

Cláusulas Excepcionales en la Contratación Estatal

ARMANDO ORTIZ GARZÓN, SANDRA LILIANA  
CUBILLOS PACHÓN Y MARÍA TRINIDAD PACHÓN  
RODRÍGUEZ

Bogotá, Colombia  
Año 2016

# CLÁUSULAS EXCEPCIONALES EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL

ARMANDO ORTIZ GARZÓN  
SANDRA LILIANA CUBILLOS PACHÓN  
MARÍA TRINIDAD PACHÓN RODRÍGUEZ

INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA COLEGIOS DE COLOMBIA “UNICOC”

Colegio Jurídico y de Ciencias Sociales

Bogotá, Colombia

2016

# CLÁUSULAS EXCEPCIONALES EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL

ARMANDO ORTIZ GARZÓN  
SANDRA LILIANA CUBILLOS PACHÓN  
MARÍA TRINIDAD PACHÓN RODRÍGUEZ

Directora: Dra. YELINDA RINCON

Trabajo de grado para optar al título de Abogado

INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA COLEGIOS DE COLOMBIA “UNICOC”

Colegio Jurídico y de Ciencias Sociales

Bogotá, Colombia

2016

NOTA DE ACEPTACION

---

---

---

---

---

Firma del Presidente del jurado

---

Firma del Jurado

Bogotá, Abril de 2016

## **Agradecimientos**

Queremos con este trabajo expresar nuestros más sinceros agradecimientos:

Primero que todo a Dios, por todas y cada una de las bendiciones recibidas en el transcurso de nuestras vidas, especialmente durante estos tres (3) años de dedicación y sacrificios que tuvimos que realizar para cumplir uno de nuestros más anhelados sueños y propósitos como fue, efectuar nuestro pregrado de Derecho y Ciencias Políticas.

Así mismo a todos y cada uno de los miembros de nuestras familias, ya que como a nosotros también realizaron sacrificios para ayudarnos a cumplir con tan importante reto, como fue lograr culminar esta etapa de profesionalización en el Derecho.

Un especial agradecimiento a nuestra Directora de Monografía, Dra. Yelinda Rincón, por haber aceptado dirigir este proyecto, muchas gracias por sus indicaciones y dedicación.

A nuestros docentes Doctores Yelinda Rincon, Dayana Becerra, Rafael Beltran, Sandra Beltrán, Karen Franco, Diego Suarez Moncada, Ricardo Garzón, Sebastián Bustos, Rafael Velandia, Olga Alejandra Araque, José María Bucheli, Jaime Cubides, Alberto Ramirez, Ricardo Hernández, Giovanni Niño, Germán Silva, Rafael López, Jairo Veloza, Fabio González, por su entrega, dedicación y por transmitirnos todos sus conocimientos.

Al Dr. Carlos Fernando Amaya por su gran colaboración.

A la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Institución Universitaria Colegios de Colombia “UNICOC”, por darnos la oportunidad de superación tanto personal como profesional.

A todas y cada una de las personas que intervinieron de una u otra manera en el desarrollo de nuestro pregrado.

## **Dedicatoria**

*A Dios por sus bendiciones que han permitido finalizar con éxito otro proyecto de mi vida. Al igual resaltar que el esfuerzo y compromiso lo debo a mi maravillosa esposa e hijo quienes alentaban día a día el seguir adelante.*

*Armando.*

*Especialmente a Dios por sus múltiples bendiciones, a mi familia primordialmente a mis Padres e hijo Diego quien en su condición de discapacidad ha sido mi motivación y fortaleza para salir adelante y así continuar con la constante lucha para poder brindarle un mejor futuro por bien de él y el mío propio.*

*Sandra Liliana*

*Quiero darle primero que todo gracias a Dios porque me permitió llegar a culminar mis estudios como abogada, a mi madre que con su ejemplo me da fuerzas para salir adelante, a mi esposo que con su ternura y abnegación lo dice todo y a mis hijos Johan Sebastián y Andrés Felipe el fruto de mi vida que me motivan día a día para salir adelante, y a mí trabajo sin él no hubiese podido lograr mis objetivos.*

*María Trinidad*

## TABLA DE CONTENIDO

Agradecimientos .....	4
Dedicatoria .....	5
1. Introducción .....	9
2. Justificación .....	10
3. Pregunta de investigación.....	11
3.1 Hipótesis: .....	11
3.1.1 Si, es necesario acabar con las cláusulas excepcionales de la Contratación Estatal.....	11
3.1.2 No, es necesario mantener la existencia de las cláusulas excepcionales de la Contratación Estatal .....	11
3.1.3 Posición intermedia .....	11
3.2 Objetivos .....	12
3.2.1 Objetivo General .....	12
3.2.2 Objetivos Específicos .....	12
4. Capítulo I: Marco Normativo de las Cláusulas Excepcionales en Colombia ....	13
4.1.1 Código Fiscal de 1873 y Ley 53 de 1909: .....	13
4.1.2 Ley 167 de 1941: .....	13
4.1.3 Decreto 150 de 1976:.....	14
4.1.4 Decreto-Ley 222 de 1983:.....	14
4.1.5 Ley 80 de 1993: .....	14
4.2 Importancia de las Cláusulas Excepcionales del Contrato Estatal.....	14
4.3 Clasificación de Contratos Estatales Según el Criterio de Inclusión de Cláusulas Excepcionales.....	24
4.4 Cláusulas Excepcionales de la Contratación Estatal.....	26
4.4.1 Interpretación unilateral: .....	26
4.4.2 Modificación unilateral.....	28
4.4.3 Terminación unilateral .....	29

4.4.4	Caducidad .....	31
4.4.5	Reversión .....	33
4.4.6	Sometimiento a las leyes .....	34
5	Capítulo II: Inseguridad jurídica generada por las cláusulas excepcionales en la Contratación Estatal .....	35
5.1	Importancia de la Seguridad Jurídica .....	35
5.2	Violación de la Seguridad Jurídica por parte de las Cláusulas Excepcionales 38	
6.	Capítulo III: Las cláusulas excepcionales de la Contratación Estatal no violan el principio de seguridad jurídica .....	42
6.1	Criterios de Identificación de las Cláusulas Excepcionales .....	42
6.1.1	Imposible dentro del Derecho Privado .....	44
6.1.2	Posible pero ilícita dentro del Derecho Privado .....	45
6.1.3	Posible y lícita, pero inhabitual dentro del Derecho Privado .....	45
6.2	Posición de la Administración en el Contrato Estatal.....	47
6.3	Servicio Público y su relación con las Cláusulas Excepcionales del Contrato Estatal.....	49
6.4	Teoría de la Equivalencia Económica del Contrato.....	50
6.5	Límites a la Aplicación de las Cláusulas Excepcionales .....	53
7.	Jurisprudencia.....	61
7.1	Consejo de Estado, concepto con radicado número 1293: .....	62
7.2	Corte Constitucional, T-1341 de 2001: .....	63
7.3	Consejo de Estado, radicado 25000-23-26-000-1995-0867-01(17767): .....	64
7.4	Consejo de Estado, radicado 73001-23-31-000-1999-00539-01(22464): .....	65
7.5	Consejo de Estado, radicado 85001.23-31-000-2000-00198-01 (20968): .....	66
7.6	Consejo de Estado, radicado 76001-23-31-000-1999-02622-01(24996): .....	68
7.7	Consejo de Estado, radicado 50001-23-31-000-2000-40460-01(37279): .....	68
7.8	Consejo de Estado, radicado 25000-23-26-000-2000-01635-01(27269): .....	69
8.	Conclusión:.....	72
8.1	Las llamadas Cláusulas Excepcionales en realidad no son excepcionales:.....	72

8.2 Cláusulas Excepcionales y Teoría de la Equivalencia Económica del Contrato:	73
8.3 Límites a la aplicación de las Cláusulas Excepcionales:	74
9. Bibliografía	76
9.2 Citas tomadas de internet	77
9.3 Jurisprudencia	77

## **1. Introducción**

El presente trabajo pretende examinar las cláusulas excepcionales de la Contratación Estatal en lo que respecta a la seguridad jurídica dentro del contrato estatal, teniendo en cuenta su relación con el régimen general - derecho privado - y las particularidades que el proceso contractual del Estado tiene en relación con criterios como la garantía del “interés general”, la prestación continua, eficiente, adecuada e inmediata de servicios a cargo del Estado (como lo prescribe el artículo 3° de la Ley 80 de 1993), el logro de las finalidades de la Administración y el respeto por los derechos y expectativas del colaborador privado de la Administración, que mediante este proceso le ayuda en la consecución de sus finalidades.

