agrícola y bienestar rural”. Seguidamente, en el art. 4, estableció sus funciones en los siguientes términos:

Artículo 4. Para alcanzar sus fines el Instituto tendrá las siguientes funciones:

- a. **Promover el fortalecimiento de las instituciones nacionales de enseñanza, investigación y desarrollo rural, para impulsar el avance y la difusión de la ciencia y la tecnología aplicadas al progreso rural;**
- b. **Formular y ejecutar planes, programas, proyectos y actividades de acuerdo con los requerimientos de los gobiernos de los Estados Miembros, para contribuir al logro de los objetivos de sus políticas y programas de desarrollo agrícola y bienestar rural;**
- c. **Establecer y mantener relaciones de cooperación y de coordinación con la Organización de los Estados Americanos y con otros organismos o programas, y con entidades gubernamentales y no gubernamentales que persigan objetivos similares, y**
- d. **Actuar como órgano de consulta, ejecución técnica y administración de programas y proyectos en el sector agrícola, mediante acuerdos con la Organización de los Estados Americanos, o con organismos y entidades nacionales, interamericanos o internacionales.**

65. Este contexto tiene plena relevancia, en tanto las actividades de promoción asistencia y administración que las entidades nacionales solicitaron al IICA, se erigieron en la justificación que llevó a este organismo a aceptar ser parte del convenio propuesto y que, para los efectos, gestionara las autorizaciones necesarias para comprometerse y disponer de los recursos ofrecidos en la tarea de cooperar con el Estado Colombiano. Se recordará que ese Instituto expresó su “conformidad” con los términos de referencia, incluida la justificación técnica del convenio, y con tal manifestación constató que las actividades requeridas por el Estado miembro estaban enmarcadas en sus objetivos, reglamentos y funciones.

66. Así, el interés plasmado como base de la suscripción de un *convenio especial* en los términos propuestos, fue el móvil de la celebración del Convenio 055 de 2008 para el IICA, lo que impide que el Estado Colombiano, a través de algunos de sus órganos o ramas, pueda variar o reinterpretar *a posteriori* las que fueron sus causas²⁸, pues ellas entrañan su manifestación de voluntad en orden a la activación de los instrumentos internacionales anotados. De modo que no se corresponde con la ruta de este examen judicial que se deje entrever un argumento que

deberes a cargo del Estado. Mandato que debe ser leído en clave de integración con los tratados y convenciones internacionales suscritos por el Estado Colombiano, como lo prevé el inciso segundo del art. 93 superior.

²⁸ En la teoría de la *causa de las obligaciones contractuales*, la doctrina especializada ha precisado que el concepto de *causa jurídica* se aproxima al concepto de *causa final*, entendiendo que este elemento hace presencia en todos los actos y contratos, pues “*siempre que una persona se obliga, lo hace en vista de un fin inmediato y directo que la determina a hacer nacer la obligación*”, y allí anida la causa; se trata de la respuesta a la pregunta: *¿cur promissit?* o ¿por qué se obliga el deudor? COLINT Y CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. II. París, Dalloz, 1939, núm. 57.

indirectamente autorizara el análisis de un vicio de formación de este negocio jurídico, no aducido, y por tanto inexistente en el contexto de su celebración.

67. Lo anterior permite dejar expuesto un primer argumento que constata la celebración de un convenio especial que, por sus elementos, interés jurídico y aportes, quedó configurado desde el escenario mismo de su formación; conclusión que para el caso concreto, impide al juez alterar o reeditar el tipo de negocio jurídico celebrado porque tal ejercicio interpretativo no se ubica en la hipótesis legal que autoriza la *conversión* de los actos y negocios jurídicos.

68. La conversión, es un fenómeno que desarrolla el principio de conservación de los negocios jurídicos por cuya inteligencia se dota de eficacia aquella manifestación de voluntad que permita desatar los efectos perseguidos por las partes para lograr el cumplimiento de la función jurídica que el acto o el contrato, en sentido amplio, pretendieron generar en el tráfico jurídico. En este sentido, cuando uno de los elementos esenciales del negocio jurídico no se acompasa con el entendimiento y desarrollo que del mismo hacen las partes -al punto que se puede desnaturalizar lo convenido- la forma que el estatuto civil estableció para remediar tal circunstancia y para afirmar la autonomía de voluntad de los contrayentes, corresponde a la *conversión* del acto o contrato.

69. El artículo 1501 del C.C., al distinguir en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza y las puramente accidentales dispone que son *“de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente”*. En estos casos, para evitar que la falta de alguno de los elementos esenciales (*essentialia negotii*) derive en la ineficacia del acuerdo, se admite la *degeneración* del contrato en otro distinto; es decir, se trata de un mecanismo que basado en el descubrimiento de la real voluntad de las partes, autoriza a adecuarlo cuando ésta no se corresponde con lo plasmado en el pacto.

70. La doctrina nacional más destacada ha precisado los contornos de esta figura; al respecto, ha indicado lo siguiente:

“el único terreno en que se puede dar la conversión de que se trata es, según expresamente lo declara el artículo 1501 de nuestro Código Civil, aquel en que un acto jurídico que reúne los elementos esenciales como tal suscita la cuestión de si, catalogado en un tipo específico, debe tenerse por inexistente e ineficaz por carecer de alguno de los elementos también esenciales de tal tipo; o sí, por el contrario, al ubicarlo en otro tipo clase, se convierte en un acto jurídico perfecto, válido y eficaz. Frente a ese dilema, el citado artículo 1501 aconseja la conversión, siempre y cuando que esta no contrarie la real voluntad de los agentes (...)”²⁹.

71. Por lo anterior y para el caso concreto, la realización de un ejercicio semejante como el efectuado por el Tribunal carece de las características que autorizan el instituto de la conversión, no sólo porque el yerro en el carácter conmutativo del convenio 055 fue el que llevó a desconocer la presencia de un convenio especial y, en cambio, a entenderlo como un contrato sometido a la ley de contratación pública, sino porque, además, tal razonamiento modificaba el régimen legal del negocio

²⁹ OSPINA FERNÁNDEZ Guillermo y OSPINA ACOSTA Eduardo. *“Teoría general del contrato y del negocio jurídico”*, séptima edición, Editorial Temis, 2022, pág. 480.

jurídico de privado a público –como ya se advirtió, sin fundamento– propiciando efectos que incluso habrían podido derivar en la nulidad de convenio mismo, hipótesis para la cual no está disponible la figura de la conversión.

72. Dado que el negocio jurídico analizado no requería de alguna forma de readecuación, la interpretación del *a quo* fue un ejercicio forzado que desconoció una de las características que distinguen los contratos de los convenios -cualquiera sea su especie-, como es el carácter conmutativo y oneroso de los primeros, frente al carácter funcional y de cooperación de los segundos que se distinguen por los aportes efectuados y los fines comprometidos.

73. Un segundo análisis que corrobora que el negocio jurídico *sub lite* corresponde a un convenio especial de *cooperación*, surge del análisis del objeto y cláusulas de dicho acuerdo, referidas puntualmente al desarrollo de actividades de *ciencia y tecnología*. La plataforma para avanzar en este examen impone precisar el marco normativo que desarrolla y define tales actividades; contexto que, dada su estirpe técnica, impulsó al legislador a expedir normas especiales con las que precisó su alcance y contenido³⁰.

74. La Ley 29 de 1990 cuyo objeto es “*promover y orientar el adelanto científico y tecnológico*” del país (art. 1) estableció que “[l]a acción del Estado en esta materia se dirigirá a crear condiciones favorables para la generación de conocimiento científico y tecnología nacionales (...)” entre otras actividades que, en general, “se orientaron a el (sic) mejoramiento de la vida y la cultura del pueblo” (art. 2º) (se subraya).

75. A su turno, con base en las facultades otorgadas en el artículo 11 de dicha norma, se expidió el Decreto ley 393 de 1991, en el que se definió como una de las modalidades de asociación para adelantar actividades científicas y tecnológicas, la celebración de *convenios especiales de cooperación*. Entre los propósitos que puede albergar este tipo de instrumento (art. 2) se encuentra “*aplicar y adaptar tecnologías nacionales o extranjeras*” (lit. f); y, se precisó que su régimen corresponde al derecho privado (art. 7³¹).

76. Luego, con la expedición del Decreto ley 591 de 1991 fueron reguladas las modalidades específicas de contratos para el fomento de actividades científicas y tecnológicas; esta norma fue derogada expresamente por el artículo 81 de la Ley

³⁰ El artículo 28 del Código Civil, establece: “*Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal.*”

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

1. No existirá régimen de solidaridad entre las personas que lo celebren, pues cada una responderá por las obligaciones que específicamente asume en virtud del convenio.
2. Se precisará la propiedad de todos los resultados que se obtengan y los derechos de las partes sobre los mismos.
3. Se definirán las obligaciones contractuales, especialmente de orden laboral, que asumen cada una de las partes.
4. El manejo de recursos aportados para la ejecución del convenio podrá efectuarse mediante encargo fiduciario o cualquier otro sistema de administración.
5. Estos convenios se regirán por las normas del Derecho Privado”.

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

80 de 1993, salvo los artículos 2, 8, 9, 17 y 19, preservándose la vigencia de estas últimas disposiciones, al igual que se conservó vigente el Decreto ley 393 de 1991, como fue precisado por la Corte Constitucional en sentencia C-316 del 13 de julio de 1995³².

77. En el artículo 2 del Decreto ley 591 de 1991 se define qué se entiende por actividades de ciencia y tecnología, así:

“Artículo 2.- Para los efectos del presente Decreto, entiéndese por actividades científicas y tecnológicas las siguientes:

- 1. Investigación científica y desarrollo tecnológico, desarrollo de nuevos productos y procesos, creación y apoyo a centros científicos y tecnológicos y conformación de redes de investigación e información.*
- 2. Difusión científica y tecnológica, esto es, información, publicación, divulgación y asesoría en ciencia y tecnología.*
- 3. Servicios científicos y tecnológicos que se refieren a la realización de planes, estudios, estadísticas y censos de ciencia y tecnología; a la homologación, normalización, metodología, certificación y control de calidad; a la prospección de recursos, inventario de recursos terrestres y ordenamiento territorial; a la promoción científica y tecnológica; a la realización de seminarios, congresos y talleres de ciencia y tecnología, así como a la promoción y gestión de sistemas de calidad total y de evaluación tecnológica.*
- 4. Proyectos de innovación que incorporen tecnología, creación, generación, apropiación y adaptación de la misma, así como la creación y el apoyo a incubadoras de empresas, a parques tecnológicos y a empresas de base tecnológica.*
- 5. Transferencia tecnológica que comprende la negociación, apropiación, desagregación, asimilación, adaptación y aplicación de nuevas tecnologías nacionales o extranjeras.*
- 6. Cooperación científica y tecnológica nacional e internacional” (se subraya).*

78. Se desprende de esta disposición que el catálogo que describe las actividades de *ciencia y tecnología*, distingue e incluye actividades específicas de innovación como parte de su descripción legal, sin que aquellas que representan este último referente -el de innovación- desplacen los contenidos propios asociados a los factores de asesoría, metodología, cooperación y desarrollo en tecnología; esto para evitar la distorsión que puede representar asimilar ambos conceptos pues, aunque pueden estar relacionados -innovación y tecnología- no se corresponden ni abarcan los mismos ámbitos y características³³.

79. Por su parte, el artículo 17 del citado DL 591 de 1991 establece, lo siguiente:

“Artículo 17.- Para adelantar actividades científicas o tecnológicas la Nación y sus entidades descentralizadas podrán celebrar con los particulares y con otras entidades públicas de cualquier orden convenios especiales de cooperación. En virtud de estos convenios, las

³² En dicha sentencia, la Corte Constitucional precisó que “... el decreto 393 no constituye propiamente un estatuto de contratación. Simplemente prevé entre los mecanismos de asociación para el fomento de la investigación uno especial consistente en la celebración de convenios de cooperación; de ahí la razón por la cual la ley 80 de 1993 no se ocupó de derogar tal reglamentación...”. Al lado de lo cual su vigencia normativa fue reconocida por la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación bajo el radicado 11001-03-06-000-2010-00058-00 del 8 de julio de 2010.

³³ El Manual de Oslo, en el subcapítulo atinente a “Manuales para la medición de actividades de ciencia y tecnología” expresa que “[l]os datos sobre la I+D se recogen a través de encuestas nacionales, siguiendo las directrices del Manual de Frascati (OCDE, 2002). Esta información ha demostrado ser muy valiosa en diferentes estudios: por ejemplo, los efectos de la I+D en la productividad han sido estimados a través de técnicas econométricas, para los niveles macro, meso y microeconómicos. Ahora bien, estos datos tienen dos limitaciones principales. La I+D es un recurso que no mide el cambio tecnológico a pesar de que ambos conceptos estén claramente relacionados. La segunda es que la I+D no recoge todos los esfuerzos de las empresas y los gobiernos, ya que hay otras fuentes de cambio técnico, como el “aprender haciendo” (learning-by-doing), que no están incluidos en la limitada definición de I+D”. Visible en <https://www.madrid.org/bvirtual/BVCM001708.pdf>, pág. 26.

personas que los celebran aportan recursos en dinero, en especie o de industria, para facilitar, fomentar o desarrollar alguna de las actividades científicas o tecnológicas previstas en el artículo 2o. de este Decreto”.

80. Bajo estos fundamentos normativos, la Sala pasa a analizar las obligaciones contraídas bajo el Convenio 055 de 2008, con el fin de constatar su correspondencia con las actividades de ciencia y tecnología a la luz de las disposiciones que integran el marco legal atrás precisado. Se advierte que tal análisis resultaría parcial si se limitara a confrontar el *concepto vs. la obligación*, estándar que se completa sólo si el examen se acompaña de la indicación de las actividades materialmente ejecutadas por el IICA en desarrollo de la convocatoria a la que apuntó el acuerdo alcanzado.

81. Para iniciar, se tiene que el objeto del Convenio 055 de 2008 consistió en la *“cooperación científica y tecnológica entre EL MINISTERIO, EL INCODER y EL IICA, mediante la unión de esfuerzos, recursos, tecnología y capacidades, para la implementación, desarrollo y ejecución de la Convocatoria Pública de Riego y Drenaje, que permita la asignación de recursos del Programa Agro Ingreso Seguro - AIS, y del subsidio para la realización de obras de adecuación de tierras a que se refiere el artículo 92 de la ley 1152 de 2007”.*

82. Entre sus considerandos, quedó registrado que el interés que condujo a esa alianza residía en *“fomentar la inversión y la introducción de nuevas tecnologías, mediante la realización de una convocatoria pública que le permita a todos los productores agropecuarios presentar proyectos de construcción y/o rehabilitación de sistemas de riego y drenaje que requieren cofinanciación para su ejecución”* (10° consideración³⁴) (subraya añadida).

83. Sobre su ejecución, la cláusula segunda estableció que los *objetivos específicos* del Convenio consistían en *“1) implementar y operar la Convocatoria Pública de Riego y Drenaje; 2) Impulsar y adelantar todas las etapas necesarias para el correcto desarrollo de la Convocatoria Pública de Riego y Drenaje, incluyendo la apertura y el cierre del proceso de selección, la verificación de requisitos mínimos y formulación de requerimientos, la evaluación, calificación y selección de las iniciativas presentadas, la suscripción y cumplimiento de los acuerdos de financiamiento a que hubiera lugar, y la realización de la interventoría técnica, financiera, administrativa y legal de la ejecución de los proyectos correspondientes; y 3) Promover la cooperación científica y tecnológica en el ámbito nacional e internacional, a través de consultorías especializadas externas en temas de interés para el correcto desarrollo del Programa “Agro, Ingreso Seguro – AIS”.*

84. A su turno, la cláusula tercera estableció que éste se sujetaría al denominado *“Plan Operativo”* en el que se detallarían los objetivos propuestos, las actividades y los resultados o productos a entregar, los roles institucionales de las partes y la relación de costos y gastos por rubro. Además, en la cláusula cuarta, se acordó que la dirección, seguimiento y evaluación del Convenio estaría en cabeza de un *Comité*

³⁴ Fl. 78 del c. de p. 3.

Administrativo ³⁵ encargado, entre otros aspectos, de aprobar adiciones y modificaciones del Convenio y del Plan Operativo, rendir concepto sobre los informes de ejecución elaborados por el IICA y redistribuir los recursos destinados al financiamiento de cada uno de los rubros previstos en el Plan Operativo.

85. En lo atinente a las obligaciones del IICA, la cláusula sexta previó la de concurrir a la ejecución del convenio con su propio aporte y los de las demás partes, según lo dispuesto en el Plan Operativo; implementar y operar la convocatoria pública de riego y drenaje de conformidad con las disposiciones que sobre el particular expidieran el Ministerio y el Incoder; impulsar y adelantar todas las etapas de dicha convocatoria; adelantar la gestión financiera del proyecto, incluida la entrega de informes de los gastos y recursos de los fondos; vincular personal con las calidades profesionales y técnicas para el desarrollo de las actividades propias del convenio, y ejercer las labores de interventoría respectivas, entre otras.

86. Por su parte, el Ministerio de Agricultura se obligó, principalmente, a transferir los recursos estipulados en el Convenio, impartir las directrices correspondientes para su adecuado desarrollo, determinar e informar los criterios de política y entregar al IICA la información necesaria para la correcta ejecución del convenio y prestarle apoyo para su cumplimiento. El Incoder asumió la obligación de destinar los recursos comprometidos para la adjudicación directa de los subsidios para adecuación de tierras; determinar las condiciones y requisitos para implementar y operar la convocatoria pública de riego y drenaje, prestar el apoyo al IICA para el cumplimiento del convenio, y entregar la información necesaria para su correcta ejecución.

87. El valor total del convenio correspondió la suma de \$140.464'000.000, de los cuales el Ministerio de Agricultura aportaba \$60.000'000.000 con cargo a la vigencia fiscal 2008 y \$80.000'000.000 para la vigencia fiscal 2009. El IICA haría un aporte en especie equivalente a \$428'000.000, cuya distribución fue la detallada en comunicación enviada al Ministerio el 17 de diciembre de 2007 (personal de cooperación de 10 técnicos regionales y el valor de los puestos de trabajo de la unidad ejecutora central del programa); y, el Incoder destinaría \$10.000'000.000 para entregar los subsidios correspondientes a la adecuación de tierras, directamente a los productores beneficiarios.

88. Al revisar el Plan Operativo³⁶, que según la cláusula tercera definía la bitácora de las actividades y los roles que asumían las partes bajo el acuerdo alcanzado, se reiteró que el IICA tenía a su cargo la implementación y operación de la Convocatoria de Riego y Drenaje, en todas sus etapas, es decir, se constituía en el operador de la misma con el despliegue integral de las actividades indicadas en la cláusula sexta del Convenio; y, a su vez, recalcó los roles del MADR y del Incoder en orden a efectuar los aportes y determinar las condiciones y requisitos para la implementación y operación de la convocatoria.

³⁵ Encabezado por el Viceministro de Agricultura o su delegado, el Gerente general del Incoder o su delegado, el Director de Desarrollo Rural del Ministerio o su delegado y el representante de la oficina del IICA en Colombia o su delegado.

³⁶ Fl. 30 a 32 ambas caras, del c. de p. 3)

89. Para la Sala, el alcance de las obligaciones principales o características atrás referidas cumple con razonable criterio el primer eslabón de análisis a través del cual se constata que las actividades a ejecutar con ocasión del Convenio 055 de 2008 y, puntualmente, las que se establecieron a cargo del IICA, se enmarcaron en un instrumento de *cooperación de ciencia y tecnología*, a la luz de:

(i) Los fines del Instituto (Convención sobre el IICA) en tanto este organismo tiene por fin “*estimular, promover y apoyar los esfuerzos de los Estados Miembros para lograr su desarrollo agrícola*” y en este caso, la implementación y operación de la convocatoria de riego y drenaje en todas sus etapas fue el apoyo requerido por el Estado Colombiano; este último, como atrás quedó visto, definía e informaba al IICA los criterios de política pública que se debían ejecutar y las bases de ese especial proceso de selección para la cofinanciación de proyectos.

(ii) Las funciones del IICA (Convención sobre el IICA). Entre ellas se encuentra “*ejecutar planes, programas, proyectos y actividades de acuerdo con los requerimientos de los gobiernos de los Estados Miembros, para contribuir al logro de los objetivos de sus políticas y programas desarrollo agrícola y bienestar rural*”; actividad que, para el caso concreto, se enmarca en la *asesoría y ejecución* de una convocatoria pública en la que se desarrollarían los proyectos de riego, es decir, en clave de prestar sus servicios de asistencia técnica, operativa, metodológica y de administración, que fue el apoyo requerido³⁷ que, a su vez, se constituyó en la justificación de sus aportes.

(iii) La Ley 29 de 1990. Definió que “*la acción del Estado en esta materia se dirigirá a crear condiciones favorables para la generación de conocimiento científico y tecnología nacionales*”, de modo que la mentada Convocatoria, sin duda, es un instrumento que encuentra adecuación en tales actividades, en la medida que la generación y operación de un proceso de selección de proyectos para la construcción y/o rehabilitación de los sistemas de riego que carecen de tal tecnificación en el agro colombiano, sin duda, crea condiciones favorables para el sector.

(iv) Los decretos 393 y 591 de 1991. Al hilo de lo anterior, es certero que tal convocatoria y sus finalidades son consistentes con varias de las descripciones legales que definen las actividades de ciencia y tecnología, entre las cuales se destaca que puede tratarse de actividades de *desarrollo tecnológico* (núm. 1 del art. 2 del DL 591/91) lo que bien puede representar el aporte de experiencia y conocimiento de este tipo de procesos de selección al que se comprometió el IICA, al igual que la *asesoría y la extensión de tecnología nacional* (núm. 5 ib.).

90. Así, la cooperación acordada giró en torno a la *implementación, desarrollo y ejecución de la convocatoria pública de riego y drenaje*, que se debía concretar

³⁷ Se aclara que el ámbito de implementación de dicha convocatoria no trató acerca de la generación de proyectos de *innovación o tecnología* por las partes del convenio. La colaboración de ese Instituto fue cooperar a través de sus funciones como “*órgano de ejecución técnica y administración de programas en el sector agrícola, mediante acuerdos con (...) organismos y entidades nacionales, interamericanas o internacionales*”, entre otras.

mediante la sumatoria de capacidades y esfuerzos de los tres disponentes en suscribirla, cada cual aportando aquello que fue pactado bajo el convenio; lo que de suyo representa que tales compromisos debían leerse de forma consistente con el alcance y límites de las funciones proyectadas en las obligaciones contraídas. En estos términos, la colaboración que se planteó alcanzar se hizo en perspectiva económica, técnica y operativa, de cara a un proyecto de tecnificación del sector agrícola en el que se debía gestionar e implementar integralmente, de inicio a fin, la selección de proyectos de riego y drenaje, todo lo cual confirma que el negocio jurídico celebrado quedó inscrito en la categoría de los convenios de cooperación de ciencia y tecnología, los cuales por su naturaleza y por mandato legal están sometidos al derecho privado.

- ***La Convocatoria Pública de Riego y Drenaje 01-2008***

91. Bastaría el examen anterior para afirmar la naturaleza y régimen del negocio jurídico *sub lite*; sin embargo, como lo previno la Sala, es necesario completar este ejercicio con la precisión de las actividades que se desarrollaron en la ejecución de las obligaciones convenidas, particularmente las relacionadas con el IICA de cara al tratamiento que como contratista y sujeto sometido al EGCAP le asignó el fallador de primer grado.

La Sala hará referencia a los aspectos centrales de la convocatoria de riego y drenaje como expresión del objeto del Convenio 055 de 2008 en ciencia y tecnología; y no incursionará, por lo pronto, en la estructura obligacional que se reputa incumplida por parte del IICA.

92. La Convocatoria Pública MADR-INCODER-IICA 01-2008, tuvo por objeto “*apoyar la construcción y adecuación de sistemas de riego y drenaje, del programa Agro Ingreso Seguro (...)*”³⁸. Ésta comprendió dos clases de proyectos: (i) los de riego predial para el suministro y manejo del recurso hídrico -Grupo 1-; y, (ii) los de construcción y/o rehabilitación de distritos de riego -Grupo 2- entendidos como obras de infraestructura para dotar con riego un área determinada por una asociación de mínimo 30 usuarios. Ambas categorías podían consistir en obras de captación a nivel extrapredial -derivación desde una fuente de abastecimiento-, obras de conducción para el transporte de agua a la zona de riego, redes de distribución, riego predial u obras de drenaje predial³⁹.

93. De acuerdo con el cronograma de la convocatoria, luego de su cierre (14 de marzo de 2008) se iniciaría la etapa de *verificación de los requisitos mínimos* para, enseguida, adelantar la etapa de *evaluación y calificación de los proyectos* y, por último, se adelantaría la publicación de las propuestas elegibles.

³⁸ Fls. 48 a 70 del c. de pruebas 3.

³⁹ En cuanto a los participantes, se señaló que los proyectos del Grupo 1 podrían ser presentados por personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales o extranjeras; asociaciones de usuarios de distritos de riego, cooperativas, organizaciones de productores y cooperativas de trabajo asociado de tipo agrícola, siempre que el proyecto sea para el beneficio de sus miembros. Por su parte, en el Grupo 2 sólo podrían participar las asociaciones de usuarios ya existentes o las establecidas bajo la Ley 1152 de 2007, integradas por un número mínimo de 30 usuarios.

94. Se estableció que las consultas y observaciones a los términos de referencia (en adelante TR) serían recibidas y *“analizadas directamente por el IICA, quien emitirá las respuestas escritas que considere pertinentes”* (núm. 1.5); igualmente, el IICA era el encargado de hacer las aclaraciones y adendas a los TR, dentro de los plazos previstos para ello (núm. 1.6).

95. Los proyectos debían cumplir los siguientes requerimientos técnicos (núm. 3.1):

- Climatología de la región donde se desarrollaría el proyecto. Acompañado de los estudios necesarios para preparar el balance hídrico, análisis de las precipitaciones y modelo general de los patrones de comportamiento temporal de los parámetros climáticos. Además, se requirió lo siguiente:

“A partir de las características de los suelos, la topografía, la cobertura vegetal y la forma de la cuenca, se calculará el coeficiente de escorrentía y se determinará la precipitación efectiva a nivel de decadal para el área en estudio.

Teniendo como base los parámetros climáticos, además de la evapotranspiración potencial a nivel decadal, se deben estimar las demandas decadales de agua para el plan de cultivos propuesto”.

- Hidrología. La propuesta debía contener la caracterización hidrológica de la cuenca o fuente de abastecimiento, indicando la distribución temporal de los caudales mínimos decadales; se debía cumplir como mínimo con los siguientes aspectos: (i) caudales medios y mínimos de la fuente de abastecimiento; (ii) mapa de localización de la zona de riego, que incluyera toda la cuenca aportante de la fuente, determinando su divisoria de aguas superficiales, para lo cual el proponente debía seleccionar una escala adecuada; (iii) requerimiento de agua para riego basado en el cálculo de la evapotranspiración potencial, el uso consuntivo, la textura de los suelos y el plan agropecuario; (iv) balance “oferta-demanda” a nivel decadal, donde se compruebe que la fuente de suministro es suficiente para suplir las demandas del proyecto de riego.

- Sedimentología. Para analizar el régimen de las concentraciones o cargas de sedimentos en suspensión, se debían realizar aforos sólidos en las secciones de las corrientes de agua aledañas a los sitios donde se ubicarán las bocatomas - incluida la granulometría de las muestras de los materiales del lecho en los casos en que se debiera determinar-.

- Calidad del agua. Se exigía presentar este estudio de la fuente, junto con los resultados de laboratorio y los soportes de los análisis de la calidad físico-química y bacteriológica de la misma. Tal estudio debía determinar el RAS (relación de absorción de sodio) y el grado de contaminación de la corriente. Para cumplir este requisito técnico se debían evaluar como mínimo los parámetros de conductividad eléctrica, sodio, magnesio y calcio (para determinar el RAS), cloruros, boro, oxígeno disuelto, pH, temperatura, turbidez, demanda biológica de oxígeno, demanda química de oxígeno, entre otros.

- Agrología. Correspondía al estudio agrológico y de caracterización de la zona del proyecto de riego, según su tamaño y la heterogeneidad de los suelos; como

mínimo debía incorporar los análisis de suelos, la determinación de las propiedades químicas y físicas, sus perfiles y descripción general.

96. A su vez, se debía cumplir con el requisito asociado a la topografía y diseño de las obras, cuyo objetivo principal, en relación con los aspectos de ingeniería, fue presentar los diseños de las obras que integren la alternativa técnica, económica y ambiental más conveniente para el proyecto, a partir de las siguientes condiciones:

- Levantamiento topográfico: identificando zonas de ladera con pendientes menores y mayores al 10%; zonas de bajo riego por aspersión presentando la cota máxima y mínima; zonas de bajo riego por gravedad con un levantamiento con cotas cada 0.25 m y levantamiento topográfico cada 0.25 m en los sitios de construcción de estructuras de sistema de riego.
- Geotecnia. Identificando los sitios de las obras principales, (captación, desarenador, plantas eléctricas etc.) plan de utilización de fuentes y acarreo de materiales localización de apliques y perforaciones necesarias.
- Captación, conducción y distribución. Contenía la información de las áreas por irrigar, los levantamientos topográficos, los caudales requeridos, los sistemas de suministro y de operación de riego para conformar la propuesta, con un estudio que definiera de forma definitiva la captación, capacidad del sistema, gradiente hidráulico, secciones transversales, perfil longitudinal, entre otros, además de la presentación de los diseños hidráulicos y estructurales, memorias de cálculo, planos de construcción etc. (núm. 3.2.3)
- Estudio del pozo (cuando se requiriera uno profundo) con la inclusión del pozo de prueba y prueba de bombeo, describiendo sus características según si era pozo, bomba o motor –en cada caso con los caudales, tasas y demás aspectos exigidos en el núm. 3.2.4–.
- Estaciones de Bombeo. En caso de que el proyecto lo requiriera, debía entregarse los diseños de las obras civiles, equipos e instalaciones electromecánicas, sistemas de suministro energía, obras complementarias de protección, retención de sedimentos, y demás necesarias para el proyecto según los requisitos mínimos fijados en los TR⁴⁰.

97. Los proyectos debían, así mismo, cumplir con otros requisitos técnicos principales –los cuales sólo se enuncian, sin abordar las exigencias mínimas que debían cumplir para limitar la extensión de estas referencias–. Se trata de:

- *“Obras y equipos de riego predial”*, acorde con los cultivos del Plan Agropecuario propuesto, que incluían: (i) aspersión, micro aspersión y goteo; (ii) riego por gravedad; y (iii) sistema de drenaje a nivel predial.
- *“Especificaciones de construcción”*

⁴⁰ Tales como el tipo de bomba, caudal y altura dinámica total, RPM, potencia, eficiencia, tipo de impulsor, acople y base común, NPH, curvas de trabajo el sistema de bombeo, tipo de motor, potencia y factor de servicio, características de la energía, protecciones y señalización, control de nivel –núm. 3.2.5 de los TR.

- “Manual de operación y mantenimiento”.
- “Aspectos ambientales”.
- Aspectos productivos. Que incluía el estudio de mercado y el estudio agropecuario y su diagnóstico.

98. Lo propio aconteció con los aspectos financieros que debían cumplir los proyectos postulados, con el detalle indicado en los TR: (i) presupuesto -con desagregación de los ítems de cada actividad-; (ii) cronograma de obras y desembolsos por semanas; con esta programación el IICA haría seguimiento para los pagos del apoyo económico que debía controlar, definiendo el momento en que “se habrán cumplido el 50% y el 90% de las metas físicas” (núm. 3.7.2); y, (iii) flujo de caja y tasa interna de retorno; entendiendo que para que un proyecto fuera viable en el marco de dicha Convocatoria, la TIR debía ser mínimo del 12%.

99. El numeral 1.3.3 de los términos de referencia señaló que el Comité Evaluador debía realizar la verificación de los requisitos mínimos; entre ellos están:

- Ficha de resumen del proyecto.
- Concesión de aguas correspondiente al proyecto presentado.
- Acreditación de explotación legal de los predios en los cuales se ejecutará el proyecto.
- Documento de identificación del proponente y de su representante legal en caso de ser persona jurídica.
- Constancia expedida por una sociedad fiduciaria, en la que se certificara el aporte del proponente a un encargo fiduciario, de mínimo el 50% de la contrapartida exigida para participar. Se incluyó en la convocatoria el requisito de *contrapartida*, consistente en el valor que el proponente estuviera dispuesto asumir con sus propios recursos, y que sería de mínimo el 20% del valor del proyecto⁴¹.

100. Como resultado del anterior examen, el IICA debía emitir el informe correspondiente a la etapa de *verificación de requisitos mínimos*, e indicar si el proyecto pasaba a la fase de *evaluación y calificación*, o si, por el contrario, sería rechazado. Se advirtió que, en casos excepcionales, el IICA podría requerir a los proponentes para que subsanaran deficiencias no sustanciales de sus proyectos, en un término máximo de 10 días calendario.