Encontramos la existencia de una tensión entre el principio de seguridad jurídica y la aplicación de las Cláusulas Excepcionales del Contrato Estatal, reguladas en la Ley 80 de 1993. Poderes otorgados a la Administración como la caducidad, la interpretación o la modificación unilateral implican que la Administración puede tomar importantes decisiones sobre el contrato, las obligaciones derivadas del mismo o la evaluación de su ejecución y cumplimiento de las obligaciones en él contenidas; pero de manera unilateral, es decir, sin el aval de su contratista privado. Consideramos que esta situación jurídica puede implicar problemas en lo que se refiere al respeto de los derechos del contratista privado y la indemnidad del patrimonio de la Administración. Pretendemos desarrollar, al menos de manera esquemática, los problemas que puede conllevar la aplicación de las cláusulas excepcionales para el principio de la seguridad jurídica.

## 2. Justificación

Al examinar el tema se encuentra la existencia de una posible tensión que se da entre las Cláusulas Excepcionales del Contrato Estatal y la seguridad jurídica como derecho del que gozan las partes dentro del contrato. Debemos decir entonces que es importante examinar esta tensión, pues la seguridad jurídica es una garantía de vital importancia dentro de un Estado de Derecho.

En efecto las cláusulas excepcionales de la Contratación Estatal, como poderes exorbitantes en cabeza de la administración, le entregan a la Administración la facultad de intervenir de manera unilateral en el Contrato y variar el contenido y alcance de las prestaciones a que se han comprometido las partes mediante las obligaciones por ellas suscritas. En este sentido se ha dicho que se produce un rompimiento de algunos de los más importantes principios de un contrato: igualdad formal, *lex contractus*”, libertad contractual y *pacta sunt servanda* (entre otros). Esta situación puede conllevar problemas de inseguridad jurídica que afecte tanto el patrimonio y los derechos de los colaboradores privados, como eventos de responsabilidad patrimonial en contra de la Administración. El entendimiento de esta tensión, entre seguridad jurídica y necesidad de garantía del interés general – tutelado por la Administración- es importante para armonizar y hacer coherente la Contratación Estatal.

Con el fin de asegurar la primacía del Interés General y el cumplimiento de las finalidades estatales, la Ley 80 de 1993 ha dotado a la Administración Pública de una serie de poderes como los de dirección, inspección, vigilancia y control sobre la ejecución de los Contratos por ella suscritos, y la de imponer de forma unilateral modificaciones al acuerdo suscrito entre ella y su colaborador privado. Dentro de estos poderes encontramos las cláusulas excepcionales de la Contratación Estatal.

### **3. Pregunta de investigación**

¿Es necesario acabar con la aplicación de las cláusulas excepcionales de la Contratación Estatal, en tanto generadoras de Inseguridad Jurídica?

#### **3.1 Hipótesis:**

Como posibles respuestas a nuestro problema, hemos esbozado las siguientes hipótesis:

**3.1.1 Si, es necesario acabar con las cláusulas excepcionales de la Contratación Estatal** por cuanto implican un rompimiento de las condiciones establecidas en el contrato.

**3.1.2 No, es necesario mantener la existencia de las cláusulas excepcionales de la Contratación Estatal** como actualmente se encuentra reguladas, en tanto son necesarias para garantizar el interés general.

**3.1.3 Posición intermedia:** Se deben modificar las cláusulas excepcionales para evitar que sean utilizadas de una manera arbitraria contando con el particular para establecerlas de común acuerdo entre las partes.

## **3.2 Objetivos**

### **3.2.1 Objetivo General**

Pretende examinar las cláusulas excepcionales de la Contratación Estatal en cuanto a su relación con la seguridad jurídica dentro del contrato estatal, teniendo en cuenta su relación con el régimen general del derecho privado y las particularidades que el proceso contractual del Estado tiene en correspondencia con criterios como la garantía del interés general, la prestación continua, eficiente, adecuada e inmediata de servicios a cargo del Estado, el logro de las finalidades de la Administración y el respeto por los derechos y expectativas del colaborador privado de la Administración, que mediante este proceso le ayuda en la consecución de sus finalidades.

En este sentido se busca identificar y conocer – desde la doctrina, la jurisprudencia y la normatividad - las cláusulas excepcionales de la Contratación Estatal – Ley 80 de 1993 -, analizar la situación de inseguridad jurídica que generan y argumentar acerca de si es necesario acabar con ellas.

### **3.2.2 Objetivos Específicos**

De la presente investigación se plantearon los siguientes:

1. Conocer y exponer las cláusulas excepcionales y su fundamento dentro de la Contratación Estatal, desde la doctrina, la jurisprudencia y la normatividad.
2. Identificar los elementos o características de las cláusulas excepcionales que generan inseguridad jurídica dentro de la Contratación Estatal.
3. Identificar los criterios y límites para la aplicación de las cláusulas excepcionales.
4. Argumentar acerca de si es necesario acabar con las “cláusulas excepcionales” dentro de la contratación estatal.

#### **4. Capítulo I: Marco Normativo de las Cláusulas Excepcionales en Colombia**

Se presentará una exposición que, aunque corta, permita comprender, por lo menos a grandes rasgos, la institución de las cláusulas excepcionales de la Contratación Estatal, el surgimiento de las mismas en el Ordenamiento Jurídico Colombiano, su importancia, fundamento y finalidad. Así las cosas, primero enunciaremos el recorrido histórico-normativo de las cláusulas excepcionales en Colombia. Posteriormente expondremos la clasificación doctrinaria de los Contratos Estatales, teniendo en cuenta el criterio de la inclusión de las cláusulas excepcionales. Culminaremos haciendo una descripción de las mismas y una explicación de su fundamento y su finalidad, para lo cual nos basaremos principalmente en Expósito Vélez.

**4.1.1 Código Fiscal de 1873 y Ley 53 de 1909:** En cuanto a la evolución normativa específica de las Cláusulas Excepcionales de la Administración debe decirse que las que hoy conocemos (estipuladas en la Ley 80 de 1993, artículos 14 a 19) tuvieron sus antecedentes en la cláusula de caducidad, como la prerrogativa determinante que implicaba el rompimiento con los típicos contratos de Derecho Privado. En este sentido el primer antecedente es el:

“... Código Fiscal de 1873 ([donde] se reguló la caducidad como forma típica de poner fin a los contratos)... Luego se expide la Ley 53 de 1909, la cual autoriza a los ministerios a declarar la caducidad de los contratos para la construcción de obras, ejecución de hechos u otros análogos, cuando los contratistas los incumplieren por falta imputable” (Rodríguez Tamayo , 2013, pág. 19)

**4.1.2 Ley 167 de 1941:** De conformidad con la diferenciación de raigambre francesa entre contratos públicos de la Administración y Contratos privados de la Administración la Ley 167 de 1941 estipuló en su artículo 254 aquellos contratos que contenían la cláusula de caducidad.

**4.1.3 Decreto 150 de 1976:** Con el decreto 150 de 1976 se estableció la cláusula excepcional de caducidad. Esta normativa regulaba en sus artículos 47 a 53 lo referente a la cláusula de caducidad. En específico, el artículo 47 regulaba el tema de los poderes exorbitantes de la administración en el Contrato Estatal (dentro de los cuales se encuentran las cláusulas exorbitantes). El artículo 48 estipulaba: *“De la obligación de pactar la caducidad. La caducidad será de forzosa estipulación en los contratos que no fueren de compraventa de bienes muebles, de empréstito o de arrendamiento. En la cláusula respectiva deberán señalarse claramente los motivos que den lugar a la declaratoria de caducidad”*

**4.1.4 Decreto-Ley 222 de 1983:** Se establecieron *“los principios de interpretación, modificación y terminación unilateral que en determinadas situaciones podía ejercer la Administración, lo que constituyó la principal innovación del Estatuto Contractual”* (Fandiño Gallo, 2014, pág. 22), denominadas allí bajo el nombre de cláusulas exorbitantes. El Decreto-Ley 222 de 1983 en su título IV regulaba lo referente a las cláusulas excepcionales de interpretación, modificación y terminación unilaterales, artículos 18 a 24. Lo referente al tema de la caducidad estaba regulado, junto con las demás potestades exorbitantes (menos las cláusulas exorbitantes interpretación, modificación y terminación unilaterales, que estaban en otro título), en el título VI. Específicamente la cláusula de caducidad estaba regulada en los artículos 60 a 65 del Decreto-Ley.