101. Los proyectos que avanzaran a la “*etapa de evaluación y calificación*” serían sometidos al “**análisis acerca de la viabilidad de los componentes técnico, ambiental, productivo y financiero de cada proyecto**” (núm. 4.1. de los términos de la convocatoria – se resalta). El evaluador podía solicitar documentación adicional o la incorporación de ajustes al proyecto para garantizar la viabilidad de todos sus componentes. “*El cumplimiento de tales exigencias será verificado directamente por el IICA*”⁴².

⁴¹ Fl. 54 del c. de p. 3

⁴² Fl. 52, reverso, ib.

102. A su vez, este Instituto definiría sobre el rechazo de los proyectos, entre otras causales, por: (i) violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades; (ii) el proyecto no cumpliera los requisitos exigidos en la convocatoria indispensables para su *evaluación y calificación*, o necesarios para cumplir con las exigencias ambientales; (iii) presentación incompleta de los documentos exigidos; (v) desacato del requerimiento para presentar documentos o suministrar información, o entrega de ajustes incompletos; (v) por información falsa o cuando el proponente ha tratado de interferir o influir en la evaluación de los proyectos propuestos (núm. 4.3)⁴³.

103. El capítulo 4.4 de los TR trató acerca de las *“recomendaciones del evaluador”*, e indicó que el encargado de esa actividad debía entregarle al IICA los listados de los proyectos de cada grupo que cumplieron con lo establecido en los TR y que podían verse beneficiados con el financiamiento correspondiente. Seguidamente, el IICA, el Ministerio y el Incoder conformarían un comité que determinaría los listados definitivos de los proyectos elegibles, hasta colmar el monto de los recursos apropiados; el IICA debía publicar los resultados y, a partir de este momento, iniciaba el término de 30 días para el cumplimiento de los requisitos previstos en el numeral 4.7, para la asignación del apoyo económico⁴⁴.

104. Se dispuso la realización de una *“visita de verificación a terreno de cada uno de los proyectos elegibles, a la que concurrirá el interventor designado por el IICA, conjuntamente con él o los proponentes para evaluar la propuesta y verificar las condiciones de los beneficiarios de los predios cuyo subsidio fue aprobado y la factibilidad de la solución técnica planteada en el proyecto elegible”* (Fl. 68 rev. ib.).

Con los resultados de la visita se debía elaborar el *informe de viabilidad del proyecto*, el cual correspondería a la primera visita de interventoría; se indicó que *“si el IICA y/o quien adelante la etapa de evaluación, advierten que el proyecto no satisface completamente uno o más requisitos (...), el beneficiario deberá subsanar las deficiencias dentro del término previsto en el numeral 4.7, so pena de perder el derecho a recibir el apoyo económico correspondiente (...)”*.

105. De acuerdo con el numeral 5.1 del mismo instrumento, una vez vencido el término señalado en el numeral 4.7, el proponente elegido tendría un plazo de 10 días calendario para suscribir con el IICA (o con el Incoder, según el caso) el acuerdo de financiamiento correspondiente, luego de lo cual se debía constituir una garantía de cumplimiento de las obligaciones derivadas de dicho negocio jurídico.

106. De forma posterior a la suscripción del acuerdo de financiamiento, se ejecutaría el plan de desembolso de los apoyos económicos, así: (i) el primer 40% contra la firma del citado acuerdo y la constitución de la póliza de garantía; (ii) un segundo desembolso del 40% del valor total del apoyo, cuando según el cronograma y el informe del interventor designado por el IICA se cumpliera con el 50% de las metas físicas de ejecución del proyecto financiado y se hubieran efectuado las inversiones respectivas; y, (iii) el último desembolso por el 20% restante del apoyo, cuando

⁴³ Fl. 68 ib.

⁴⁴ Fl. 69 ib.

según el cronograma y el informe del interventor se cumpliera el 90% de la meta física del proyecto y se hubieran efectuado las inversiones respectivas⁴⁵.

107. De acuerdo con el núm. 5.4 de los TR, “[e]l IICA, directamente o a través de un tercero, realizará una interventoría técnica, financiera, administrativa y legal, a cada uno de los proyectos que resulten beneficiados como resultado de la presente Convocatoria Pública”; todo ello en el marco de la obligación de interventoría y supervisión de los proyectos.

108. En caso de incumplimiento de cualquiera de las obligaciones contraídas bajo el acuerdo suscrito con el IICA o con el INCODER se causaría la pérdida del apoyo económico. A su vez, se estableció la denominada “CONDICIÓN RESOLUTORIA DE LA ENTREGA DEL APOYO”, a través de la cual los proyectos del Grupo 2 quedaban sometidos durante siete (7) años a esta condición, ante la ocurrencia de (i) incumplimiento de las obligaciones relacionadas con la construcción, operación y manejo de las obras; (ii) si el predio no estaba siendo utilizado adecuadamente; (iii) al constatar que el productor hubiese incurrido en falsedades para acreditarse como beneficiario; y (iv) si en las áreas del proyecto se plantaran cultivos ilícitos.

109. Conforme al marco de la Convocatoria pública de riego y drenaje, la cooperación del IICA se corresponde con las actividades a las que se comprometió este Instituto bajo el Convenio 055 de 2008 y a las funciones establecidas en sus instrumentos constitutivos; lo anterior, en la medida que debía atender los lineamientos de política pública que fijara el MADR y el INCODER, los cuales estaban definidos en los Términos de Referencia aprobados; a partir de allí, le correspondía la implementación, desarrollo y ejecución de la citada Convocatoria, con participación activa en sus diferentes etapas, así como en el seguimiento técnico y financiero posterior de los proyectos beneficiados.

110. Si bien los TR establecieron de forma alternativa que el *evaluador* podía o no corresponder al Instituto Interamericano de Cooperación para la Agricultura –al referir en algunos apartes que “el IICA y/o quien adelante la etapa de evaluación (...)”⁴⁶, o al indicar que “el encargado de la evaluación de los proyectos le hará entrega al IICA de los listados de los proyectos de cada grupo que han cumplido con los establecido en los Términos de Referencia”⁴⁷– lo cierto es que ese Instituto estaba encargado de ejecutar directamente las siguientes puntuales obligaciones al interior del proceso de evaluación de proyectos, así como las que asumió continuar de forma posterior a la selección de éstos, las cuales, como se pasa a ver, ofrecen la contundencia que ratifica que a través del citado Convenio 055 el IICA adelantó las actividades de ciencia y tecnología que le fueron requeridas, máxime si se tiene en cuenta que un proyecto de riego es una actividad de transferencia de tecnología⁴⁸ y de desarrollo rural.

⁴⁵ Fl. 70 ib. núm. 5.3 de los TR.

⁴⁶ Fl. 69 ib. núm. 4.6, inciso cuarto.

⁴⁷ Fl. 68, reverso, ib. núm. 4.4 de los TR.

⁴⁸ Lo anterior en tanto se pasa de un sistema tradicional de producción que depende del clima, a un sistema de riego en el que hay transferencia de tecnología en torno al uso del agua, lo que permite diversificar la producción, generar mayor competitividad y aumentar el aprovechamiento de las tierras.

111. Definidas las bases de los TR, el IICA fue el encargado de atender y resolver *directamente* las consultas y observaciones que se formularan respecto a dichos términos, así como de emitir las *aclaraciones y adendas* respectivas, pudiendo precisar o modificar aspectos relacionados con los requisitos de dicha convocatoria pública, según su experiencia y conocimientos –encargo que no se contraía a la atención de una entrega documental, si se mira su contenido y los requisitos de los proyectos–

112. En la “*etapa de evaluación y calificación*” se asignó exclusivamente al IICA la realización del denominado “*análisis acerca de la viabilidad de los componentes técnico, ambiental, productivo y financiero de cada proyecto*”; actividad que revela el asesoramiento y conocimiento que ese organismo debía aplicar para definir, a partir de la revisión de cada uno de sus requisitos -individualmente y en su conjunto- la viabilidad de los proyectos. La integralidad de dicha obligación explica que en esa etapa correspondía al Instituto examinar todos los componentes y subcomponentes de cada propuesta de riego y drenaje, para avalar si, p. ej., la articulación de los estudios climáticos en esa región, la medida y composición de los caudales, la sedimentación, los estudios de agrología, la topografía, los que definían la pendiente necesaria y las obras a implementar, entre muchos otros, tenían coherencia y respaldo como solución para tecnificar los sistemas de riego a los que se dirigió la Convocatoria.

113. Entonces, si bien el IICA fungió como operador de la convocatoria de riego y drenaje y tuvo a su cargo llevar los registros contables y administrativos de dicha convocatoria, la integralidad de su encargo no se contrae a tareas de esa índole (administrativas y contables). Una perspectiva situada en este marco de referencia pasaría por alto que el objeto y alcance de las obligaciones del Convenio 055 no fue administrar recursos para la entrega de los incentivos del programa AIS. Hace notar la Sala que a esa etapa, la de los beneficios económicos, sólo se llegaría ante el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el IICA -registradas líneas atrás-, es decir, luego de asesorar el procedimiento de convocatoria a implementar, y de asumir, directamente y a través de comités plurales, la evaluación y la realización de los análisis acerca de la viabilidad de los componentes técnico, ambiental, productivo y financiero de cada proyecto.

Con otras palabras, sin el examen de cada uno de los citados componentes a cargo del IICA, no se abría paso la consecuencia de que un determinado proyecto resultara beneficiado con los incentivos del programa; ello denota la existencia de obligaciones principales e interdependientes -ambas-, con la precisión de que la obligación de pago es condicional pues existe en razón del cumplimiento de las primeras a través de la sucesión exitosa de las fases de selección a cargo del Instituto.

114. Al observar la dinámica del objeto convenido, advierte la Sala que éste responde a un engranaje de etapas, todas ellas necesarias, dirigidas al desarrollo y fortalecimiento de condiciones agrícolas en infraestructura de riego y drenaje y, para ello, no es posible adoptar una visión con enfoque exclusivo de administración de recursos pues, evidentemente, esta última obligación no es un fin en sí mismo, sino

la puesta en marcha de los medios necesarios, técnicos, ambientales y legales que le anteceden, suficientes para culminar en la asignación de tales incentivos.

115. De suerte que las actividades del IICA como operador de dicha Convocatoria, no riñen ni se entronan en causa preponderante del acuerdo de voluntades, pues dicho organismo también asumió frente al Estado Colombiano el encargo de liderar y adelantar todos los ciclos de aquella hasta su efectiva realización -de forma directa o a través de los comités y unidades ejecutoras designadas- incluyendo las acciones de implementación y administración del programa, los registros de las actividades y recursos ejecutados, verificación de las metas físicas de las obras en orden a aplicar los criterios de pago, elaboración de informes, entre otros compromisos adquiridos.

116. Lo anterior es acorde con la noción que la normatividad nacional establece como actividades de ciencia y tecnología, en tanto expresa el propósito de *desarrollo tecnológico* (núm. 1 del art. 2 del DL 591/91) presente en el Convenio 055 de 2008 y en la convocatoria pública de riego y drenaje a través del aporte de experiencia y conocimiento al que se comprometió el IICA; al igual que patenta la asesoría y la extensión de tecnología nacional, que también hace parte de dicho concepto (núm. 5 del art. 2 del DL 591/91). Todo esto, en armonía con las funciones del IICA, en particular, aquella descrita en el literal b) del art. 4 de la Convención sobre el IICA relativa a *“formular y ejecutar planes, programas, proyectos y actividades de acuerdo con los requerimientos de los gobiernos de los Estados Miembros, para contribuir al logro de los objetivos de sus políticas y programas de desarrollo agrícola”*; y la prevista en el literal d) ibidem, que le autoriza a actuar como órgano de *“ejecución técnica y administración de programas y proyectos del sector agrícola (se subraya)”*.

117. Adicionalmente, a cargo del IICA también se incluyeron las actividades de interventoría técnica y de supervisión de los proyectos escogidos en el marco de la cofinanciación, ya fuera de forma directa o mediante la contratación de terceros, obligación que abarcaba el seguimiento en la correcta ejecución de los proyectos escogidos, a nivel técnico, financiero, administrativo y legal, todo en el marco de sus competencias.

118. Del marco normativo y convencional expuesto, la Sala ratifica la tesis que planteó al inicio de este examen, y concluye que el Convenio 055 del 10 de enero de 2008 corresponde a un *“convenio especial de cooperación en ciencia y tecnología”* suscrito con un organismo internacional especializado en agricultura, cuyos aportes se corresponden con tal naturaleza, y se rige por el derecho privado por mandato legal que así lo determina.

119. De esta conclusión emerge una regla definitiva, y bueno sea subrayarlo desde ahora, que siendo el derecho común el régimen aplicable al citado Convenio, en este no hay cabida al ejercicio de prerrogativas de poder público que puedan ser instrumentalizadas a través de actos administrativos, pues justamente bajo el derecho privado los sujetos actúan en pie de igualdad negocial y, ciertamente, bajo este régimen no se ejercen potestades administrativas. Con este punto de llegada, pero también de partida, la Sala pasa a analizar los cargos planteados en el recurso

de alzada, a través de los cuales el apelante insiste en la ilegalidad de las resoluciones objeto de este medio de control.

- Cargo de nulidad por falta de competencia y extralimitación de funciones por desconocimiento de la cláusula compromisoria y de la inmunidad de jurisdicción del IICA

120. El apelante discute la conclusión de la sentencia de primer grado en la que se descartaron los efectos de la cláusula compromisoria prevista en el Convenio 055 de 2008, al haber considerado que la aseguradora, sin ser parte de ese negocio jurídico, no podría reclamar su aplicación y, porque, además, dicho pacto no cobijaba al contrato de seguros. El censor insiste en que la existencia de una cláusula compromisoria en el Convenio 055 de 2008 vicia por incompetencia los actos enjuiciados, y afirma a su vez que la posibilidad de oponerla no sólo es admisible para quien sea parte del negocio jurídico que la contiene, sino también para la aseguradora en su calidad de garante de ese acuerdo de voluntades. Dice que de no ser así, se violaría su derecho de defensa puesto que no podría controvertir la legalidad del acto que declara el siniestro.

121. El reproche de incompetencia planteado por el censor contra las resoluciones demandadas fundado en la existencia de una cláusula compromisoria, luciría, *ab initio*, carente de vocación y respaldo, si su análisis sólo se ubica en el escenario que distingue entre la función que se ejerce en sede administrativa o contractual – a través de la expedición de los actos– y la que atañe a su examen jurisdiccional, pues esta última, por regla de principio, no es un factor que sea concomitante o anteceda a la expedición de aquellos para constituirse en vicio invalidante, sino que materializa la función judicial en el marco del pacto arbitral acordado.

122. Sin embargo, observa la Sala que cuando el apelante insiste en la falta de competencia frente a los actos enjuiciados, y entrelaza su argumento inescindiblemente con el reconocimiento que pide hacer de la inmunidad de jurisdicción del IICA, apunta a rebatir la posibilidad de que el MADR estuviera legalmente autorizado para declarar el incumplimiento a ese Instituto en sede contractual. Lo anterior, considerando que la inmunidad de jurisdicción -según en el Acuerdo Básico sobre Inmunidades suscrito por Colombia con ese organismo- restringía esa posibilidad, tanto en el ámbito administrativo como judicial; por tanto, el Ministerio no podía declarar el incumplimiento ni derivar de allí efectos patrimoniales, pues ello le estaba vedado según el citado el instrumento.

123. Como efecto de lo anterior, la Compañía Aseguradora afirma que la determinación de incumplimiento junto con sus consecuencias indemnizatorias sólo podía ser definida por un tribunal de arbitramento, de cara a la estipulación de una cláusula compromisoria en el contrato establecida para resolver las controversias entre las partes.

124. Para la Sala es claro que el problema jurídico planteado en el cargo no alude al reclamo por aplicación de la cláusula compromisoria en sede jurisdiccional, tampoco si la aseguradora podía exigir que se desataran los efectos de dicha

cláusula al no ser parte del Convenio a partir de su posición jurídica bajo el contrato de seguros, como lo entendió la sentencia de primer grado. Evidentemente, el apelante no cuestiona si el *sub lite* está afectado por dicho pacto, pues ningún sentido tendría que hubiese formulado la demanda en sede contencioso administrativa si fuese para señalar una falta de jurisdicción con génesis en la existencia de cláusula compromisoria.

125. El ataque promovido en la alzada precisa lo anterior, y únicamente compromete la competencia del MADR en sede administrativa para expedir los actos cuya nulidad se demanda; de esta manera, y persiguiendo tales efectos, es que alude a las previsiones acordadas en la cláusula vigésima de dicho Convenio, en el que se estipuló:

“CLÁUSULA VIGÉSIMA. - CLÁUSULA COMPROMISORIA. Las partes harán todo lo posible para resolver en forma ágil, rápida y directa las diferencias y discrepancias surgidas de la actividad contractual. En caso de que las diferencias que se originen por razón de la celebración, ejecución, desarrollo, terminación y/o liquidación de este Convenio no pueden resolverse directamente en forma amigable, EL MINISTERIO y el IICA podrán someterlas a decisión de árbitros. El arbitramento será en derecho. La designación, número de árbitros, requerimiento, constitución y funcionamiento del Tribunal de Arbitramento, se regirá por las normas legales vigentes que regulen la materia”⁴⁹.

126. Se extrae de dicha estipulación que, ciertamente, en caso de divergencias surgidas en virtud o con ocasión del Convenio alcanzado, las partes tenían la facultad de acudir al mecanismo arbitral para resolver, con efecto de cosa juzgada, sus controversias; entre ellas las relacionadas con los actos en los que se hubieran ejercido las facultades contenidas en las cláusulas de multas y penal pecuniaria⁵⁰.

127. El punto a discernir es, si a partir de la estipulación de dicho pacto y de la alegada inmunidad de jurisdicción, el Ministerio carecía de competencia en la expedición de los actos cuestionados –lo que justifica el análisis conjunto de estos cargos– para determinar si contaba o no con facultades que le permitieran declarar el incumplimiento a ese Instituto en sede contractual, según el régimen que gobierna este Convenio.

128. Previo a continuar en la ruta anunciada, la Sala aclara que aun en el evento que se entendiera que tal cuestionamiento se proyecta indefectiblemente en el ámbito de la competencia para resolver esta disputa, correspondiendo a árbitros y no a esta jurisdicción su conocimiento, lo cierto es que las partes del Convenio -el MADR, el INCODER y el IICA- no promovieron, hasta donde se conoce, un proceso arbitral en ejercicio de la citada facultad ni, en consecuencia, hubo lugar a llamar en garantía a la aseguradora que fungió como garante de las obligaciones del IICA, entendida dicha posición jurídica en la esfera exclusiva de los terceros en el

⁴⁹ Fl. 86 del c de p. 3)

⁵⁰Al margen de aquella postura que indica que, cuando las partes pactan en la cláusula compromisoria que *podrán* someter sus diferencias a la decisión de árbitros y, a partir de allí, se cuestiona la validez misma de dicho pacto por no hallar configurado un pacto arbitral, lo cierto es que lo convenido expresa el querer de los suscribientes en facultarse mutuamente a acudir a dicho mecanismo, sin que ello implique una alternatividad entre dos indiferentes –como si la cláusula fuese potestativa–, sino que la misma debe leerse en clave del acuerdo alcanzado que corresponde al interés de que un eventual conflicto fuese dirimido por un tribunal de arbitramento; cláusula que, en todo caso, no es objeto de cuestionamiento en este juicio.

proceso, con interés en el desenlace de la disputa de cara a su connotación de litisconsortes cuasinecesarios de la causa debatida⁵¹.

129. Pero tampoco la aseguradora como portadora de una pretensión principal en contra del MADR, por cuenta de la expedición de tales actos, intentó enarbolar tal posición, la de reclamar que el foro autorizado para conocer la controversia, frente a tales actos, correspondía exclusivamente al arbitral. Por el contrario, no hay vestigio en el actuar de las partes ni del garante de acudir al arbitraje si tal fuera su convicción y, en particular, como atrás se indicó, en tanto y cuanto la aseguradora promovió directamente ante esta jurisdicción demanda en contra de los actos acusados, y no lo hizo en sede de arbitraje aun cuando en la alzada reclama su legitimación para petitionar la efectividad de la cláusula compromisoria por cuenta del afianzamiento de un convenio en el que se pactó dicha cláusula⁵².

130. Con todo, para el momento en que el actor instauró esta demanda -5 de septiembre de 2012- estando vigente el Decreto 1818 de 1998⁵³, imperaba la tesis de la renuncia tácita de la cláusula compromisoria, que tenía lugar cuando una de las partes decidía formular su demanda ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y/o la otra no proponía una excepción fundada en la estipulación de un pacto arbitral. De suerte que, ante la inexistencia de una demanda promovida por las partes, y tampoco por quien se autocalificaba como coparte en virtud de su vinculación como litisconsorte -y sin que la Sala incursione en si podía o no en ese momento reclamar el efecto de dicha cláusula bajo el contrato de seguros- lo cierto es que al haber promovido la demanda *sub lite*, esta jurisdicción quedó autorizada para conocer y desatar la controversia denunciada, sin oposición al respecto.

131. Retoma la Sala su rumbo decisorio, y para ello centra su atención en el planteamiento del censor que, a lo largo del proceso y en su impugnación, resalta que el IICA desde el inicio de la actuación administrativa alegó la falta de competencia del MADR para fungir como *juez del contrato* de cara a la inmunidad de jurisdicción de ese organismo; reprochó que el Tribunal desconociera tal circunstancia y ratificara la validez de los actos acusados pese a que en la audiencia inicial, y por tal razón, declaró la falta de legitimación en la causa por pasiva del

⁵¹ En el actual Código General del Proceso se ha perfilado una noción, si se quiere más amplia del concepto de parte procesal, y se ha efectuado una reorganización de tal clasificación como se vislumbra en el capítulo II, del Título Único, denominado “*litisconsortes y otras partes*”, incluyendo a los litisconsortes, en este caso cuasinecesarios, entre otras figuras y definiciones, como “*titulares de una determinada relación sustancial a la cual se extiendan los efectos jurídicos de la sentencia, y que por ello estaban legitimados para demandar o ser demandados en el proceso*” según los artículos 60 y ss. del citado estatuto procesal.

⁵² Parte de la doctrina, al reflexionar en la materia, señala que en vigencia del Estatuto de arbitraje, según el parágrafo primero del art. 37, existe “*una nueva forma de adhesión o aceptación del pacto arbitral por parte de quien no lo ha suscrito. De acuerdo con la norma, quien se obligue a garantizar el cumplimiento de un contrato que tenga incorporado pacto arbitral, automáticamente adhiere el mismo, lo acepta y se vincula a los efectos que genera, de tal suerte que queda cobijado por él y obligado a acudir a la justicia arbitral. De esta forma, si una aseguradora celebra un contrato de seguro de cumplimiento en virtud del cual garantiza un determinado contrato en el cual se ha incorporado cláusula compromisoria, dicha compañía está manifestando con ello su aceptación y adhesión al pacto arbitral (...) habilitando a los árbitros para resolver acerca de la relación sustancial derivada, (...) del contrato de seguro*”. SANABRIA SANTOS, Henry, “*Integración del contradictorio e intervención de otras partes y terceros en el proceso arbitral*”. En H. Sanabria Santos (Ed.), Estatuto Arbitral Colombiano: Análisis y aplicación de la Ley 1563 de 2012, Editorial Legis, 2013 (pág.235-253).

⁵³ De acuerdo con el art. 119 de la Ley 1563 promulgada el 12 de julio de 2012, se estableció que este Estatuto de Arbitraje “*empezará a regir tres (3) meses después de su promulgación. Esta ley sólo se aplicará a los procesos arbitrales que se promuevan después de su entrada en vigencia. Los procesos arbitrales en curso a la entrada en vigencia de esta ley seguirán rigiéndose hasta su culminación por las normas anteriores*”.

IICA; precisó que *“así como en este proceso se aceptó la inmunidad, con mayor razón el MADR debió haber procedido en la misma forma”*.

132. Para absolver estos cargos, la Sala vuelve sobre los aspectos centrales analizados en el capítulo relativo al origen y régimen del Convenio 055 de 2008, puntualmente en cuanto a la calidad de organismo internacional de cooperación que ostenta el IICA, y a los instrumentos y tratados internacionales relativos a dicho Instituto, como plataforma obligada de este análisis.

133. Luego de que fuera suscrita por Colombia la *“Convención Sobre el Instituto Interamericano de Ciencias Agrícolas”* en 1948, ratificada en julio de 1952, fue suscrito con ese Instituto el *“Acuerdo Básico Sobre Privilegios e Inmunidades del Instituto”* el 26 de septiembre de 1967, en el cual se pactó lo siguiente:

“Artículo 6°. El Instituto gozará en Colombia de las siguientes prerrogativas e inmunidades:

a) De inmunidad de jurisdicción de los tribunales nacionales, contra todo procedimiento judicial y administrativo, a excepción de los casos particulares en que expresamente se renuncie a esa inmunidad”.

134. Posteriormente, fue suscrita y ratificada por Colombia la *“Convención sobre el Instituto Interamericano de Cooperación para la Agricultura”*, el 3 de junio de 1979 y el 28 de enero de 1980, respectivamente, en la que se estipuló respecto de los privilegios e inmunidades de ese Instituto, lo siguiente:

CAPITULO VIII

DE LA CAPACIDAD JURIDICA Y LOS PRIVILEGIOS E INMUNIDADES

Artículo 26. El Instituto gozará en el territorio de cada uno de los Estados Miembros de la capacidad jurídica y de los privilegios e inmunidades necesarios para el ejercicio de sus funciones y la realización de sus propósitos.

Artículo 27. Los Representantes de los Estados Miembros en las reuniones de la Junta y del Comité y el Director General gozarán de los privilegios e inmunidades correspondientes a sus cargos y necesarios para desempeñar sus funciones con independencia.

Artículo 28. La condición jurídica del Instituto y los privilegios e inmunidades que deben otorgarse a él y a su personal, serán determinados en un acuerdo multilateral que celebren los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos, o cuando se estime necesario, en los acuerdos que el Instituto celebre bilateralmente con los Estados Miembros.

Artículo 29. Para realizar sus fines y de conformidad con la legislación vigente en los Estados Miembros, el Instituto podrá celebrar y ejecutar contratos, acuerdos o convenios; poseer fondos, bienes inmuebles, muebles y semovientes y adquirir, vender, arrendar, mejorar o administrar cualquier bien o propiedad.

(Visible en: <http://repositorio.iica.int/bitstream/11324/2620/1/BVE17038700e.pdf>)

135. A su turno, de cara al tránsito entre estas Convenciones, el precitado acuerdo dispuso:

CAPITULO XI

DE LAS DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Artículo 38. Los derechos y beneficios, así como los privilegios e inmunidades que han sido otorgados al Instituto Interamericano de Ciencias Agrícolas y a su personal se extenderán al Instituto y a su personal. Asimismo, el Instituto será el titular de los haberes y propiedades del Instituto Interamericano de Ciencias Agrícolas y asumirá todas las obligaciones que éste haya contraído.

136. Al acudir a los pactos dispuestos en dichos instrumentos internacionales, es ostensible que el IICA goza de inmunidad de jurisdicción de los tribunales nacionales contra todo procedimiento administrativo y judicial, dejando a salvo los casos específicos en que expresamente renuncie a esa inmunidad. Este reconocimiento fue otorgado voluntariamente por el Estado Colombiano a través de la suscripción y ratificación de tales acuerdos, en el que exterioriza y concreta el compromiso de desprenderse del ejercicio de su jurisdicción frente a este organismo internacional.

137. En torno al alcance y naturaleza del concepto de inmunidad, hay que indicar que existen tres formas en que estas se confieren y aplican en el ámbito internacional: (i) absoluta; (ii) restringida clásica; y, (iii) funcional⁵⁴, que oscilan según los efectos en que es reconocida la inmunidad en una limitada trayectoria pendular.

138. En los términos del Acuerdo Básico sobre Privilegios e Inmunidades de 1967, podría decirse que al menos, al momento de su suscripción, dicho acuerdo previó un sistema de inmunidades absoluto, como se desprende de las expresiones allí consignadas, al excluir de la soberanía jurisdiccional del Estado Colombiano *todo procedimiento judicial y administrativo* contra este organismo.

Sin embargo, de manera concordante, al acudir al artículo 26 de la Convención sobre IICA de 1979, la inmunidad allí prevista quedó inscrita en el tipo funcional, en tanto se estableció que el Instituto gozará en el territorio de cada uno de los Estados

⁵⁴ En la doctrina se reconocen estas tres formas en que se interpreta y aplica la inmunidad de jurisdicción pues en el *campo del régimen jurídico de las inmunidades de jurisdicción de las organizaciones internacionales (OOII), que difiere de otros regímenes existentes en derecho internacional como las inmunidades de los Estados (...) las teorías mayoritarias en esta materia son la absoluta, la relativa y la funcional*” a la que se viene sumando “una nueva doctrina denominada por algunos autores y tribunales como *quid pro quo* (...) cuya comprensión varía entre autores y tribunales, pero que en un sentido general podría conceptualizarse como una obligación de las OOII de ofrecer medios alternativos de solución de controversias en los conflictos con particulares del Estado sede o de un Estado miembro, como una condición al reconocimiento de la inmunidad de jurisdicción de las OOII, cuyo objetivo sea determinar una eventual o posible responsabilidad de la organización internacional (OI) y su obligación de reparación por los daños que se deriven de la misma”. RAMOS FUENTES Gloria y MASBERNAT Patricio; “Doctrina judicial del principio *quid pro quo* sobre inmunidades de jurisdicción de organizaciones internacionales en Francia e Italia”, 20 de agosto de 2021; Consultado en <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/acdi/a.10165> pág. 108. ACDI, Bogotá, ISSN: 2027-1131/ISSNe: 2145-4493, Vol. 15, pp. 105-135, 2022.

Miembros de “los privilegios e inmunidades necesarios para el ejercicio de sus funciones” y la realización de sus propósitos (se subraya).

139. Sin existir duda de que la Inmunidad conferida al IICA es de estirpe funcional, es necesario precisar su concepto, para indicar que éste abarca las actividades que son esenciales y necesarias para el ejercicio de las funciones y fines del organismo definidas en sus instrumentos de constitución, de forma que, sin interferencia del Estado receptor, pueda cumplir los objetivos que dieron origen y justificaron su creación. Pero sucede, en general, que en la denominada inmunidad funcional sus contornos no siempre son evidentes, y su exégesis podría conducir a extremos tales que consideren, por un lado, que todas las actividades que desarrolla son necesarias para el cumplimiento de sus propósitos, o por otro, que cualquier cambio menor en tal adecuación implica descartar la inmunidad, lo que llevaría a un vaivén interpretativo al asignar cada vez una realidad material diversa a este concepto, e incluso a desconocer la obligación internacional de reconocer tal inmunidad⁵⁵.

140. Este contexto, traído a la escena nacional, permite indicar que la inmunidad funcional se proyecta como un reconocimiento conferido al estamento internacional con el fin de garantizar la “*independencia en el cumplimiento de sus funciones; los países han optado, de manera general, por concederla de forma restrictiva, es decir, estableciendo límites o restricciones a su reconocimiento*”⁵⁶. Y de fijar dichos límites se ha ocupado la Corte Constitucional, principalmente, al decantar tales parámetros en los siguientes términos:

*“La Corte en consecuencia ha abandonado la teoría de la inmunidad absoluta de tales agentes y organismos, y la ha sustituido por la figura de la inmunidad restringida, con el objeto de salvaguardar esencialmente el principio de soberanía nacional y dar cuenta de que tales privilegios no pueden ser asociados o considerados en sí mismos, como un sinónimo de impunidad.
(...)”*

77. En efecto, la jurisprudencia de la Corte ha previsto que los acuerdos mencionados, bajo la modalidad de inmunidad restringida, suponen:

(i) Que las exclusiones de jurisdicción solo se predicen en el marco del ejercicio de las actividades propias de la organización internacional correspondiente. Esto es, dichos tratamientos diferenciados “se circunscriben esencialmente a los que resulten necesarios para el cumplimiento de sus objetivos. Beneficios de los cuales habrán de gozar mientras desempeñen sus funciones y después de la cesación, en relación con el ejercicio de dichas atribuciones”.

(ii) Que dichos tratamientos no configuran inmunidad absoluta y por ende no pueden ser comprendidos como cláusulas abiertas que facultan a sus beneficiarios para desconocer las normas del ordenamiento jurídico colombiano, ni menos aún para que se permita la impunidad respecto de delitos y demás comportamientos antijurídicos en que incurran dichos beneficiarios. En ese sentido, el principio de inmunidad de jurisdicción debe ser concebido como un instrumento para garantizar la autonomía de los agentes internacionales en el ejercicio de sus funciones, pero no como “una renuncia no justificada del deber del Estado de garantizar los derechos y deberes de los habitantes del territorio”.