**4.1.5 Ley 80 de 1993:** se establecieron, en los artículos 14 a 19, las denominadas cláusulas excepcionales de interpretación, modificación y terminación unilaterales, caducidad y reversión.

## **4.2 Importancia de las Cláusulas Excepcionales del Contrato Estatal**

Las cláusulas excepcionales de la Contratación Estatal responden a unas necesidades de interés público, las cuales justifican su existencia. Concretan el principio de la mutabilidad del contrato administrativo que se refiere a que las prestaciones y las obligaciones del Contrato Administrativo no están estricta e invariablemente determinadas al momento de su perfeccionamiento. Estas pueden

variar si la Administración, desde su criterio y a su modo de ver, decide utilizar legítimamente su potestad-variandi para modificar el contenido de las prestaciones y estipulaciones iniciales.

La Administración pública, hoy en día, está prevalida de una serie de instrumentos jurídicos, prerrogativas, privilegios, cláusulas y potestades que dotan de poderes aumentados frente a su contratante particular, y que generan una desigualdad jurídica; encaminadas todas ellas al cumplimiento y cabal adaptación de la Contratación Estatal a las necesidades de la Administración Pública, y la de concretar la prevalencia del interés público sobre el particular. Estos instrumentos, potestades y cláusulas excepcionales, entre otras, en rompimiento con el principio de la “lex contractus” permite a la Administración Pública romper con lo estipulado previamente en el contrato con el colaborador privado, e introducir modificaciones en las obligaciones y prestaciones del particular, interpretar las cláusulas contractuales, terminar el contrato y decretar la caducidad, todo de forma unilateral, es decir, sin el consentimiento del contratante, su colaborador privado pero, obviamente respetando los intereses del colaborador privado y el principio de integridad de su patrimonio (Escobar Gil, 2003).

Para Escobar, la Administración goza del poder de imperium del Estado y es gestora del interés público de la comunidad, lo cual justifica que goce, a su vez, de *“una posición de supremacía en sus relaciones jurídicas con los particulares, que se caracterizan por poder imponer coactivamente su voluntad”* (Escobar Gil, 2003, pág. 295).

Las cláusulas excepcionales de la Contratación Estatal hacen parte de las prerrogativas o poderes exorbitantes con los que cuenta la Administración Pública para asegurarse del cumplimiento de sus finalidades institucionales y la eficiente, continua, idónea e inmediata prestación de servicios a cargo del Estado, finalidades estas que son el norte del Estatuto de la Contratación Estatal, Ley 80 de 1993.

Como gestora del interés general y responsable ante la comunidad política y democrática es la Administración la que tiene la responsabilidad y se ve en la necesidad de responderle a la ciudadanía acerca del cumplimiento de sus finalidades institucionales cuales son la de velar por el cumplimiento y concreción del interés general, la garantía y paulatina concreción y vigencia real de los derechos fundamentales y los principios Constitucionales. Recordemos que la Contratación Estatal es uno de los mecanismos más idóneos e importantes con los que cuenta la Administración para asegurarse del cumplimiento y efectividad de sus finalidades institucionales (Expósito Vélez, 2013), en tanto que es la herramienta fundamental mediante la cual ejecuta el gasto público.

Precisamente, al ejecutar las apropiaciones presupuestales mediante el perfeccionamiento de Contratos, las entidades ordenadoras del gasto están valiéndose de colaboradores privados para alcanzar los objetivos de interés general. Como la Administración lo que hace es contraer obligaciones con estos colaboradores privados – que no son sus funcionarios, y por lo tanto tienen un vínculo sin subordinación jurídica- tiene que prevalerse de una práctica jurídica que le permita tener la seguridad y certeza de que su gasto público va a ser eficientemente invertido, y que el erario público no va a estar al garete, poniendo en peligro así la prestación de servicios a cargo del Estado a la ciudadanía – servicios esenciales que sirven para aumentar la calidad de vida de la población y la productividad de la económica, entre otras-. En este sentido, el régimen de Derecho Privado no se adapta a las necesidades jurídicas que tiene la Administración, en tanto que ella necesita de una serie de herramientas de carácter exorbitante que le permitan ejercer su papel de gestora del interés público y directamente responsable ante la ciudadanía por la ejecución de las apropiaciones presupuestales y la prestación eficiente, adecuada e inmediata de los servicios a cargo del Estado.

Las cláusulas excepcionales de la Ley 80 de 1993 como poder exorbitante de la Administración en el Contrato Estatal, la facultan para intervenir de forma unilateral en el mismo y sin el consentimiento de su contratante, colaborador privado de la

administración. Estos poderes se justifican si se tiene en cuenta que la Administración debe hacer todo lo posible y todo lo que esté en sus manos para que las divergencias jurídicas o las problemáticas de hecho que se presenten en un determinado contrato no terminen afectando de manera grave los derechos y las expectativas de la ciudadanía.

“En cuanto a la definición de las mismas podemos decir que se trata de un mecanismo encaminado a preservar la legalidad de los actos de las autoridades públicas, comprendido por el conjunto de prerrogativas que ostenta la Administración en el ámbito contractual dirigido a tutelar el interés público de la comunidad. Estas potestades pueden ser ejercidas por la Administración como manifestación de su *imperium* o poder de Estado, que se concreta en el poder jurídico para imponer coactivamente su voluntad, lo cual debe matizarse, dado que estas prerrogativas solo podrán ser ejercidas en las situaciones de hecho previamente establecidas por la ley y dentro de los límites señalados por la misma” (Expósito Vélez, 2013, págs. 189-190)

El numeral 2° del artículo 14 de la Ley 80 de 1993 estipula que en los contratos allí determinados, las cláusulas excepcionales se entienden insertadas en los mismos, así no se las estipule en el clausulado contractual. En este sentido consagra un tipo de cláusulas naturales en dichos contratos, con la particularidad que estas serían normas de orden público y no de orden privado en tanto que su inclusión sería obligatoria y no facultativa de las partes. Por lo tanto no es una cláusula supletiva, que llene los vacíos que las partes hubieren podido dejar en el contrato, sino imperativa

Para Fandiño (Fandiño Gallo, 2014) las cláusulas excepcionales al derecho común aparecen por la necesidad que tiene la administración pública de tutelar el interés general, y como herramienta superadora frente a las estipulaciones contractuales previas de las partes, propia del derecho privado. *“De ahí que se crea la regla de que el interés individual del contratista, debe ceder frente al interés público, colocando al Estado en una situación de superioridad que le autoriza en determinados eventos sustraerse al cumplimiento del contrato... en atención*

*siempre del interés público*” (Fandiño Gallo, 2014, pág. 361). Estas implican una desigualdad jurídica entre las partes, que tiene por objetivo la tutela del interés general.

Las cláusulas excepcionales están instituidas para concretar los poderes de control y dirección, y se denominan de esta manera porque con ellas se rompe el principio clásico del derecho de la *“libertad contractual basado en la autonomía de la voluntad y el de la igualdad contractual”* (Fandiño Gallo, 2014, pág. 362), Tienen su fundamento en la superioridad de la administración frente a los administrados para la prevalencia del interés general y son de orden público en algunos contratos, dado que la Ley misma los introduce. Estas cláusulas, definidas por el artículo 14, numeral 2 de la ley 80 de 1993, son: interpretación, modificación y terminación unilateral, sometimiento a las leyes nacionales, caducidad y reversión (propia, esta última, de los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado). *“Finalmente, existen otros poderes que no son cláusulas excepcionales, tales como la liquidación unilateral del contrato, la de declaratoria del siniestro de riesgo asegurable mediante las garantías del contrato y la de multas y cláusula penal”* (Fandiño Gallo, 2014, pág. 363)

Para Matallana (Matallana, 2005), si bien es cierto que el legislador pretendió, con la ley 80 de 1993, crear un régimen contractual público con amplias similitudes respecto del contrato privado, también concluyó que las razones de interés público que se debían tutelar, requerían o hacían necesario el otorgamiento de facultades exorbitantes para la administración pública, de modo que se garantizara el cumplimiento de los intereses a cargo del Estado. Las cláusulas excepcionales se constituyen en esta herramienta exorbitante de que se dotó a la Administración pública. Sin embargo, esas herramientas acentuadas de tutela de sus intereses, con las que cuenta la administración, solo están justificadas en la medida en que se pretenda tutelar y satisfacer la adecuada prestación de los servicios a cargo del Estado. Por lo anterior no en todos los contratos de la Administración se incluyen las cláusulas exorbitantes a la manera de normas de orden público, sino que solo se procede así en los contratos que tiendan a la satisfacción de los servicios a

cargo del Estado. En los contratos de carácter comercial, industrial, científico o tecnológico, no se incluyen las cláusulas excepcionales por cuanto “*se trata de contratos en que la actividad del contratista no se encuentra vinculada directamente con la prestación de un servicio público o cuando el contrato no tiene por objeto una prestación de utilidad pública.*” (Matallana, 2005, pág. 414)

El artículo 14 de la Ley 80 dispone una serie de herramientas que se le otorgan a la Administración contratista con el fin de asegurar la adecuada prestación de los servicios a cargo del Estado; lo que también implica que se le otorga a la Administración la responsabilidad de vigilar y controlar la ejecución del contrato.

“En consecuencia con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación , podrán, en los casos previstos en el numeral segundo de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado (...)” (Matallana, 2005, pág. 414)

Para Rodríguez razones de interés público justifican la atribución que hace el ordenamiento jurídico a las entidades estatales de unas prerrogativas, potestades y cláusulas excepcionales que pueden ejercerse de manera unilateral. Para este autor las potestades unilaterales se diferencian de las cláusulas excepcionales por cuanto las primeras son procedentes en todos los contratos del estado, mientras que las segundas, las cláusulas, solo se pueden pactar en unos determinados contratos estatales. (Rodríguez Tamayo, 2013, pág. 357)

Rodríguez Tamayo cita a Bercaitz, quien define las cláusulas excepcionales como

“aquellas demostrativas del carácter de poder público con que interviene la administración en los contratos administrativos, colocándose en una posición de superioridad jurídica o invistiendo a su contratante frente a los terceros, de atribuciones que son propias del poder público” (Rodríguez Tamayo, 2013, pág. 406)

Así mismo, según Rodríguez Tamayo, el Consejo de Estado presenta la siguiente definición del concepto de cláusulas excepcionales:

“Las cláusulas o facultades excepcionales son prerrogativas que la ley otorga a la administración para que declare la caducidad de los contratos que celebra, los termine, modifique o interprete unilateralmente, cuando estas medidas resulten necesarias para la satisfacción de los intereses generales, comprometidos en la actividad contractual de la administración” (Rodríguez Tamayo, 2013, págs. 406-407)

Para Palacio las entidades estatales tienen el poder pero también la obligación de dirección, vigilancia y control de los contratos administrativos. Para el cumplimiento de esa labor, la administración está proveída de una serie de facultades como las cláusulas excepcionales *“denominadas así porque con ellas se quiebra el principio de libertad contractual basado en la autonomía de la voluntad y el de la igualdad contractual, propios del Derecho Civil”* (Palacio Hincapié, 2014, pág. 425). Según el autor, entonces, dadas estas responsabilidades acentuadas con las que se carga a la administración pública esta requiere de herramientas especiales para poder responder adecuadamente a estos compromisos. Así mismo, se debe poner de presente que en la Contratación Estatal, se deben tener en cuenta y armonizar dos intereses diferentes, de las partes que participan en el mismo: el interés público de la administración –general o colectivo- y el del contratista particular *“que se concreta en la utilidad que le representa la contratación y que se refleja en los precios”* (Palacio Hincapié, 2014, pág. 425). En este orden de ideas, debido a que la satisfacción y prevalencia del interés general debe ser prioritaria, los poderes de control y vigilancia son indispensables para que la administración pública pueda cumplir adecuadamente con sus objetivos institucionales

“tomando medidas de corrección, ejecutando la obra directamente, cuando el contratista suspende la misma, vigilando la calidad técnica y material de la obra, asegurando el cumplimiento oportuno tomando medidas compulsivas, interpretando unilateralmente el contrato, decretando las sanciones pertinentes,

como la caducidad, la declaración de incumplimiento, la imposición de multas, etc.”  
(Palacio Hincapié, 2014, pág. 425).

Si estos poderes no existieran a cargo del Estado, éste no podría cumplir con sus objetivos institucionales, la prestación adecuada de servicios a cargo del Estado y la búsqueda del interés general, por cuanto quedaría maniatado, impotente e imposibilitado para actuar de manera idónea, adecuada, efectiva y eficiente. Al respecto Palacio nos pone de presente algo de mucha relevancia para entender la necesidad de establecer potestades y cláusulas excepcionales en cabeza de la Administración Pública, y es que es la entidad misma la encargada de prestar los servicios a la comunidad y, en general, de solucionar la necesidad – habitualmente apremiante - de la ciudadanía, y no el particular, a quien lo que solo le interesa obtener una ganancia o utilidad. En este orden de ideas es indispensable para la entidad administrativa contar con herramientas adecuadas e idóneas que le permitan efectividad en su función, de modo que no defraude las expectativas de los ciudadanos, que son expectativas de interés general; pues si eso sucediera se estaría causando un daño o perjuicio a toda la sociedad.

“La Entidad no puede dejar al garete las actividades que son de su competencia y en las cuales debe obtener una ejecución correcta, cuyo resultado no puede ser remplazado con la indemnización a que sea condenado el contratista o con el monto de las multas que se le imponga porque estas no solucionan la necesidad de la comunidad insatisfecha” (Palacio Hincapié, 2014, pág. 426)

Las cláusulas excepcionales para Palacio confieren a una de las partes supremacía sobre la otra y son ajenas a la libertad contractual y a la autonomía de la voluntad, por lo cual son extrañas a las convenciones particulares.

“Por lo tanto dichas cláusulas exorbitantes no derivan su fuerza vinculante del contrato, ella existe fuera de él, pues se deriva del mismo ordenamiento jurídico, es la norma superior, la ley, la que le da esa supremacía que ostenta la Administración, le otorga los poderes que le permiten actuar en protección del interés general y le señala las pautas para su ejercicio. Por eso hay que hablar de poderes exorbitantes” (Palacio Hincapié, 2014, pág. 427)

Por su parte, el Consejo de Estado en auto número 23001-23-31-000-1999-00291-01 (19483) explica que el artículo 3° de la Ley 80 de 1993 dispone que en la celebración de contratos estatales la Administración debe tener en cuenta *“el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios a cargo del Estado y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines”* (Díaz del Castillo, 2011). Los particulares también deben contribuir, en el mismo sentido, a que la entidad Estatal cumpla con sus objetivos institucionales y se alcance, mancomunadamente, el interés general.

Teniendo en cuenta lo anterior, en esta providencia judicial el alto tribunal explica que el Estatuto de la Contratación Estatal dispone que la Administración deba estar proveída de herramientas adecuadas para el logro de sus objetivos institucionales y la prevalencia del interés general. Las *“cláusulas excepcionales”* serán utilizadas cuando *“se presenten circunstancias que amenacen la paralización de los servicios públicos”* (Díaz del Castillo, 2011). Los motivos aducidos por la entidad deben ser graves y no se pueden desconocer las compensaciones e indemnizaciones que le corresponden al colaborador privado.

Para la Corte Constitucional:

“A través de las potestades excepcionales generales la Administración goza de prerrogativas que le permiten llevar a cabo el objeto del contrato celebrado, la dirección general del mismo, así como el control y la vigilancia de su ejecución, a fin de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y poder, así, asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación de los mismos. Se garantiza de esta manera, el cumplimiento de los fines estatales que se concretan a través de la contratación estatal y mediante el reconocimiento a favor de la Administración Pública, de un poder especial de orden administrativo” (Tafur Galvis, 2001)

Los poderes excepcionales son de orden público (potestades de la administración), por lo cual no son negociables entre la partes del contrato. Contra los actos administrativos donde una entidad estatal ejerza las cláusulas excepcionales procede

el recurso de reposición, sin perjuicio de las acciones jurisdiccionales (Osorio Isaza, Concepto, 2000).