⁵⁵ Sobre esta materia, consultar, entre otros: RUYS Tom, ANGELET Nicolas y FERRO Luca, “*The Cambridge Handbook of Immunities and International Law*”, Cambridge University Press, 2019, <https://doi.org/10.1017/9781108283632>; KLABBERS, Jan, “*An Introduction to International Organizations Law*”, Third edition, Cambridge University Press, 2015, https://assets.cambridge.org/97811070/80508/frontmatter/9781107080508_frontmatter.pdf; MILHAUPT, Curtis J., “*The Scope of Consular Immunity under the Vienna Convention on Consular Relations: Towards a Principled Interpretation*”

⁵⁶ Corte Constitucional, sentencia T-883 del 25 de agosto de 2005. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

(iii) Finalmente, también suponen que en cualquier caso, ante la exclusión de la jurisdicción, el Estado colombiano está llamado a reparar patrimonialmente el daño causado a terceros, en los términos del artículo 90 superior, cuando estos, en virtud de tal inmunidad, no estén en capacidad de reclamar judicialmente el perjuicio causado al beneficiario responsable. En este último aspecto, la Corte Constitucional reconoció en la Sentencia C-315 de 2004 que la inmunidad de jurisdicción podría afectar, eventualmente, el derecho de acceso a la administración de justicia de las personas, al impedir a los nacionales, por ejemplo, demandar a los miembros de las misiones diplomáticas que les hubieren podido ocasionar algún daño. Sin embargo, a partir de esa providencia, la Corte Constitucional ha considerado que ese reparo no es justificado, no solo porque la inmunidad es un elemento esencial del derecho diplomático sino porque en esos eventos, la persona puede obtener una reparación del Estado colombiano, por haber sido víctima de un daño antijurídico (CP art. 90) (...)”⁵⁷

141. En el caso concreto, el objeto y las obligaciones pactadas bajo el Convenio 055 de 2008, y las actividades desarrolladas en su ejecución por el IICA -relativas a la implementación, ejecución y desarrollo de la Convocatoria pública de riego y drenaje- permiten colegir, como lo advirtió la Sala en acápite precedente, que el negocio jurídico *sub lite* sí se corresponde con las funciones del IICA en los términos dispuestos en la Convención vigente sobre ese Instituto.

142. Basta contrastar el objeto del Convenio y su estructura negocial frente a las ya citadas funciones del IICA para corroborar este aserto, tal como desprende de los literales a), b), y d) del artículo 4 de la Convención, que disponen –se subrayan los apartes respectivos–:

“Artículo 4. Para alcanzar sus fines el Instituto tendrá las siguientes funciones:

- a. Promover el fortalecimiento de las instituciones nacionales de enseñanza, investigación y desarrollo rural, para impulsar el avance y la difusión de la ciencia y la tecnología aplicadas al progreso rural;
- b. Formular y ejecutar planes, programas, proyectos y actividades de acuerdo con los requerimientos de los gobiernos de los Estados Miembros, para contribuir al logro de los objetivos de sus políticas y programas de desarrollo agrícola y bienestar rural;
- c. (...)
- d. Actuar como órgano de consulta, ejecución técnica y administración de programas y proyectos en el sector agrícola, mediante acuerdos con la Organización de los Estados Americanos, o con organismos y entidades nacionales, interamericanos o internacionales.”

143. Al hilo de lo anterior, la Sala concluye que el Convenio 055 de 2008 se encuentra amparado con el compromiso de inmunidad funcional a favor del IICA, de manera que el Estado Colombiano no podía ejercer jurisdicción en sede administrativa ni judicial contra ese organismo. Lo anterior, excluía la posibilidad de que el MADR pudiera declarar el incumplimiento del IICA de forma unilateral en sede administrativa como lo hizo, ya que por cuenta de la inmunidad se encontraba proscrita tal posibilidad, como tampoco podía llevar a juicio a dicho estamento internacional ante los órganos de administración de justicia nacional con fundamento en dicho Convenio.

⁵⁷ Corte Constitucional, sentencia C- 098 del 3 de marzo de 2020, M.P. Gloria Estella Ortiz Delgado.

144. Recientemente, esta Corporación en providencia del 10 de junio de 2022⁵⁸ declaró probada la excepción de falta de jurisdicción por inmunidad del Instituto Interamericano de Cooperación para la Agricultura IICA frente a la justicia nacional, de cara a la demanda promovida por el MADR en la que pretendió el incumplimiento del IICA respecto de otro convenio suscrito con ese Instituto de las mismas características –el Convenio Especial No. 052 de 2009– el cual fue suscrito para la *“implementación, desarrollo y ejecución de la convocatoria pública de riego y drenaje que permita la asignación de los recursos del programa Agro Ingreso Seguro (AIS)”*; objeto que, *mutatis mutandis*, estuvo reproducido en el Convenio 055 de 2008 para adelantar las convocatorias de selección de proyectos de riego, conforme a la Ley 1133 de 2007.

145. En dicha providencia, a propósito del marco convencional y constitucional aplicable en torno a las inmunidades de las que goza el IICA en Colombia, se concluyó:

“10) En esta perspectiva la inmunidad otorgada por la República de Colombia es aplicable en este caso porque la controversia tiene que ver exactamente con el ejercicio, en el país, de las funciones propias del organismo y no amenaza con desconocer derechos de los habitantes del territorio, por cuanto el convenio materia de la litis fue suscrito con el propio Estado que la concedió; así las cosas, en aplicación del principio “pacta sunt servanda” no le es posible al Estado desconocer sus compromisos internacionales y, por ende, no resulta viable someter a esta jurisdicción la controversia promovida por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural en su contra.

*11) El artículo 6 del acuerdo básico de 1967 “Sobre Privilegios e Inmunidades del Instituto” prevé la posibilidad de que el IICA renuncie a la inmunidad para determinados casos particulares siempre que se haga de manera **expresa**, lo cual no ocurrió en este caso; en efecto, verificado en su integridad el texto del convenio 052 de 2009 suscrito entre las partes no se encuentra renuncia expresa a la referida inmunidad, como tampoco se alegó ni se probó que la hubieran acordado en documento separado”⁵⁹.*

Por manera que, el reconocimiento de la inmunidad de jurisdicción al IICA es consistente y fundado de cara a los convenios que, con los objetos anotados, se pactaron con entidades de orden nacional, y así debe desatar sus efectos.

146. Lo dicho hasta este punto permite a la Sala entrar a resolver el cargo del apelante relativo a la falta de competencia del MADR, el cual fue postulado como vicio de nulidad de los *actos administrativos* enjuiciados, y a determinar la proyección de sus efectos ante la aseguradora en la configuración del siniestro; todo ello, de cara a la inmunidad de jurisdicción del IICA y conforme al régimen de derecho privado que gobierna este Convenio.

147. La relevancia en la identificación del régimen aplicable al negocio jurídico *sub lite* es trascendente, si se tiene en cuenta que el legislador al asignarle dicho

⁵⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, expediente 25000233600020130219301 (58.690), M.P. Fredy Ibarra Martínez.

⁵⁹ Esta última afirmación, excluyó la existencia de una renuncia expresa incorporada en la cláusula compromisoria (pactada en los mismos términos en que fue incorporada en el Convenio 055 de 2008), pues en ella se *“previó la posibilidad de llevar los eventuales conflictos ante la justicia arbitral; además, es especialmente relevante en este caso que la parte demandada con ocasión de dar respuesta a la demanda formuló la excepción de cláusula compromisoria y el tribunal de primera instancia la declaró no probada por considerar que, tal como lo pactaron las partes, era facultativo acudir o no a tal instancia (...)”*.

tratamiento no hizo cosa distinta que eliminar las asimetrías de poder y preeminencia que en la relación negocial ostentan las entidades estatales en la celebración de sus contratos, en sentido amplio, las cuales se expresan en prerrogativas de poder público conferidas por el EGCAP que, por supuesto, no tienen lugar en el contexto del derecho común.

148. La relación convencional que así transcurrió, al estar sometida al régimen de derecho privado conduce a que inexorablemente los actos que tienen origen en este negocio jurídico compartan la naturaleza que tienen aquellos en el tráfico negocial propio del derecho común, donde no obran privilegios de poder público o de autoridad, que son las notas distintivas que dan lugar a la expedición de actos administrativos. Lo anterior lleva a precisar, a su vez, que la determinación del régimen legal aplicable a determinada materia es un asunto de orden público cuya definición compete al legislador, y no puede ser objeto de acuerdo o modificación por voluntad de las partes sin quebrantar el principio constitucional de legalidad.

149. Es así, que cuando la ley establece que un contrato o tipología contractual queda sometida al régimen privado del derecho, excluye la posibilidad de que sus actos provengan o apliquen potestades administrativas o decisiones de *imperium* que sólo son inherentes al régimen público de los contratos y, por tanto, no es posible que en tal escenario puedan expedirse actos administrativos. Conviene precisar que tal distinción no riñe con el ejercicio de la autonomía de la voluntad, a partir de la cual las partes pueden atribuir determinadas facultades, incluso unilaterales, a alguna de ellas, sin que en cualquier caso ello lleve a variar el régimen o la naturaleza de tales manifestaciones, en consecuencia, serán actos contractuales que no administrativos. Esta precisión deja a salvo las hipótesis en las que el legislador, a pesar de definir el régimen de derecho antes indicado, fija la posibilidad de incluir en el contrato prerrogativas excepcionales, asunto que no fue el del caso analizado.

150. Esta premisa, vista desde la jurisprudencia, reconoce que en el marco del derecho privado se autoriza *“el pacto de cláusulas accidentales mediante las cuales se prevé el ejercicio de facultades tales como la terminación unilateral o la liquidación unilateral, [y] entre otros se funda primordialmente en la autonomía dispositiva [por lo que] resulta viable que las partes del contrato puedan pactar cláusulas accidentales que impliquen la utilización de mecanismos tales como la cláusula penal, la imposición de multas, la terminación unilateral (...), siempre y cuando que esas estipulaciones no vayan en contra de normas imperativas, de las buenas costumbres, del principio de buena fe objetiva, ni mucho menos que comporten un ejercicio abusivo de un derecho, ni contraríe el orden público”*⁶⁰.

151. Dicho esto, se colige de forma certera que los actos emitidos con ocasión del negocio jurídico *sub lite*, esto es, las resoluciones 000191 del 22 de junio de 2010 y 000321 del 5 de agosto del año 2010, por medio de las cuales se declara y confirma, respectivamente, *“el incumplimiento del Convenio de Cooperación Científica y Tecnológica No. 055 de 2008 y se impone la cláusula penal pecuniaria pactada en*

⁶⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias: (i) del 19 de julio de 2017, expediente 57.934 y (ii) del 24 de agosto de 2016, expediente 41.783.

el mismo y se hace efectiva la póliza de garantía única de cumplimiento (...)”, no tienen la naturaleza de administrativos, por tanto, carecen de sus atributos, entre ellos, el de presunción de legalidad y el de ejecutividad. Por efecto de lo anterior, su examen judicial no puede encausarse a través de la pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho, pues este mecanismo está diseñado para controvertir dicha presunción, y ésta sólo se predica de los actos *administrativos*, y por vicios inherentes a éstos.

152. Al unir las dos grandes conclusiones a las que se ha arribado en este segmento, se establece la columna central de la decisión que se apresta a adoptar esta Sala en torno a la *falta de competencia* pregonada por el censor: (i) el MADR carecía de facultades para expedir actos administrativos, a propósito del régimen del Convenio, lo que significa que los enjuiciados corresponden a actos contractuales; pero, (ii) por cuenta de la inmunidad de la que goza el IICA, al MADR le estaba vedado declarar el incumplimiento de ese Instituto en sede administrativa, pues la obligación de reconocer tal inmunidad fue conferida por el Estado colombiano mediante instrumentos internacionales, siendo una prerrogativa plena e integral en el ámbito funcional. Por tanto, la Sala pasa a explicar los efectos de tales postulados en los actos demandados.

153. Mediante la resolución 000191, el Ministerio de Agricultura declaró que el IICA había incumplido el Convenio 055 de 2008 y ordenó hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria allí pactada por la suma de \$14.000'000.000; asimismo, declaró la ocurrencia del siniestro de incumplimiento amparado en la póliza N° GU022432, ordenando adelantar los trámites para obtener el pago del indicado monto⁶¹. En específico la citada resolución dispuso:

“ARTÍCULO PRIMERO: Declarar el incumplimiento por parte del Instituto Interamericano de Cooperación para la Agricultura – IICA, del Convenio 055 de 2008, el cual se celebró por dicho instituto, el INCODER y el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta Resolución.

ARTÍCULO SEGUNDO: Hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria prevista en la Cláusula Vigésima Segunda del Convenio 055 de 2008, por un valor de catorce mil millones de pesos (\$14.000'000.000) colombianos, en virtud de la parte considerativa de la presente Resolución.

ARTÍCULO TERCERO: Declarar la ocurrencia del siniestro de incumplimiento amparado por la póliza de garantía única de cumplimiento a favor de entidades estatales No. GU022432, expedida por la COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. – CONFIANZA cuyo amparo de cumplimiento actualmente se encuentra vigente hasta el 30 de octubre de 2010, tal y como consta en el certificado GU052842.

ARTÍCULO CUARTO: como consecuencia de la declaratoria de siniestro, adelantar los trámites establecidos para obtener el pago de las indemnizaciones establecidas (sic) en la parte resolutive de este acto (...)”

154. Al lado de lo anterior, las partes del Convenio acordaron la inclusión de una cláusula penal, la cual se hizo efectiva en la segunda determinación anotada. La Sala se detiene en este punto, en tanto el concepto y naturaleza jurídica de la cláusula penal ilustra que esta estipulación es constitutiva de una obligación accesoria y condicional, que tiene génesis en el incumplimiento de una obligación

⁶¹ Fls. 13 al 77, del c. de p. 2.

principal; es decir, no nace ni pervive de forma autónoma y solitaria, sino que sólo se da a luz ante la previa configuración de un escenario de incumplimiento negocial.

155. En el ordenamiento jurídico las normas de derecho privado que se refieren a la cláusula penal están previstas en los artículos 1592 del Código Civil y 867 del Código de Comercio, que a la letra rezan:

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

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

156. De las citadas normas se colige que la cláusula penal corresponde a una prestación que es definida por las partes como compensatoria de los daños y perjuicios que sufre el contratante cumplido, cuyo objeto, en términos generales, está dirigido a remediar los efectos patrimoniales que se derivan del incumplimiento del negocio jurídico. De modo que, necesariamente, su nacimiento pende de una declaración previa en sede de incumplimiento.

157. La Corte Suprema de Justicia al profundizar sobre esta figura y su carácter accesorio y modal, ha precisado:

“(...) en el ámbito de la dogmática jurídica civil, se denomina «cláusula penal» al acuerdo de las partes sobre la estimación de los perjuicios compensatorios o moratorios, para el evento del incumplimiento del convenio o la mora en la satisfacción de las obligaciones derivadas del mismo, recibiendo en el primer caso el nombre de «cláusula penal compensatoria» y en el segundo, «cláusula penal moratoria»; así mismo se reconoce, que cumple la función complementaria de apremiar al deudor para el adecuado cumplimiento de la prestación.

En virtud de lo anterior, cabe señalar, que dicho pacto tiene el carácter de una «obligación accesorio», en cuanto tiene por objeto asegurar el cumplimiento de otra obligación; igualmente, constituye una «obligación condicional», porque la pena solo se debe ante el incumplimiento o retardo de la «obligación principal»; y también puede representar una liquidación convencional y anticipada de los perjuicios en caso de configurarse alguno de tales supuestos (...)”⁶².

158. Visto lo anterior, en el presente caso es necesario analizar si las partes del Convenio pactaron la facultad de que una de ellas pudiera declarar el incumplimiento de la otra y configurar la hipótesis que fundamenta la cláusula penal, ello en el entendido de que las disposiciones que en estas materias traen las normas de contratación pública no son aplicables bajo el derecho común y, por ende, como fue advertido líneas atrás, el examen de estos actos contractuales no pasa por el tamiz de los vicios inherentes a los actos administrativos, entre ellos, la *falta de competencia*, ni encuentra fuente distinta a la autonomía de la voluntad a la que quedan sujetos.

159. De modo que el examen relativo a la imposición de cláusulas accidentales – como las multas y la penal pecuniaria- impone constatar si su ejercicio proviene y es consistente con la manifestación de voluntad de las partes de autorizar a una de

⁶² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 31 de julio de 2018, Radicación n.º 25899-31-03-002-2013-00162-01, M.P. Luis Alonso Rico Puerta.

ellas a su declaración unilateral; lo contrario representaría un incumplimiento del negocio jurídico por el sujeto que desborde las facultades convenidas.

160. Esta precisión se hace necesaria, pues más allá de la distinción que surge de la existencia de tales actos bajo uno u otro régimen, y de la determinación que por esta vía se hace de su naturaleza -contractual o administrativa contractual-, lo cierto es que el actor desde el momento en que planteó sus pretensiones y en el concepto de la ilegalidad aducida, se quejó por la *extralimitación de funciones* y el *actuar sin competencia* del Ministerio, explicando que éste se atribuyó facultades de las que carecía pues el Convenio estaba regido por el derecho privado y en sus estipulaciones no se autorizó al Ministerio a emitir decisiones unilaterales como las demandadas; postura que, a no dudarlo, expresa el reproche de incumplimiento contra el MADR respecto de las cláusulas en que se acordaron las facultades sancionatorias indicadas, por haber sobrepasado lo pactado.

161. Para empezar, hay que indicar que estas estipulaciones –multas y cláusula penal– corresponden a sanciones pecuniarias pactadas por las partes en ejercicio de la autonomía de la voluntad con el fin de garantizar el cumplimiento del negocio jurídico celebrado, figuras que, si bien parecieran contener una misma naturaleza atendiendo a esa finalidad común y su carácter convencional, accesorio y preventivo, poseen unas características propias que permiten diferenciarlas:

(i) Las multas tienen una finalidad de constreñimiento o coacción para compeler o apremiar al contratista a cumplir con las obligaciones a su cargo, cuando éste incurre en mora en su ejecución conforme a los plazos convenidos; en esa medida, la multa contractual no tiene nunca un carácter resarcitorio o indemnizatorio, sino que busca, exclusivamente, forzar el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato; de manera que su naturaleza se circunscribe a un mecanismo coercitivo ante la tardanza o el incumplimiento parcial del contratista, con el fin de que éste se ponga al día en sus obligaciones y obtener la satisfacción del objeto contractual acordado.

(ii) La cláusula penal pecuniaria, por regla general y salvo pacto expreso de las partes, conforme al mandato de los artículos 1594 y 1600 del Código Civil, posee una naturaleza indemnizatoria o liquidatoria, al entenderse como una tasación anticipada de los perjuicios causados con el incumplimiento definitivo del contrato, por lo que su exigibilidad está sujeta a la finalización del plazo del negocio jurídico o a la imposibilidad de ejecutar su objeto, previa declaración del incumplimiento definitivo del contratista.

162. En los contratos regidos por el derecho privado, esta Corporación ha explicado que la autonomía de la voluntad no sólo autoriza a las partes para convenir multas y cláusulas penales, sino también a que éstas puedan acordar la posibilidad de declarar el incumplimiento parcial o definitivo, e imponerlas unilateralmente sin necesidad de declaración judicial, toda vez que los contratantes son libres de pactar las estipulaciones que mejor regulen sus intereses, entre ellas, las relativas a establecer o definir el posible incumplimiento de lo pactado y sus efectos; los únicos límites a esa autonomía son el orden público y las buenas costumbres, que de

ninguna manera son transgredidos por el pacto o ejercicio de una facultad como la indicada, especialmente cuando ninguna disposición normativa la prohíbe.

163. En el caso concreto, las sanciones pecuniarias del negocio jurídico fueron acordadas por las partes bajo los siguientes términos -se analizan en su conjunto para precisar el contexto del negocio y la interpretación de unas cláusulas por otras, sin perjuicio de que la facultad ejercida corresponde a la cláusula penal-:

“CLÁUSULA VIGÉSIMA PRIMERA – MULTAS. En caso de mora o de incumplimiento parcial de las obligaciones a cargo del IICA, EL MINISTERIO y/o EL INCODER podrán imponerle, mediante resolución motivada, multas sucesivas (...) sin exceder el ciento por ciento (100%) de la Garantía Única de Cumplimiento”.

“CLÁUSULA VIGÉSIMA SEGUNDA – CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA. En caso de incumplimiento de las obligaciones por parte del IICA, EL MINISTERIO y/o EL INCODER harán efectiva una suma equivalente al diez por ciento (10%) del valor total del mismo (...) que se considerará como pago parcial pero no definitivo de los perjuicios que se causen” (subrayas propias).

164. De esta forma atendiendo al claro sentido literal de lo pactado en el Convenio, así como la naturaleza de ambas figuras conforme a lo expuesto, se acordó:

(i) El simple retardo, mora o incumplimiento parcial del contrato, que conllevaba la causación y exigibilidad de las multas, podía ser determinado unilateralmente por el Ministerio o el INCODER, pues se convino expresamente que estaban habilitados para imponerlas, permitiéndole compeler al cumplimiento del objeto del negocio jurídico durante su vigencia.

(ii) A su turno, la cláusula penal pecuniaria sería efectiva ante el incumplimiento definitivo del contrato, en tanto fue acordada como una tasación parcial anticipada de los perjuicios causados por esa circunstancia. Sin embargo, las partes no acordaron explícita ni implícitamente, ni en esa o en otra cláusula, que el Ministerio o el INCODER quedaran habilitados para declarar el incumplimiento, en tanto lo que allí se estipuló era consecuencial a aquella determinación, para la cual no se confirió facultad a alguna de las partes.

165. La Sala debe precisar que si bien es válido en el ordenamiento jurídico el pacto que permita a una de las partes declarar incumplido el contrato e imponer unilateralmente la cláusula penal, no es menos cierto que por la trascendencia misma de tal autorización y sus efectos, ésta debe aparecer claramente consignada en el negocio jurídico celebrado. En el presente caso, dicho imperativo está ausente, pues aunque se acordó que el Ministerio o el INCODER harían efectiva la cláusula penal -más no la impondrían como en el caso de las multas-, tal posibilidad pendía de una circunstancia previa y principal que era la declaratoria de incumplimiento del contrato, respecto de la cual no se pactó que una de las partes pudiera efectuarla de forma unilateral.

166. Habrá decirse, además, que aun cuando el párrafo de la cláusula vigésima segunda estableció, en contra de la naturaleza misma del negocio jurídico suscrito, que el valor de las multas y de la cláusula penal podía *“ser tomado directamente del saldo a favor del CONTRATISTA, si lo hubiere, o de la Garantía Única de*

Cumplimiento constituida”, tal disposición no permite concluir una habilitación expresa para declarar el incumplimiento del contrato e imponer unilateralmente la cláusula penal, en tanto y en cuanto:

(i) La efectividad y deducción del valor de la cláusula penal de los eventuales saldos a favor del *contratista*, o su cobro bajo la garantía exigida en el contrato, corresponden a circunstancias posteriores a la causación y exigibilidad de la cláusula penal, sin perjuicio de que estas últimas dependieran de la declaración de incumplimiento definitivo del negocio jurídico, para lo cual no se habilitó a alguna de las partes.

(ii) Al haberse convenido expresamente por los contratantes que sólo las multas serían impuestas y ante la evidencia de que tal posibilidad no se acordó respecto de la cláusula penal pecuniaria, afirmar lo contrario, a partir de la sola posibilidad de realizar su cobro bajo los saldos adeudados, o a cargo de la garantía pactada que respectivamente, corresponden a la reiteración de una forma de extinción de las obligaciones -compensación- y al ejercicio de los derechos derivados del contrato de seguro -cobro de la póliza-, implicaría suponer disposiciones que el negocio jurídico claramente no contiene; y,

(iii) Conforme al artículo 1621 del Código Civil, en aquellos casos en que no apareciere voluntad contraria, deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato. En el caso concreto y como se ha indicado, el negocio jurídico objeto de controversia corresponde a un convenio especial de cooperación en el que las partes efectúan aportes para colaborar en un objetivo común, sin que entre ellos exista una remuneración por el cumplimiento de las obligaciones pactadas, razón por la cual, con ocasión de su ejecución, no era jurídica ni materialmente posible que existiera un “saldo a favor del CONTRATISTA” –los aportes del IICA, ya precisados, impiden desde cualquier ángulo considerar la presencia de un *contratista*–. En esa medida, tal disposición, ajena y contraria a la naturaleza del negocio jurídico, que por demás sería inaplicable, resulta insuficiente para inferir bajo el mismo una facultad que no fue expresada por las partes al manifestar el consentimiento que determinó su formación.

167. La Sala evidencia, al hacer un repaso de todas las disposiciones contenidas en el Convenio 055 de 2008, que tal parágrafo además de desarticulado, y probablemente traído de otro tipo de acuerdo -sin advertir la naturaleza jurídica disímil de lo que se transcribía-, resultaba inejecutable y carente de función jurídica y económica bajo el Convenio. Basta señalar, de un lado, que es el único apartado donde se califica como “contratista” al IICA, y justamente, unido a esa connotación es que se previó un descuento de los “saldos” a su favor, para compensar o reclamar su valor contra la póliza de cumplimiento.

168. Lo anterior, de otro lado, confirma su inaplicabilidad si se tiene en cuenta que, tal como lo prescribe en su *cláusula novena*, el valor del Convenio no expresa una remuneración, como ocurre con los contratos conmutativos, sino que equivale al valor total de los aportes a los que se comprometieron el Ministerio y el IICA, de suerte que no hay posibilidad de que pueda existir saldo alguno a favor de dicho Instituto. A su vez, bajo la cláusula *décima quinta* el IICA se obligó a constituir a

favor del Ministerio, una garantía *“que ampare (i) el cumplimiento de las obligaciones derivadas del presente Convenio, por el diez por ciento (10%) del valor total del aporte de EL MINISTERIO, por una vigencia igual al término de duración del mismo y cuatro (4) meses más, y (ii) el cumplimiento de las obligaciones laborales, tales como el pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones del personal que el IICA emplee en la ejecución del Convenio, por el cinco por ciento (5%) del valor total del aporte de EL MINISTERIO, por una vigencia igual a la del Convenio y tres (3) años más”*.

169. Entonces, el amparo de cumplimiento fue acorde con la forma en que fue valorado el contrato, esto es, por un porcentaje de la cuantía de los aportes que las partes efectuaran y no por el valor del negocio jurídico como remuneración a un contratista. Los únicos saldos que podría haber bajo el Convenio son aquellos indicados en la cláusula *vigésimo tercera* relativa a la liquidación del Convenio, en la que a partir de los recursos ejecutados llevarían a las partes a suscribir un acta y, *“[s]i existiere un saldo disponible, correspondiente a recursos no ejecutados, el IICA procederá a devolverlos al MINISTERIO, mediante consignación a la Dirección General del Tesoro”*. Lo que es consistente con las obligaciones a cargo del IICA contenidas en los numerales 15 y 16 de la cláusula sexta del convenio, relativas a: *“15) Reintegrar los rendimientos financieros que se generen durante la ejecución del presente Convenio (...)”* y, *“16) Reintegrar a EL MINISTERIO, una vez concluya la ejecución del Convenio, los recursos aportados por dicha entidad que no hubieren sido utilizados”*; a lo que se suma que los beneficiarios de los pagos bajo la política pública que se estaba ejecutando, destino medular de los aportes, eran los sujetos a quienes se aprobaran los proyectos de la convocatoria pública de riego y drenaje.

170. De todo lo anterior, es meridiano colegir que el Ministerio y el INCODER no estaban facultados para declarar el incumplimiento e imponer unilateralmente la cláusula penal estipulada bajo el convenio especial de cooperación objeto de estudio, toda vez que tal posibilidad no fue pactada en el acuerdo de voluntades que obra por escrito en el expediente.

171. De este modo, *la extralimitación de funciones y el actuar sin competencia*, pregonado en las pretensiones del actor, si bien no pueden ser objeto de nulidad y restablecimiento, dispositivo que sólo se predica de los actos administrativos, sí es susceptible de sanción judicial, pues en aplicación del principio *iura novit curia* el escrutinio que se realiza bajo el régimen de derecho privado deriva en la declaratoria de incumplimiento del negocio jurídico, comoquiera que lo que se cuestiona es la determinación originada en la actuación de una de las partes, emitida en el acontecer contractual, pero por fuera de las autorizaciones vertidas en el pacto. Así lo ha reconocido esta Corporación, al señalar que estas manifestaciones *“con fundamento en las facultades otorgadas por el pacto negocial, cuyo régimen corresponde al derecho privado, esto es, a la autonomía negocial particular, configuran un mero acto contractual que no administrativo, de manera que su control judicial debe darse por vía de incumplimiento contractual y no por vía de nulidad”*⁶³, tal como será declarado.

⁶³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 20 de febrero de 2017, expediente 56562.

172. Se concluye entonces, que (i) el MADR en la ejecución del Convenio no podía emitir actos administrativos conforme al régimen jurídico que lo gobernaba; (ii) que aun en la tesis, no admisible, de que hubiese podido expedir actos de tal naturaleza, éstos resultarían ilegales por violación de la inmunidad de jurisdicción que impedía efectuar una declaratoria de incumplimiento contra el IICA en sede administrativa⁶⁴; y, (iii) que los reproches aducidos por el demandante, llevados al campo del derecho privado, configuran el incumplimiento del MADR al exceder las facultades conferidas en el Convenio.

173. Al lado de lo anterior, la Sala no desconoce la existencia de la póliza expedida por la aseguradora CONFIANZA S.A. para garantizar el cumplimiento de las obligaciones del Convenio mediante el contrato de seguro. Pero habrá de decirse, igualmente, que la obligación de concurrir al pago de la indemnización de perjuicios pendía de la determinación previa de incumplimiento del contrato por parte del IICA, así que el instrumento de afianzamiento se constituyó en un mecanismo al que podía acudir el beneficiario siguiendo los cauces que establece el estatuto mercantil, presentando la reclamación a la aseguradora, como se pasa a ver.

174. En pronunciamiento de Sala Plena de la Sección Tercera, esta Corporación tuvo oportunidad de precisar, entre otros aspectos, las diferencias que existen en torno a la reclamación de las indemnizaciones a través de pólizas de seguros en contratos sometidos al derecho privado, y las sujetas al derecho público, y al respecto, expresó:

“La principal diferencia que se advierte entre los contratos de seguro regidos íntegramente por las normas del Código de Comercio y aquellos que fungen como garantías de un contrato estatal, radica en la competencia legal que tiene la entidad contratante para declarar la ocurrencia del siniestro mediante un acto administrativo debidamente motivado, que, como tal, está investido de la presunción de legalidad, y es ejecutivo y ejecutorio.

Al contrario, los particulares asegurados y/o beneficiarios, una vez se produce el siniestro, deben formular una reclamación ante la aseguradora, que puede ser objetada de manera seria y fundada por esta última, caso en el cual la respectiva póliza carecerá de carácter ejecutivo y deberá el interesado proceder a demandar, para probar ante el juez la existencia del siniestro y la extensión de los perjuicios reclamados.

Ahora bien, se observa que de acuerdo con el estatuto comercial, una vez se presenta el siniestro –que corresponde a la concreción del riesgo asegurado, art. 1072-, el asegurado o beneficiario está en la obligación de dar noticia al asegurador dentro de los 3 días siguientes –art. 1075- y debe presentar la respectiva reclamación, acompañada de los comprobantes que, según las condiciones de la correspondiente póliza, sean indispensables para acreditar los requisitos del artículo 1077 del Código de Comercio –art. 1053-.”⁶⁵

175. En el caso concreto podría entenderse, en principio, que el examen de cumplimiento de las precitadas normas, en torno a la reclamación de la entidad

⁶⁴ Tal circunstancia sería configurativa de un vicio de nulidad en los actos enjuiciados por objeto ilícito conforme a los preceptos del artículo 1742 del C.C., pues con su expedición el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural habría desconocido la inmunidad del IICA transgrediendo la Convención sobre el Instituto Interamericano de Cooperación para la Agricultura. Ello, en tanto dichas normas se estatuyen como mandatos imperativos para el Estado Colombiano, y su desconocimiento representa la violación de una prohibición, puntualmente, la de no juzgar en procedimientos administrativos o judiciales a dicho organismo dentro de la jurisdicción nacional y, allí, sin duda, está comprometido el orden público tanto nacional como internacional, máxime que tal prerrogativa fue incorporada en el sistema jurídico local a través de la citada Ley 72 de 1979.

⁶⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia del 28 de noviembre de 2019, Rad. 11001-03-26-000-2009-00034-00 (36600) C.P. María Adriana Marín.

beneficiaria del seguro frente a la aseguradora, permitiría tomar como reclamo las bases de la resolución 000191 del 22 de junio de 2010 y su confirmatoria, y por esta vía emprender el camino de análisis que marcan las citadas disposiciones comerciales –haciendo prevalecer sustancialmente tal manifestación–.

176. Ello se antoja procedente, siempre y cuando tales actos tuvieran aptitud de sostenerse en juicio bajo principios de corrección y cumplimiento en el contexto del negocio jurídico –lo que no sucede ante la constatación de incumplimiento del MADR al desbordar, en tales actos, las facultades conferidas bajo el Convenio–; no bastando entonces restarle la connotación de acto administrativo para que, por esta vía, fuera representativo del hito que atañe a la reclamación que prevé el artículo 1075 del estatuto mercantil.