No obstante, otro de los privilegios con el que cuenta la administración es que sus actos administrativos están prevalidos de la denominada autotutela declarativa (Escobar Gil, 2003) de la administración, lo cual implica que, a diferencia de los privados, la administración no debe acudir al juez para regular sus relaciones jurídicas con los particulares, (cosa a la que el particular sí está obligado)

El Consejo de Estado, Sección Tercera-Subsección A (Gómez Fajardo, 2013) también ha afirmado que las finalidades de la Contratación Estatal y de la aplicación de las cláusulas excepcionales tienen que ser interpretadas a la luz de lo estipulado en los artículos 2° de la Constitución Nacional y 3° de la Ley 80 de 1993, en concordancia con los principios que rigen la función administrativa, estipulados en el artículo 209 de la Constitución Nacional, *“las normas que gobiernan los asuntos presupuestales y las que regulan las competencias de los servidores públicos”* (Gómez Fajardo, 2013). Todas estas son variables que implican y, en algunos casos, obligan la consagración de cláusulas excepcionales, *“regulación que, naturalmente, comporta límites importantes para la autonomía de la voluntad de quienes concurren como parte a la celebración y ejecución de determinados contratos de Derecho Público”* (Gómez Fajardo, 2013)

Para el Consejo de Estado en su sala de consulta y servicio civil las Cláusulas Excepcionales

“Son poderes que se manifiestan con la expedición de actos reguladores denominados “autotutela declarativa”, dictados por razones de interés público; que tienen la característica de corresponder a un privilegio de la decisión previa y ejecutoria en favor de la Administración, y según los cuales, ésta puede regular directamente sus relaciones jurídicas o situaciones con los particulares, sin necesidad de acudir a la jurisdicción, y también, sin perjuicio de que el particular pueda acudir al control de legalidad en sede judicial” (Osorio Isaza Luis Camilo, 2000)

### 4.3 Clasificación de Contratos Estatales Según el Criterio de Inclusión de Cláusulas Excepcionales

Existen cuatro grupos de contratos estatales, si se les clasifica en razón de la inclusión en ellos de las cláusulas excepcionales: a) Los contratos en los cuales se insertan estas cláusulas por orden de la ley (se entienden incorporadas en los contratos estatales), así no se hayan estipulado en el contrato firmado por las partes, es decir, son obligatorias; b) los contratos donde la administración puede estipular las cláusulas excepcionales, pero estas no se entienden incorporadas al contrato estatal si no se establecen, son facultativas, en el contrato firmado por las partes; c) un tercer grupo de contratos donde está prohibido estipular cláusulas excepcionales y un último, d) grupo correspondiente a los contratos que no son relacionados en el numeral 2 del artículo 14 de la ley 80 de 1993 *“y por lo tanto, debe entenderse que no está permitido pactar cláusulas excepcionales en todos los casos, pues la autonomía de la voluntad no supe, en esos supuestos, la obligatoriedad de norma legal expresa que así los autorice.”* (Rodríguez Tamayo, 2013, pág. 408). De lo anterior podemos deducir que para Rodríguez Tamayo la aplicación de las cláusulas excepcionales debe tener un criterio restringido por cuanto en lo no regulado específicamente se deben aplicar las disposiciones del derecho privado. Esto tiene sentido si ponemos de presente que una de las finalidades de la ley 80 de 1993 fue volver al derecho privado y a la noción básica de contrato para dinamizar y otorgar ductilidad y eficiencia a la Contratación Estatal.

Con respecto a este cuarto grupo, es decir, el que no está contemplado en ninguno de los anteriores grupos, los que no están relacionados en el articulado, se ha debatido en la doctrina si en los mismos se permite o no la inclusión de cláusulas exorbitantes (Expósito Vélez, 2013). Un sector de la doctrina se inclina hacia que la tesis que dice que no está permitida su estipulación, pues de lo contrario no tendría sentido la inclusión que, dentro del articulado, hace el legislador en los grupos ya mencionados. El otro sector de la doctrina se inclina hacia la tesis que dice que sí estaría permitida su inclusión en cuanto concreción del principio de la autonomía de la voluntad y el interés público de la comunidad

Borja es partidario de la tesis no prevaleciente y afirma que el legislador no puede proveer todos los problemas a los que se va a enfrentar el intérprete y la entidad estatal en el ejercicio de sus funciones, por lo cual, 1) no hay que apegarse a la literalidad de la norma y 2) hay que darle a la administración herramientas para que pueda cumplir con sus funciones y finalidades para que se puedan encontrar soluciones justas y adecuadas a las necesidades de la sociedad. Además las entidades públicas tienen el deber y la responsabilidad de vigilar, controlar y supervisar la ejecución de la actividad contractual por parte de los colaboradores privados, y en este sentido, las cláusulas excepcionales son una de las herramientas más importantes con las que cuenta la administración pública para cumplir con esos cometidos institucionales (Borja Ávila, 2009, pág. 114)

En efecto, dentro de este debate hay una tesis –prevaleciente dentro del Consejo de Estado - que dice que hay cuatro grupo de contratos, y dentro de ellos hay dos grupos donde las cláusulas excepcionales han sido prohibidas, expresamente (los relacionados en el articulado) o tácitamente (no relacionados en el articulado). Sin embargo la otra tesis dice que no existe este último grupo de contratos - con prohibición tácita de estipular cláusulas excepcionales - y, que con la finalidad de tutelar el interés público, y dada la desigualdad que hay entre la Administración y su colaborador privado, en los contratos no relacionados en el articulado debe permitirse la estipulación de las cláusulas excepcionales – si bien en ellos no es obligatoria-. Sin embargo, ya que el Estatuto y el régimen exorbitante pretenden ser restrictivo de las potestades excepcionales de la Administración (Benavides, 2004), en tanto dinámico y eficaz, esta tesis no sería admisible.

“Lo fundamental de la controversia es precisar si en aquellos contratos que no están expresamente señalados en la ley para obligar o prohibir la inclusión de cláusulas excepcionales, éstas se pueden convenir, o si tal pacto se torna en una extralimitación de funciones, por ausencia de la norma que expresamente autorice su inclusión en determinado tipo de contratos” (Borja Ávila, 2009, pág. 114).

Al respecto de esta discusión, Expósito afirma:

“Frente a este punto, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha tomado partido por la idea de la prohibición de la utilización de dichas cláusulas en los contratos que no están mencionados en el numeral 2 del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, basándose en el argumento de que no existe una autorización legal previa para ejercer las potestades públicas, por lo cual no se reconoce como aplicable la cláusula excepcional” (Expósito Vélez, 2013, pág. 192)

#### **4.4 Cláusulas Excepcionales de la Contratación Estatal**

##### **4.4.1 Interpretación unilateral:**

El poder de interpretación unilateral le permite a la Administración zanjar las posibles diferencias que surjan entre ella y el colaborador privado en cuanto a la interpretación acerca del contenido de las obligaciones pactadas en el Contrato. Esta facultad se ejerce conforme el principio de autotutela de la Administración (Escobar Gil, 2003). La Administración, a diferencia de lo que ocurriría en el régimen general del Derecho Privado, no tiene que dirigirse al juez respectivamente competente para conocer de las controversias del contrato (juez contencioso-administrativo) para zanjar las diferencias de criterio en cuanto a la interpretación jurídica de una determinada convención. En efecto, si la Administración tuviera que dirigirse al juez del contrato cada vez que se presentara una diferencia de criterio en cuanto a la estipulación contractual acordada, la ejecución del contrato se podría ver gravemente afectada en tanto que, mientras se resolviera el incidente judicial las obras podrían quedar paralizadas, poniendo en grave riesgo la ejecución y finalización del objeto contratado, que está directamente ligado a la satisfacción de necesidades de interés general como el alcance de las finalidades institucionales del Estado o la prestación eficiente, efectiva de inmediata de los servicios a cargo del Estado a la ciudadanía.

Es natural que en el desarrollo de una relación jurídica puedan surgir entre las partes discrepancias acerca del contenido y o alcance de las prestaciones a que se han comprometido. Lo natural también es que entre las mismas partes se

intenten poner de acuerdo acerca de la duda y la divergencia. Sin embargo, como gestora, detentadora y responsable de la primacía del interés público y la eficiente prestación de los servicios a cargo del Estado para con la ciudadanía, la Administración está prevalida de este poder de interpretación unilateral con la finalidad de dar trámite a estas divergencias de forma expedita por medio de una resolución administrativa. Además de lo anterior, al ser el Contrato Estatal un contrato de adhesión, es la Administración la que ha redactado las cláusulas por lo cual le debería corresponder a ella aclarar el sentido de sus estipulaciones.