177. A la par de lo anterior, huelga recordar el carácter accesorio y consecuencial de la cláusula penal, de manera que por virtud del incumplimiento en la expedición del acto contractual se tiene que tal afrenta al ordenamiento jurídico desvanece la existencia de una obligación principal a la que se corresponda su consecuencia penal pecuniaria.

178. Pero al margen de las anteriores conclusiones, es necesario subrayar que esta Subsección no avala que a través de actos que desconocen el régimen legal que les atañe, se invierta la posición jurídica de los sujetos involucrados en el tráfico negocial pues, como se desprende de las normas comerciales, es al beneficiario de la póliza a quien corresponde reclamar a la aseguradora en los términos dispuestos en dicho ordenamiento y, frente a tal reclamo la aseguradora podrá o no formular objeción. De ocurrir esto último –que no haya objeción, y no se pague– surgirá la acción ejecutiva a favor del asegurado o beneficiario en contra de la aseguradora; y en el caso de que sí se objete, tendrá el asegurado o beneficiario la posibilidad de iniciar un proceso ordinario con tal reclamo contra aquella⁶⁶.

179. La inversión de las cargas procesales y el desconocimiento de las garantías que subyacen a éstas, salta a la vista en los casos en que una entidad *decide* que su régimen es el del EGCAP para declarar el incumplimiento y el siniestro, en contra de lo que el legislador determinó -que el imperante sea el régimen del derecho privado-; de forma que un actuar así no puede servir de patente para llevar al cocontratante o, en este caso, a la aseguradora, a ser quien deba asumir cargas que legalmente no le corresponden y que desnaturalizan la posición jurídica que por su régimen es aplicable.

⁶⁶ La citada sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera de esta Corporación, del 28 de noviembre de 2019, Rad. Interno 36600, fue elocuente al precisar estos efectos en contratos regidos por el derecho privado, al indicar: *“De acuerdo con lo anterior, es claro que al asegurado o beneficiario le corresponde, al presentar la reclamación de la respectiva indemnización ante la aseguradora, acreditar no sólo la ocurrencia del siniestro, esto es, que se realizó el riesgo asegurado, sino también la naturaleza y extensión de los perjuicios reclamados, es decir el monto de los mismos o cuantía de la pérdida, como reza la norma; y la aseguradora, estará obligada a pagar la indemnización dentro del mes siguiente, a menos de que haya objetado la reclamación. Si la objeción no se produce en ese lapso y la aseguradora no paga, surgirá la acción ejecutiva a favor del asegurado o beneficiario. Contrario sensu, si aquella formula oportunamente una objeción a la reclamación, surgirá a cargo del asegurado o beneficiario el deber de acudir al juez del contrato de seguro, para que a través de la tramitación de un proceso ordinario se establezca la obligación indemnizatoria a cargo de la aseguradora, al comprobarse la existencia tanto del siniestro como de los perjuicios reclamados”* (se subraya).

180. Entonces al restarle la ejecutividad, atributo directo y propio de los actos administrativos, el MADR no podía luego de reclamar a la aseguradora los amparos constituidos bajo el seguro de daños, exigirle el pago; pues como atrás se dijo, el Estatuto mercantil tiene definida la ruta que debe transitar una de tales reclamaciones; ya sea el proceso ejecutivo cuando no hay objeción de la aseguradora, o instaurar en su contra el respectivo proceso declarativo; camino procesal que no se acorta tildando un acto como administrativo, sin serlo, solo para hacerlo ejecutable; lo que, a su vez, desconoce el derecho al debido proceso de la aseguradora por vulnerar la garantía asociada a las formas propias de cada juicio.

181. Por todo lo expuesto, la Sala accederá a la pretensión formulada por el actor por *extralimitación de funciones* del MADR; reclamo que, de cara a la relación jurídica que compromete la póliza de seguros, conduce a dejar sin efectos las decisiones cuestionadas, pues con ellas se desconoció el ordenamiento jurídico a través del ejercicio de facultades inexistentes, como fue constatado líneas atrás, mediante las cuales la entidad quiso hacer efectiva la póliza de cumplimiento valiéndose de la emisión de *actos administrativos* encaminados a tal fin; situación que evidencia que el MADR impuso a la aseguradora una carga que le correspondía asumir a esa entidad en su calidad de asegurado”.

182. Por efecto de lo anterior, y aunque el actor pretendió el restablecimiento del derecho basado en la nulidad de los actos, en el sentido de que se declare que *no se adeuda la suma de catorce mil millones de pesos por concepto de causación de la cláusula penal pecuniaria de que trata la resolución 191 de 2010*, tal solicitud, llevada al campo de la ruptura de las cargas legales y procesales indicadas, será declarada y tendrá los efectos patrimoniales peticionados por el demandante.

183. Se aclara que la prosperidad del cargo analizado releva a la Subsección de avanzar en el análisis de los demás reproches pregonados en la censura, de cara al efecto integral de esta decisión.

Costas

184. Conforme a lo dispuesto en el artículo 188⁶⁷ del CPACA y con la disposición especial del artículo 365⁶⁸ del CGP, la condena en costas no requiere de la apreciación o calificación de una conducta temeraria de la parte a quien se le imponen, toda vez que en el régimen actual, dicha condena se determina con fundamento en un criterio netamente objetivo, en este caso frente a la parte que ha resultado vencida, *“siempre que exista prueba de su existencia, de su utilidad y de*

⁶⁷ “Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.”

Se aclara que la Ley 2080 de 2021 introdujo una reforma al CPACA, norma que en el inciso final de su artículo 86, contempló que los recursos interpuestos *“se regirán por las leyes vigentes cuando se interpusieron los recursos”*. Por lo anterior, como en el presente asunto el recurso de apelación se interpuso en abril de 2015, con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 2080 de 2021 -26 de enero de 2021-, le son aplicables “las leyes vigentes” cuando se interpuso el recurso, es decir, las disposiciones del CPACA sin las reformas introducidas por la Ley 2080 de 2021.

⁶⁸ “Condena en costas. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas: 1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código (...) 8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”.

que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley”.

185. En el presente caso se observa que la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A., – Confianza, como parte demandante, atendió e intervino en el proceso de manera diligente y oportuna, pues contaba con apoderado que asumió su representación judicial, gestión que se estima suficiente para que se disponga a su favor la fijación de agencias en derecho en la liquidación de las costas, de acuerdo con lo previsto en los artículos 365 y 366 del CGP.

186. El artículo 365 *ibid.*, en el numeral 4, dispone que cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias. La liquidación de las costas se debe adelantar de manera concentrada en el Tribunal que conoció del proceso en primera instancia, de acuerdo con lo que dispone el artículo 366 del CGP.

187. De conformidad con el Acuerdo expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, vigente para la fecha en que se presentó la demanda, en materia de tarifas de agencias en derecho se tiene en cuenta lo siguiente:

“ACUERDO 1887 DE 2003

(Junio 26)

“Por el cual se establecen las tarifas de agencias en derecho”.

“(…).

“Artículo 2º—Concepto. Se entiende por agencias en derecho la porción de las costas imputables a los gastos de defensa judicial de la parte victoriosa, a cargo de quien pierda el proceso el incidente o trámite especial por él promovido, y de quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, (...).

“Artículo 3º—Criterios. El funcionario judicial, para aplicar gradualmente las tarifas establecidas hasta los máximos previstos en este acuerdo, tendrá en cuenta la naturaleza, calidad y duración útil de la gestión ejecutada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, autorizada por la ley, la cuantía de la pretensión y las demás circunstancias relevantes, de modo que sean equitativas y razonables. Las tarifas por porcentaje se aplicarán inversamente al valor de las pretensiones.

“(…).

“Artículo 5º—Fijación de tarifas. Las tarifas máximas de agencias en derecho se establecen en salarios mínimos mensuales legales vigentes, o en porcentajes relativos al valor de las pretensiones de la demanda reconocidas o negadas en la sentencia.

“Artículo. 6º—Tarifas. Fijar las siguientes tarifas de agencias en derecho:

“(…).

“III CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

““(…)

“3.1.3. Segunda instancia.

“Sin cuantía: Hasta siete (7) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

“Con cuantía: Hasta el cinco por ciento (5%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia” (se destaca).

A su vez, el artículo 4 del citado Acuerdo consagró que las tarifas máximas de agencias en derecho deben establecerse en salarios mínimos o en porcentajes relativos al valor de las pretensiones de la demanda reconocidas o negadas en la sentencia

188. En lo que a este caso interesa, dado que se revocó totalmente la sentencia de primera instancia, resulta oportuno anotar que, en cuanto a la tasación de las agencias en derecho de procesos en primera instancia con cuantía, el numeral 3.1.2 del Acuerdo establece que se fijarán por hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia. Por su parte, el numeral 3.1.3 dispone que las agencias en derecho en segunda instancia en los procesos con cuantía se fijarán por hasta el cinco por ciento (5%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

189. A partir de lo expuesto, la Sala fijará las agencias en derecho de ambas instancias, las cuales estarán a cargo de la Nación - Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural y a favor de Compañía Aseguradora de Fianzas S.A., – Confianza, teniendo en consideración el valor de las pretensiones que fueron presentadas en este proceso por la demandante⁶⁹.

Con fundamento en lo anterior, se fijan las agencias en derecho para la **primera instancia** en la suma de CIENTO CUARENTA MILLONES DE PESOS M/CTE (\$140'000.000) a favor de la parte actora, cifra que equivale al 1% de la suma impuesta en la Resolución 000191 de 2010, aducida en las pretensiones; y para la **segunda instancia** se fijan en el 0,5%, equivalente a la suma de SETENTA MILLONES DE PESOS M/CTE (\$70'000.000).

IV. PARTE RESOLUTIVA

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

FALLA:

REVOCAR la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Cundinamarca el 26 de marzo de 2017 para, en su lugar:

PRIMERO. DECLARAR el incumplimiento del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural en la expedición de la Resolución 00191 del 22 de junio de 2010 y Resolución 00321 del 5 de agosto de 2010, por las razones señaladas en esta providencia.

SEGUNDO. Dejar **SIN EFECTOS** todas las declaraciones efectuadas en las resoluciones 00191 del 22 de junio de 2010 y 00321 del 5 de agosto de 2010, incluidos los efectos patrimoniales allí contenidos.

En caso de haberse efectuado el pago de la cláusula penal por parte de la demandante, **DEVOLVER** tales sumas a la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. – Confianza.

⁶⁹ De acuerdo con la estimación razonada de la cuantía presentada en la demanda, el valor de las pretensiones del proceso correspondió a la suma de \$14.000'000.000, consistente en el restablecimiento que aspiró obtener el actor con la declaratoria de nulidad promovida, de cara a la imposición de la cláusula penal pecuniaria.

TERCERO. NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO. CONDENAR en costas al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, por ambas instancias, las cuales serán liquidadas de manera concentrada por el Tribunal de primer grado, de acuerdo con lo previsto en el artículo 366 del Código General del Proceso.

Para el efecto, las agencias en derecho en **primera instancia** se fijan en la suma de CIENTO CUARENTA MILLONES DE PESOS M/CTE (\$140'000.000) a cargo de la Nación - Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, y a favor de la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. – Confianza.

Como agencias en derecho en **segunda instancia**, se fija la suma de SETENTA MILLONES DE PESOS M/CTE (\$70'000.000) a cargo de la Nación - Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, y a favor de la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. – Confianza.

QUINTO. Ejecutoriada esta providencia, **DEVOLVER** el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
MARÍA ADRIANA MARÍN
Salvamento de voto

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE⁷⁰
MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

VF

⁷⁰ Se deja constancia de que esta providencia fue aprobada por la Sala en la fecha de su encabezado y que se suscribe en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI del Consejo de Estado, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar su integridad y autenticidad en el enlace <http://relatoria.consejodeestado.gov.co:8081/Vistas/documentos/validador>.



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN A

Consejero Ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

Bogotá D.C., veintisiete (27) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

Radicación número: 250002336000201200285 01 (54709)

Demandante: COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS - CONFIANZA S.A.

Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DES. RURAL

Asunto: MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

SALVAMENTO DE VOTO

Con el respeto que profeso por las decisiones de la Sala, me permito manifestar las razones por las cuales disiento del criterio mayoritario expuesto en la sentencia del 27 de octubre del año en curso, en la cual se revocó el fallo dictado el 26 de marzo de 2015 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y, en su lugar, se acogieron parcialmente las pretensiones de la demanda.

1) Considero, en primer lugar, que el fallo del cual me aparto incurrió en violación del principio de congruencia al declarar el incumplimiento del Ministerio de Agricultura por expedir las resoluciones enjuiciadas y dejar sin efecto las mismas, pese a que el incumplimiento contractual de esa entidad estatal no era una pretensión de la demanda.

Las solicitudes del libelo, reiteradas en la apelación, se encaminaron expresamente a la nulidad de unas decisiones unilaterales adoptadas por el Ministerio, bajo la consideración de que se trataba de actos administrativos; conclusión ésta que, además, comparto con la parte demandante, pues toda declaración unilateral de la voluntad de una entidad administrativa, que genere determinados efectos jurídicos, constituye acto administrativo, al margen del régimen jurídico del contrato en cuyo marco se expida. Cosa distinta es la cuestión sobre si el Ministerio era competente o no para decidir como lo hizo, pero estimo que ello era enjuiciable precisamente demandando la nulidad del acto expedido por la entidad, lo que daba solución adecuada al problema jurídico, sin necesidad de violar el principio de congruencia por la vía de adentrarse el estudio del caso en un incumplimiento nunca planteado en el juicio.

2) En segundo lugar, estimo que, contrario a lo que concluye la sentencia, el Convenio 055 de 2008 estaba regulado por la Ley 80 de 1993.

En la decisión mayoritaria se afirma que dicho acuerdo de voluntades constituyó un convenio especial tajantemente excluido de la Ley 80 de 1993, por cuanto la convocatoria previa hecha al IICA -organismo público de cooperación internacional-

se hizo bajo los instrumentos internacionales suscritos y ratificados por Colombia, que preveían la posibilidad de celebrar, precisamente, convenios encaminados a actividades de promoción y asistencia como las que el Gobierno Nacional le solicitó a dicho instituto en el presente caso. Se consideró que el *a quo* incurrió en un yerro al establecer que el negocio jurídico tenía un carácter conmutativo y encuadrarlo, por consiguiente, en el régimen de la Ley 80 de 1993, cuando en realidad, según la Sala, las cláusulas del *Convenio 055* contemplaban actividades de cooperación y asistencia en que cada parte cumplía con los fines que le eran atribuidos en sus instrumentos de creación, lo que erigía el negocio en un verdadero convenio de cooperación, especialmente en los términos del “*Decreto Ley 393 de 1991*”, que señaló que tales convenios especiales de cooperación celebrados para adelantar actividades científicas y tecnológicas tendrían un régimen “*de derecho privado*”.

Me separo de estos criterios porque considero que, en realidad, el llamado *Convenio 055 de 2008* no cumplió los requisitos para ser tenido pacíficamente como un convenio especial de cooperación científica y tecnológica, mientras que sí tenía elementos de un contrato estatal propiamente dicho. En general, el negocio jurídico adoleció, aún desde su concepción y desde su fase precontractual, de múltiples ambigüedades que impedían clasificarlo sin más, en una u otra categoría, y que ameritaron, incluso, el cuestionamiento de la justicia penal colombiana. En esa medida, no siendo necesaria ni claramente un acto bilateral excluido del EGCAP y sí teniendo elementos regulados por éste, el régimen del convenio o contrato en cuestión era el de la Ley 80 de 1993, sin perjuicio de que le fueran aplicables determinadas normas del derecho privado.

Cabe referir, de entrada, que el Decreto-ley 393 de 1991, en el que la Sala fundó parcialmente la conclusión que aquí cuestiono, no podía ser aplicable al *Convenio N° 055 de 2008*, ya que éste fue celebrado con un estamento internacional de derecho público, mientras que el decreto en mención regula únicamente los convenios celebrados por las entidades estatales colombianas con personas y organismos particulares o de derecho privado. Es cierto que el artículo 7, numeral 5, de la normativa aludida señala que los “*convenios especiales de cooperación*” se rigen por el derecho privado. Pero, ¿a cuáles convenios especiales se refiere?, a los señalados en el artículo 6 del mismo decreto, a cuyo tenor: “[p]ara adelantar actividades científicas y tecnológicas, proyectos de investigación y creación de tecnologías, la Nación y sus entidades descentralizadas podrán **celebrar con los particulares** convenios especiales de cooperación, que no darán lugar al nacimiento de una nueva persona jurídica”.

Ahora, si bien el IICA es un organismo público de cooperación internacional y en varios documentos previos al *convenio* el Ministerio enfatizó en que se requería la asistencia técnica de ese instituto para promover los sistemas de riego y otros proyectos del programa Agro Ingreso Seguro, es igualmente cierto que las obligaciones principales fijadas concretamente en el negocio jurídico materia de esta controversia no fueron de cooperación científica ni tecnológica, sino sólo de índole logística y administrativa, en orden a adelantar la Convocatoria Pública de Riego y Drenaje de 2008 y seleccionar a los interesados en recibir los subsidios, todo lo cual encuadraba en funciones propias del Ministerio, que éste simplemente encargó al IICA bajo el manto de una cooperación que en realidad no tuvo lugar, al menos de cara a varios componentes centrales de ese acuerdo de voluntades.

El aludido *Convenio* fue denominado como de “*cooperación científica y tecnológica*”, por lo que en principio, bajo el supuesto de que ese fuera su verdadero objeto, debía ceñirse a las normas reguladoras de dichas actividades, especialmente en cuanto

a su proceso de selección y contratación. Ante esa hipótesis, es decir, partiendo de la denominación del contrato como de cooperación científica y tecnológica, se tiene que la Ley 29 de 1990 dictó normas *“para el fomento de la investigación científica y el desarrollo tecnológico”* y en su artículo 11, otorgó facultades al Presidente de la República para regular, entre otros aspectos, *“las modalidades específicas de contratos de fomento de actividades científicas y tecnológicas”*. A efectos de lo anterior, el 25 de febrero de 1991, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 591, referente a *“las modalidades específicas de contratos de fomento de actividades científicas y tecnológicas”*, y aunque el artículo 3 de dicho cuerpo normativo señalaba que los contratos celebrados por el Estado para esas materias estarían regulados por el derecho privado, la Ley 80 de 1993 (artículo 81) derogó expresamente el Decreto, a excepción de los artículos 2, 8, 9, 17 y 19, quedando así cobijada por la regulación del EGCAP esa clase de negocio.

De cualquier manera, en el *“Convenio 055”* no se pactaron actividades como las indicadas en las normas vigentes de dicho Decreto 591 de 1991, especialmente el artículo 17¹, que establece que, para adelantar actividades científicas o tecnológicas, la Nación y las entidades descentralizadas pueden celebrar convenios de cooperación, y que *“las personas que los celebran aportan recursos en dinero, en especie, o de industria”*, para facilitar, fomentar o desarrollar cualquiera de las actividades científicas o tecnológicas previstas en el artículo 2 del mismo decreto², norma que, a su vez, señala que deben entenderse por actividades científicas y tecnológicas, entre otras, la difusión científica y tecnológica -lo que según el decreto comprende la asesoría en tales temas-, los proyectos de innovación que incorporen tecnología y *“la cooperación científica y tecnológica internacional”*.

Así, visto precisamente el alcance de las indicadas pautas normativas, reitero que el objeto del Convenio 055 de 2008 y de las obligaciones que en él adquirió el IICA, en realidad, no consistieron ni se encaminaron a la asistencia científica o tecnológica referida en la titulación del contrato, pues los compromisos del organismo internacional se centraron en actividades de naturaleza distinta, como lo fueron, entre otras, el adelantamiento de la Convocatoria Pública de Riego y Drenaje de 2008 y el examen de los requisitos -formales- en los proyectos de todos los postulantes, pero sólo para establecer -en conjunto con el Ministerio- las ritualidades y reglas del proceso y verificar el cumplimiento de unas exigencias primordialmente documentales, pero no para brindar asistencia en materia de desarrollo agrícola o

¹ *“Para adelantar actividades científicas o tecnológicas, la Nación y sus entidades descentralizadas podrán celebrar con los particulares y con otras entidades públicas de cualquier orden convenios especiales de cooperación. En virtud de estos convenios las personas que los celebran aportan recursos en dinero, en especie, o de industria para facilitar, fomentar o desarrollar alguna de las actividades científicas o tecnológicas previstas en el artículo 2º de este decreto”.*

² *“Para los efectos del presente decreto entiéndese por actividades científicas y tecnológicas, las siguientes: 1. Investigación científica y desarrollo tecnológico, desarrollo de nuevos productos y procesos, creación y apoyo a centros científicos y tecnológicos, y conformación de sedes de investigación e información. 2. Difusión científica y tecnológica, esto es, información, publicación, divulgación y asesoría en ciencia y tecnología. 3. Servicios científicos y tecnológicos que se refieren a la realización de planes, estudios, estadísticas y censos de ciencia y tecnología; a la homologación, normalización, metrología, certificación y control de calidad; a la prospección de recursos, inventario de recursos terrestres y ordenamiento territorial; a la promoción científica y tecnológica; a la realización de seminarios, congresos y talleres de ciencia y tecnología, así como la promoción y gestión de sistemas de calidad total y de evaluación tecnológica. 4. Proyectos de innovación que incorporen tecnología, creación, generación, apropiación y adaptación de la misma, así como la creación y el apoyo a incubadoras de empresas, a parques tecnológicos y a empresas de base tecnológica. 5. Transferencia tecnológica que comprende la negociación, apropiación, desagregación, asimilación, adaptación y aplicación de nuevas tecnologías nacionales o extranjeras. 6. Cooperación científica y tecnológica nacional o internacional”.*

de asistencia técnica, científica ni tecnológica al Ministerio o a los beneficiarios de los proyectos.

Agréguese a lo anterior que, de conformidad con el convenio mismo y con el Plan Operativo bajo el cual debía ejecutarse, un objetivo central de ambos actos fue la administración por parte del IICA, de unos **recursos públicos** que le fueron entregados para el indicado programa. Tal era el *“rol institucional”* de ese organismo, según el Plan Operativo mencionado; y en eso consistieron las obligaciones principales que asumió en virtud del Convenio, por cuanto en éste se le encomendó al IICA el adelantamiento de la convocatoria pública, la programación de su apertura y cierre, la verificación de requisitos mínimos, la evaluación de las propuestas y la suscripción de acuerdos de financiamiento con cargo a los recursos aportados por el Ministerio -ya que los recursos del IICA tuvieron destinaciones netamente administrativas, asociadas exclusivamente a la operación de ese organismo en Colombia para ejecutar el convenio-; además de rendir informes sobre la ejecución de los fondos y responder por éstos, así como por la ejecución técnica del convenio; labores todas éstas ajenas al objeto misional del IICA y no contempladas en ninguna norma como de *“cooperación científica y tecnológica”*.

Por tanto, el acuerdo de voluntades no revestía la naturaleza de convenio de cooperación científica o tecnológica ni de asistencia técnica en los términos de la Ley 29 de 1990 y el Decreto 591 de 1991, por más que así se le hubiera denominado, sino que se trató de un negocio jurídico configurativo de contrato estatal, regido por la Ley 80 de 1993, en el que el IICA asumió unas obligaciones ajenas a su misión y relacionadas con aspectos administrativos de la convocatoria pública para proyectos de riego y drenaje; obligaciones que debían ejecutarse bajo la supervisión y dirección del Ministerio, y a favor de éste.

Ciertamente, en el Convenio 055 de 2008 incidían elementos relacionados con la cooperación y asistencia técnicas en materia agrícola, pues ello estaba inescindible y naturalmente asociado al propósito principal de todo el programa Agro Ingreso Seguro, en cuyo marco fue celebrado el acuerdo de voluntades. Empero, no fue ese el objeto principal ni último del Convenio 055 aludido porque, reitero, el mismo fue celebrado prevalentemente para que el IICA administrara unos recursos del erario con miras a desarrollar la convocatoria pública de riego y drenaje, en una dinámica de índole administrativa y operativa, pero no de cooperación científica ni tecnológica.

En esa medida, evidenciándose que en el Convenio 055 de 2008 el IICA asumió obligaciones no relacionadas con su objeto social, a favor del Ministerio y con responsabilidades frente a éste, no podía categorizarse como de *“cooperación científica”*, ni en ninguna tipología de negocio jurídico expresamente excluida de la Ley 80 de 1993. Y aunque no se pactó en el convenio una remuneración a favor del organismo internacional, por cuanto el tratamiento dado al negocio jurídico fue el de *“convenio”*, lo cierto es que al reunir tal negocio jurídico elementos de carácter netamente contractual, no podía escapar de las reglas de la Ley 80 de 1993 que, en lo pertinente, le fueran aplicables, por cuanto se trató, en todo caso, de un acto jurídico generador de obligaciones, celebrado por una entidad estatal de las enunciadas en esa normativa, con elementos *“previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad”*, en los términos del artículo 32 del indicado Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

3) En tercer lugar, la sentencia señala que en el Convenio 055 de 2008 operó a favor del IICA la inmunidad de jurisdicción prevista en sus instrumentos respectivos y aceptados por el Estado Colombiano, por lo que éste, en sentir de la Sala mayoritaria, no podía ejercer jurisdicción en sede administrativa ni judicial contra ese organismo, lo que a su vez excluía la posibilidad de que el Ministerio de Agricultura pudiera declarar el incumplimiento del IICA de forma unilateral en sede administrativa como lo hizo, ni llevar a juicio a dicho estamento internacional ante los órganos de administración de justicia nacional con fundamento en dicho Convenio.

No obstante, no se reparó en el hecho de que, justamente al pactar en las cláusulas del mismo “*Convenio 055*” la posibilidad de que el Ministerio declarara unilateralmente su incumplimiento y le impusiera la cláusula penal, el IICA renunció a su inmunidad de jurisdicción en sede administrativa. Así, el Acuerdo Básico de Cooperación celebrado entre ese organismo y la República de Colombia el 26 de septiembre de 1967³, estableció en el artículo 6, literal a), que el Instituto gozaría en Colombia de “*inmunidad de jurisdicción de los tribunales nacionales, contra todo procedimiento judicial y administrativo, a excepción de los casos particulares en que expresamente se renuncie a esa inmunidad*”, lo cual fue nuevamente previsto en la Convención suscrita el 6 de marzo de 1979 por los Estados Miembros de la OEA, y ratificada por Colombia el 6 de marzo de 1980. Tal renuncia fue dispuesta y expresada por el IICA con el pacto referido, de suerte que bajo tal estipulación contractual, el Ministerio estaba habilitado para adoptar las decisiones cuya legalidad reprochó la parte demandante en este proceso.

Pero al margen de lo anterior, y aun considerándose que no se dio la renuncia expresa a la inmunidad de jurisdicción del IICA, en el denominado Convenio 055 de 2008 no podía operar ese privilegio porque no se daban las condiciones para ello, fijadas expresamente por la Corte Constitucional en las sentencias C-1156 de 2008 y C-098 de 2020, en las que ha recalcado que la inmunidad de jurisdicción reconocida a favor de determinados órganos multilaterales no tiene un alcance absoluto, sino limitado o circunscrito al ámbito en que su ejercicio no resulte incompatible con la Constitución -especialmente en cuanto al respeto de los derechos fundamentales y de ciertas obligaciones establecidas para el ente internacional-, y que esa inmunidad sólo opera bajo dichas limitantes, cuando esté orientada inequívocamente a permitir la ejecución de las actividades propias del mismo organismo.

Al respecto, ha dicho la Corte⁴:

[A] la luz de la Constitución, en el territorio colombiano, ningún Estado u organismo internacional goza de inmunidad absoluta. Esto es así, porque las atribuciones que le competen al Estado colombiano en términos de soberanía e independencia implican que tiene plena capacidad jurídica para ‘asegurar la defensa y protección de los derechos de las personas sometidas a su jurisdicción’. En la Sentencia C-137 de 1996, esta Corporación precisó lo anterior de la siguiente forma: ‘(L)as prerrogativas e inmunidades otorgadas no son, ni pueden ser, totales o absolutas. Ningún Estado constitucional estaría en capacidad jurídica de otorgar plena inmunidad a todo agente de un gobierno extranjero o representante de un organismo de derecho internacional, respecto de cualquier actividad que cumpla en su territorio, pues ello implicaría sacrificar

³ Época en la cual el estamento internacional se denominaba *Instituto Interamericano de Ciencias Agrícolas*, aunque ya perteneciente a la OEA desde 1949.

⁴ Sentencia C-098 de 2020.

las atribuciones que le competen como estado libre y soberano para asegurar la defensa de los derechos de las personas sometidas a su jurisdicción (...). [L]a jurisprudencia constitucional ha reconocido que una de las condiciones para que los privilegios e inmunidades conferidos en tales casos sean compatibles con la Constitución, se funda en que los beneficios o exclusiones de jurisdicción que se concedan **estén dirigidos inequívocamente a permitir la ejecución de las actividades de la organización correspondiente, sin que puedan fijarse o interpretarse como cláusulas abiertas que excedan ese marco y puedan constituirse en autorización sin límite para vulnerar derechos fundamentales.** En términos de la Corte, “[l]as inmunidades y privilegios conferidos a miembros de organismos internacionales se ajustan a la Carta Política siempre y cuando estén encaminadas a la ‘defensa, igualdad y soberanía del organismo de derecho internacional de que se trate y de los Estados que acuerdan conceder dichas prerrogativas’. Porque de no hacerse dicha salvedad, ‘(b)ajo el manto de buenas intenciones patrocinadas por el Convenio, que la Corte respeta y alienta, (...) cláusulas como la analizada pueden constituirse en el germen de tratamientos diferenciales y privilegiados que den cabida a injusticias y desequilibrios’. (Énfasis fuera de texto).

Por tanto, bajo las salvedades expresadas por la Corte Constitucional, resulta palmario que la inmunidad del IICA frente a las actuaciones del Ministerio, en el marco del Convenio N° 055, sólo operaba para permitirle a la persona internacional la ejecución de su objeto misional, y en desarrollo de éste, el logro de sus fines. Sin embargo, dado que las obligaciones asumidas por el IICA en el indicado acuerdo de voluntades no guardaban relación con su objeto sino con actividades propias del Ministerio -en específico, el adelantamiento de la convocatoria pública de riego y drenaje ya referida-, era clara en el *sub judice* la no concurrencia de las condiciones señaladas por la Corte Constitucional para la operatividad del beneficio diplomático, pues no se orientó al desarrollo del objeto misional del IICA.

En razón de todo lo anterior estimo que, contrario a lo que en este punto concluyó la Sala, el Ministerio de Agricultura sí tenía la competencia para declarar unilateralmente el incumplimiento contractual del IICA e imponerle la cláusula penal, siendo éstas decisiones actos administrativos con presunción de legalidad, demandables ante esta jurisdicción, incluso para cuestionar la competencia debatida en la causa.

4) Por último, bajo el criterio de que las resoluciones demandas sí eran actos administrativos, estimo que en el presente caso sí era procedente, concretamente, la imposición unilateral de la cláusula penal. Pero aún considerando que todo el contrato se sometía en forma irrestricta y exclusiva al derecho privado -como lo sostiene la sentencia-, había elementos para considerar que a la luz de las cláusulas, el Ministerio estaba de todas formas facultado para declarar el incumplimiento y ordenar hacer efectiva la sanción pecuniaria, pues tal fue la estipulación que las partes acordaron precisamente al suscribir el negocio jurídico.

Como reflexión final, manifiesto respetuosamente que, además de las consideraciones jurídicas sobre las que este despacho ha insistido en su posición, la discrepancia con la postura de que no son actos administrativos ciertas decisiones de las entidades estatales obedece también a que tal conclusión entraña serios peligros y riesgos para la administración pública, y esos peligros se acentúan de manera particular en casos como el *sub judice*, pues se trató de un convenio muy cuestionado en sede jurisdiccional y ante la opinión pública por demostrados temas de corrupción que afectaron gravemente al Estado colombiano, su patrimonio y su institucionalidad, y en cuyo desarrollo se le permitió al IICA, bajo el manto de la cooperación y la pretendida inmunidad jurisdiccional, que con sus inobservancias

contractuales terminara facilitando la ocurrencia de las irregularidades cometidas por funcionarios y particulares, en el programa AIS.

Por ello cuestiono que se excluyera ese contrato del radar normativo que regula y controla la contratación estatal y su necesaria transparencia, y que por esa vía se despojara al Ministerio de facultades para sancionar las omisiones del IICA e imponer la cláusula penal, todo ello bajo un rigorismo *jusprivatista* que, al menos en este caso, dudo si tenía la virtualidad de salvaguardar o respetar realmente el orden jurídico o si abriría la puerta para permitir su nociva afectación en otros ámbitos y escenarios de la actividad contractual del Estado, que podrían ser proclives al indebido manejo de recursos y a desvíos de poder.

En esos términos dejo expuesto mi salvamento de voto.

Respetuosamente,

firmado electrónicamente

MARÍA ADRIANA MARÍN
Consejera de Estado