No obstante lo anterior, la entidad administrativa antes de hacer uso de esta prerrogativa debe intentar mediar con su colaborador privado y zanjar las diferencias que entre ellos se presenten con respecto a la interpretación del contrato. Por otra parte no es procedente que la Administración aplique esta prerrogativa en cualquier caso en el que surja una diferencia de entendimiento entre esta y su colaborador, sino que es necesario que dicha diferencia de criterio afecte de manera grave o ponga en peligro la continuidad eficiente e inmediata del servicio público. Así

“Su procedencia, tal como lo refiere el artículo mencionado [15 de la Ley 80 de 1993], no se justifica simplemente por la presencia de cualquier tipo de desacuerdo sobre el sentido de las estipulaciones contractuales; es imperativo, en primer lugar, que se trate de una diferencia que puedan conducir a la paralización o a la afectación grave del servicio público, y en segundo lugar, que se haya buscado un entendimiento de manera conjunta con el colaborador de la Administración, y que el mismo devenga en fallido” (Expósito Vélez, 2013, págs. 193-194)

Además, las discrepancias acerca de la forma de entender el contrato deben haberse presentado dentro de la etapa de su ejecución, por cuanto precisamente dicha prerrogativa tiene la finalidad de asegurar que el servicio público no se vea interrumpido o afectado por la falta de entendimiento entre los contratistas. De modo que no se podrá hacer uso de esta prerrogativa en etapa anterior o posterior a la ejecución del objeto contractual (Expósito Vélez, 2013). El ejercicio de esta

potestad se debe hacer mediante acto administrativo motivado, sin que con esta se pueda modificar el objeto contractual ni interpretarlo de manera abusiva; ni ser utilizada dicha potestad de forma caprichosa.

#### **4.4.2 Modificación unilateral**

El poder de modificación unilateral (*ius variandi*) le permite a la Administración variar el contenido de las prestaciones, es decir, la esencia de las obligaciones a que se ha comprometido el colaborador privado al postularse a la convocatoria y firmar el contrato. En este sentido se debe resaltar que por necesidades del servicio público o para la adecuada gestión del interés general la Administración y el particular colaborador pueden modificar de mutuo acuerdo cualquier aspecto cuantitativo relacionado con el objeto del contrato. No obstante hay que decir que dichas modificaciones no pueden exceder el costo del contrato en 50% del mismo. Este tope tiene la finalidad de evitar que por medio de la aplicación de las cláusulas de modificación unilateral la entidad ordenadora del gasto distraiga principios como el de planeación, selección objetiva, deber de realizar estudios previos; o que se presenten casos de colusión y corrupción entre los funcionarios públicos y los contratistas.

Esta prerrogativa de la Administración se justifica en cuanto a la necesidad de velar por la no paralización o afectación en la prestación de un servicio público o en el objetivo del respectivo contrato. Esta modificación consistirá en la adición o supresión de obras, trabajos, suministros o servicios. Esta facultad es coherente, y concreta el principio de mutabilidad de los contratos administrativos, consistente en que estos se puede modificar en tanto dichas modificaciones sean motivadas por la necesidad de alcanzar la primacía del interés general. Se debe dejar claro que en ningún caso se puede variar cualitativamente el objeto del contrato, pues para ello se tendría que celebrar un contrato diferente. En este sentido se evita la violación de principios como el de la planeación, transparencia, economía, celeridad, oferta más favorable y la selección objetiva del colaborador privado de la Administración.

Para salvaguardar los intereses del colaborador privado de la Administración, la Ley estipula que si no hay acuerdo entre la entidad contratante y el particular, esta puede imponer dicha cláusula de manera unilateral, pero solo hasta un 20% del valor inicial pactado. En este sentido, si bien es cierto que el Contrato se puede adicionar hasta un 50% (como lo dispone el Artículo 40 de la Ley 80 de 1993, párrafo) con la anuencia del contratista privado, si este no está de acuerdo la Administración solo podrá imponerle obligaciones que alcancen un valor adicional de 20% (Artículo 16 de la Ley 80 de 1993, inciso segundo). En virtud de esta cláusula podrán reducirse las labores del contratista, en cuyo caso no hay ningún tipo de limitación. Solo puede aplicar esta cláusula en el plazo de ejecución del contrato (Expósito Vélez, 2013). Esta facultad siempre implica un reconocimiento a los mayores valores en los que hubiese incurrido el contratista, si se da la aplicación de la cláusula (equivalencia económica del contrato).

Con respecto a la cláusula de “modificación unilateral” el Consejo de Estado (Gómez Fajardo, 2013) afirma que esta potestad tiene la finalidad, al igual que en el caso de la caducidad, de evitar la afectación o paralización de la prestación del servicio o la consecución del interés general que se procura atender. Pero a diferencia de la caducidad, se encuentra desprovista del carácter sancionatorio, y pretende alcanzar las finalidades de interés general recurriendo a la mutación del objeto contractual “*–a través de la adición, supresión o variación de algunos de sus elementos–*” (Gómez Fajardo, 2013, pág. 5); con el fin de “*evitar que la ejecución del convenio devenga en inviable o que se produzca la parálisis o la afectación grave del servicio público respectivo, normalmente tendrá unos efectos en la economía del contrato y alterará el valor del mismo*” (Gómez Fajardo, 2013, pág. 5). Al contratista le asiste el derecho a verse compensado por los daños irrogados.

#### **4.4.3 Terminación unilateral**

En palabras de Expósito el poder de terminación unilateral le permite a la Administración

“dar por terminado el contrato de forma anticipada, esto es, sin que se llegue a la ejecución total de las actividades contractualmente estipuladas, no a título de sanción al contratista de la Administración, sino como un mecanismo excepcional para precaver situaciones posteriores que puedan llegar a afectar verdaderamente la actividad administrativa y la economía del contratista” (Expósito Vélez, 2013, pág. 202)

No es una medida de carácter sancionatorio contra el particular colaborador de la Administración en la consecución del objeto contractual. Se produce por la necesidad que tiene la Administración de gestionar y privilegiar el interés general en tanto que le permite, de acuerdo a unas situaciones de hecho claramente definidas en el la Ley, dar por terminada la relación contractual. Las causales para establecer la terminación unilateral son las establecidas en el artículo 17 de la Ley 80 de 1993: 1. Cuando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo imponga, 2. Por muerte o incapacidad física permanente del contratista, si es persona natural, o por disolución de la persona jurídica del contratista, 3. Por interdicción judicial o declaratoria de quiebra del contratista y 4. Por cesación de pagos, concurso de acreedores o embargos judiciales del contratista que afecten de manera grave el cumplimiento del contrato.

Esta situación es completamente diferente a la de las causales de nulidad del contrato estatal, que contienen los numerales 1°, 2° y 3° del artículo 45 del Estatuto Contractual (Ley 80 de 1993).

La primera causal implica que por encima del cumplimiento del contrato está la eficiente prestación de servicios a cargo del Estado y el interés general, y que si el Estado no está en condiciones de garantizar los bienes jurídicos de los Contratistas puede finiquitar la relación contractual para evitar situaciones lamentables. Con respecto a la segunda causal, es dable terminar con la relación contractual en la medida en que el colaborador privado de la Administración pierde existencia, y en este sentido deja de ser un sujeto jurídico al cual le sea dable adquirir derechos y obligaciones. En cuanto a la tercera causal se comprende que

una persona natural que ha sido objeto de una declaratoria de interdicción judicial no está en las capacidades de llevar a cabo una relación contractual, y menos aún con el Estado, comprometiendo así el interés general; en cuanto a la quiebra, esto implica que, si bien el colaborador privado no ha incumplido sus obligaciones contractuales, la Administración no debe esperar a que las incumpla para poder finalizar la relación contractual, dado que esta debe preservar en todo momento la prestación del servicio público, pero se debe dejar claro que en ningún momento esto constituye una sanción. En cuanto a la última causal, se aplica la terminación unilateral y no la caducidad por cuanto la idea es ayudar al empresario que presenta dificultades económicas a rehacer su empresa, por lo que la aplicación de la caducidad terminaría por dar al traste totalmente con este propósito.

#### **4.4.4 Caducidad**

El poder de aplicar la caducidad del contrato le permite a la Administración sancionar de la forma más grave posible al contratista que ha incumplido gravemente sus obligaciones principales para con el objeto contractual, al que ya se le ha llamado previamente la atención para que se allane al cumplimiento de las mismas –pasando por la imposición de multas como medida de coacción- y que sin embargo se ha reusado al cumplimiento, defraudando la confianza de la administración y poniendo en grave riesgo la prestación eficiente, continua e inmediata del servicio público (incumplimiento calificado por parte del colaborador privado). No se puede tratar, entonces de un solo incumplimiento, o de un incumplimiento leve o menor, que no pongan en entredicho o en peligro la satisfacción del objeto contractual o que no vaya a paralizar la prestación del servicio público.

Mediante la aplicación de la caducidad se termina el contrato de forma unilateral, se declara su incumplimiento por parte del colaborador privado de la Administración (autotutela declarativa de la Administración). Tiene un efecto extintivo de la relación contractual ante un incumplimiento calificado del contratista. Como efectos de la declaratoria de caducidad tenemos que la entidad

podrá tomar posesión de la obra y ejecutar por sí misma, garante o contratista, el objeto contractual; no habrá indemnización alguna para el sujeto pasivo de la declaratoria de caducidad; será constitutiva de siniestro de incumplimiento, lo que le permite a la entidad Estatal hacer efectiva la garantía por incumplimiento ante la aseguradora; habrá lugar a hacer efectivo el cobro de la cláusulas penal pecuniaria, determinación o estimación anticipada de la indemnización por perjuicios ante un incumplimiento; se liquidará el contrato en el estado en el que se encuentre, y le será impuesta al contratista incumplido una inhabilidad para celebrar contratos con el Estado por un plazo de cinco años (como lo disponen El literal c y el inciso final del numeral 1° del artículo 8° de la Ley 80 de 1993) (Expósito Vélez, 2013). La aplicación de esta cláusula es procedente, no solamente cuando el contrato se vea afectado, sino ante la inminencia de tal circunstancia. Asimismo es procedente como sanción al contratista por “*acceder a peticiones o amenazas de quienes actúen por fuera de la ley*” (Expósito Vélez, 2013, pág. 225) y por incumplimiento de obligaciones legales y fiscales.

“...el incumplimiento en la caducidad no comprende en su acepción la necesidad de amenaza de afectación o paralización del servicio público que se busca satisfacer con el objeto del contrato, sino que simplemente basta con que el incumplimiento de las obligaciones por parte del colaborador público sea determinante para la afectación grave y amenaza de paralización del contrato específico... En segundo lugar es posible inferir que su aplicación es procedente no solo cuando el contrato se vea efectivamente paralizado, sino que basta con la simple demostración de la inminencia de tal circunstancia para que la entidad estatal contratante decida declarar la caducidad contractual, eso sí, partiendo de que tal evento proviene del incumplimiento de las obligaciones del contratista pues cualquier otra causa no es aceptable para la adopción de esta medida...” (Expósito Vélez, 2013, págs. 216-217)

Para hacer la declaratoria de caducidad por incumplimiento de obligaciones fiscales

“...es necesario contar con un fallo en firme por parte del órgano fiscal competente, que se formule la respectiva solicitud hecha por el mismo a la entidad

contratante, y que el contrato en el que se pretende aplicar la cláusula excepcional se encuentre en etapa de ejecución, pues el requisito adicional de que no esté liquidado deviene inoperante si el contrato aún se encuentre en su fase de realización” (Expósito Vélez, 2013, pág. 232)

El Consejo de Estado resalta, así mismo, las diferencias que existen entre la terminación unilateral y la declaratoria de caducidad del contrato estatal. En efecto, solo la declaratoria de caducidad tiene un carácter sancionatorio, figura cuyo efecto es poner fin de manera anticipada a la relación contractual “...*en virtud de la declaración unilateral que en tal sentido realiza la entidad estatal contratante cuando se configuran las hipótesis fácticas –infracciones- consagradas para ello en las normas legales respectivas...*” (Gómez Fajardo, 2013, pág. 4). Y como la caducidad tiene carácter sancionatorio no se puede olvidar la obligación que tiene la entidad estatal sancionadora de instruir una actuación administrativa previa a la expedición del acto que declara la caducidad, de manera que se garanticen los derechos de defensa, contradicción y debido proceso para el contratista-privado sujeto de dicha sanción. En el mismo sentido, prescindir en el acto de las motivaciones que dan lugar a la aplicación de una cláusula excepcional por parte de la administración genera la nulidad del mismo.

#### **4.4.5 Reversión**

El poder de aplicar la reversión es exclusivo para los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado. Consiste en que todos los elementos que fueron utilizados por los contratistas para la explotación y la ejecución de su actividad contractual deben ser transferidos a la propiedad de la entidad contratante. No implica una facultad que tome por sorpresa al contratista privado por cuanto, desde un primer momento el colaborador privado está enterado de esta potestad, y por lo tanto su propuesta a la convocatoria de la entidad ordenadora del gasto debe incluir el costo que tienen los objetos, equipos, maquinaria, materiales, etc. que se requieren para llevar a cabo el contrato, y que deben ser transferidos a la entidad contratante a su finalización.

“La reversión per se no implica el uso de una facultad excepcional por parte de la Administración, en la medida en que corresponde a la consagración expresa y por mandato legal de una circunstancia que naturalmente debe ocurrir una vez terminada la ejecución del contrato, cual es que todos los elementos utilizados por el contratista para la realización de las actividades del contrato deben ser transferidos en propiedad a la entidad contratante pues los mismos fueron pagados por esta dentro del valor prometido por el concesionario como inversión (...) Se trata entonces de una cláusula natural del contrato, e incluso esencial, pues sin la misma la relación jurídica podría derivar en un contrato diferente al de concesión o explotación...” (Expósito Vélez, 2013, págs. 234-235)

#### **4.4.6 Sometimiento a las leyes**

El poder de aplicar el sometimiento a las leyes implica que la ley nacional es de obligatorio cumplimiento para los contratos que celebren las entidades estatales, ya sea en el territorio nacional o en el extranjero, pero cuya ejecución se lleve a cabo en Colombia. Si su ejecución no se lleva a cabo en Colombia, su aplicación es de criterio potestativo; así como en los “*contratos financiados con fondos de los organismos multilaterales de crédito o celebrados con personas extranjeras de derecho público u organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacionales*” (Expósito Vélez, 2013, pág. 233). Según Expósito esta cláusula se puede ver como una modalidad de la “interpretación unilateral” por cuanto le confiere a la Administración el poder de intervenir en el evento en el que se genere una confusión acerca de la Ley aplicable al respectivo contrato.

## **5 Capítulo II: Inseguridad jurídica generada por las cláusulas excepcionales en la Contratación Estatal**

Este capítulo pretende exponer lo que, a nuestro modo de ver, constituye la violación al principio de seguridad jurídica que produce la aplicación de las cláusulas excepcionales de la Contratación Estatal. Primero haremos un análisis de la importancia de la seguridad jurídica para los ciudadanos y dentro de la sociedad, y posteriormente describiremos la forma en la que las cláusulas excepcionales rompen una serie de principios y dinámicas propias de la tradición iusprivatista –que le dan sentido a instituciones como el contrato-, centrándonos en específico en el rompimiento de la seguridad jurídica.

### **5.1 Importancia de la Seguridad Jurídica**

La seguridad jurídica es uno de los elementos fundamentales de un Ordenamiento Jurídico, en tanto que este se concibe como un sistema armónico con pretensiones de ser coherente (no existencia de contradicciones), completo (no existencia de vacíos o lagunas normativas) e independiente (no existencia de varias regulaciones para un mismo supuesto de hecho) (Carrillo de la Rosa, 2012). La seguridad jurídica es lo que permite hacer del Estado un aparato centralizador del poder y con pretensiones reguladoras-universales. La seguridad jurídica también permite tutelar las libertades individuales de los ciudadanos que están sujetos al control y el poder del Estado, y le permite a los privados disponer de su patrimonio de una manera clara de que sus inversiones no van a ser menoscabada arbitraria y discrecionalmente. En este sentido la seguridad jurídica es un elemento y un principio de acentuada importancia en lo jurídico. La seguridad jurídica es un elemento fundamental para la protección de los ciudadanos, que en ejercicio de los derechos que les confiere el Ordenamiento Jurídico, autodeterminan su vida, sus relaciones con los demás, su patrimonio y son guiados por su propia voluntad.

“La seguridad Jurídica , en términos generales, se entiende como la certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable a los intereses jurídicamente tutelados,

interdicción de la arbitrariedad, de modo que permite en el ciudadano el nacimiento de una expectativa razonablemente fundada en cuál ha de ser la actuación del poder en la aplicación del Derecho, supone una estrecha relación con la justicia porque la ley como sistema conforma un campo de garantías tanto en su aplicación como en su misma interpretación, sometida a determinados cánones que impiden la arbitrariedad de los poderes del mismo, entre ellos la observancia estricta de los principios de legalidad e igualdad, que irradian todo el sistema e implica el respeto por la cosa juzgada, que también es un derecho fundamental” (Ramírez Bastidas, 2006)

En lo económico la seguridad jurídica es un principio importante en tanto que permite tener la certeza de las reglas de disposición y protección del patrimonio. En este sentido la seguridad jurídica les permite a los ciudadanos estar salvaguardados de arbitrariedades y abusos por parte de poderes, tanto públicos como particulares. Teniendo en cuenta que es por medio del patrimonio que la persona satisface una gran parte de sus necesidades y logra alcanzar muchos de sus objetivos de vida, la protección del mismo mediante un principio como la seguridad jurídica se constituye en una garantía de tranquilidad, estabilidad psicológica y emocional para los ciudadanos, pues ante la incertidumbre de que en el futuro puede ser afectada, una persona no podría estar tranquila, menoscabándose de manera fundamental en sus derechos.

La seguridad jurídica también implica unas reglas claras de juego mediante las cuales regirse. En este sentido implica una delimitación clara entre cargas, deberes y obligaciones a cargo de las diferentes personas de la sociedad, y la interacción que de ellas pueda resultar. La seguridad jurídica implica que los conflictos que inevitablemente se produzcan en una sociedad van a ser tramitados conforme a unas reglas previamente establecidas por la comunidad política, evitando así el recurso a la violencia, el aprovechamiento de los débiles por parte de los fuertes y garantizando la idea de justicia. Ante el caos, la seguridad jurídica y el Estado de Derecho se muestran como elementos ordenadores y armonizadores de la sociedad y su conflictividad.

“Al comienzo –en la época prepolítica o de naturaleza- reinaba el caos, la arbitrariedad y la inseguridad, y por eso el hombre inventó el Estado, y con él la jurisdicción, para que a través de reglas dadas por el contrato social (Aristóteles, Rousseau) se resolvieran en definitiva y pacíficamente los naturales conflictos surgidos de la vida de relación, propósitos que adelante alentaron la ilustración y el fenómeno codificador inspiradores de la Revolución francés verdugo del Antiguo Régimen, y es entonces cuando aparece el concepto de seguridad jurídica, el cual pasó a convertirse en el Estado de Derecho en una irrenunciable garantía constitucional como instrumento de protección que brinda a sus ciudadanos, condición esencial para la vida y el desarrollo de una Nación” (Ramírez Bastidas, 2006, pág. 1)

Para corrientes como el neo-institucionalismo (Burgos Silva, 2006) la seguridad jurídica es uno de los elementos fundamentales que explican la existencia de países desarrollados y países subdesarrollados. Lo anterior por cuanto la seguridad jurídica implica una garantía acentuada de protección a la inversión extranjera y en general la inversión de parte de los poseedores del capital, y también una reducción de la incertidumbre en el cumplimiento de los contratos a que se obligan las personas, en donde se comprometen a prestaciones .

Con respecto a la Contratación Estatal se debe poner de presente que este es un contrato de adhesión, es decir, donde no hay una etapa precontractual de libre discusión de las cláusulas del contrato. Además de lo anterior la Administración de manera clara tiene la posición fuerte y de primacía frente a su colaborador privado, posición institucionalizada por medio de una serie de poderes, prerrogativas y privilegios que, como gestora del interés general y en ejercicio de su poder de imperium, lo constatan. En este sentido la seguridad jurídica para el particular se hace de vital importancia en tanto que se constituye en una garantía contra eventuales arbitrariedades que puedan ser cometidas por la Administración –parte fuerte dentro de la relación estatal contractual- en contra de sus derechos y patrimonio. Por otro lado, la seguridad jurídica es de vital importancia por cuanto, precisamente, el patrimonio público son los recursos mediante los cuales el Estado cumple la mayor parte de sus cometidos institucionales y garantiza la

eficiente, inmediata y continua prestación de servicios a cargo del Estado a la ciudadanía. En este orden la seguridad jurídica también es de vital importancia para conservar, invertir y vigilar la inversión más óptima de recursos, es decir, que mejoren lo más que se pueda las condiciones de vida y de garantía de derechos de la ciudadanía, al menor costo posible. De este modo el principio de legalidad del patrimonio público sirve para fiscalizar la utilización del mismo por parte de los organismos de control y para la seguridad de los ciudadanos, cuyo patrimonio está siendo vigilado.

## **5.2 Violación de la Seguridad Jurídica por parte de las Cláusulas Excepcionales**

Para Escobar (Escobar Gil, 2003) y la mayoría de doctrinantes consultados en este trabajo en el proceso de la Contratación Estatal se produce el rompimiento de muchos de los clásicos principios de derecho privado, principios liberales y dogmáticos del derecho de obligaciones. En este orden de ideas el autor resalta que los contratos que celebra la administración pública tienen características diferenciadas con respecto a los clásicos contratos del Derecho privado. Agrega que el régimen exorbitante de la Contratación Estatal choca con la filosofía racionalista e individualista que se erigió como la predominante a finales del siglo XVIII –de la cual es representante el Código Civil napoleónico en Francia- donde predomina la visión individualista y utilitarista del contrato, y donde se estableció la teoría de la equivalencia pactada de las prestaciones entre las partes en los contratos del derecho privado.

El contrato privado clásico está estructurado bajo una serie de principios y normas que pretende proteger el principio de seguridad jurídica -entre otros- por su acentuada importancia en la sociedad, como lo acabamos de ver en el apartado anterior. De esta forma el derecho de obligaciones, la teoría del negocio jurídico y la contratación en derecho privado asume que los contratantes se encuentran en condiciones de igualdad formal, y que por lo tanto se les debe dar el máximo campo de posibilidades para el ejercicio de su autonomía de la voluntad como uno

de los principios rectores que debe guiar su conducta (y debe ser criterio de ejecución e interpretación de las obligaciones a que se comprometan) y la ejecución de sus negocios jurídicos (Valencia Zea & Ortiz Monsalve, 2011). En este sentido se dice que “el contrato es una ley para las partes” (*pacta sunt servanda*) y se aduce que la libertad contractual y la *lex contractus* son principios rectores del derecho privado y del régimen general del derecho, que precisamente buscan salvaguardar la libertad de los particulares y la autonomía de la voluntad como criterio rector de las relaciones jurídicas privadas y criterio orientador de los contratos asumidos mediante la conformación libre de su voluntad.

En el derecho privado, dado que las partes están en igualdad de condiciones, si se presenta un problema en la interpretación del contrato, el contenido de las obligaciones, etc., deben acudir al juez natural del contrato para que el aclare el contenido de la relación jurídica, los derechos y las obligaciones contenidas en la respectiva manifestación de voluntades. En contraste, la administración dentro de los contratos estatales está prevalida del beneficio de la autotutela declarativa (Escobar Gil, 2003), lo que implica que la Administración en estos casos, al no tener que acudir al juez puede definir de forma previa y unilateralmente una situación jurídica, y ejecutar las consecuencias que dicha relación jurídica tiene, sin tener que consultar a un juez de la república; lo que implica que en estos casos la Administración termina actuando como “juez y parte” dentro de la relación jurídica, en relación con su colaborador privado (Benavides, 2004) (si bien es cierto que en todos los casos en los cuales se vea afectado el patrimonio de su contratante privado debe resarcir e indemnizar los perjuicios causados).

Las cláusulas excepcionales de la Contratación Estatal de la Ley 80 de 1993 generan un rompimiento con las teorías clásicas de la seguridad jurídica en el Derecho Privado. En efecto, el contrato civil se basa sobre la idea de que los contratantes, en uso de sus capacidades racionales, ejerciendo su autonomía de la voluntad estipulan libremente las cláusulas que van a convertirse en Ley para las partes, y que van a predeterminar el contenido, sentido y alcance de las obligaciones por ellos contraídas. En este sentido la seguridad jurídica consistía

en una predeterminación del futuro, una predeterminación del comportamiento que asumirían cada uno de los contratantes con respecto a la satisfacción de las obligaciones, expectativas, con el otro. Las cláusulas contentivas de las obligaciones serían pactadas libremente por los contratantes, y determinadas de común acuerdo, dado que estos se presumían en condiciones de igualdad formal, tal como lo pregonaba el ordenamiento jurídico propio de los Estados Liberales o Estados de Derecho.

La seguridad jurídica, entendida como esa capacidad que tenía el contrato de regular las acciones y los acontecimientos que en futuro se esperaba de parte de los contratantes, y que por lo tanto constituía una “Ley Para las partes” era una garantía contra el incumplimiento y el abuso de poder por parte de alguno de ellos. En efecto, dentro del contrato se estipulaban unas cláusulas que contienen unas obligaciones claramente definidas, que debían ser ejecutadas de buena fe y conforme a la común intención de las partes.

La doctrina y la jurisprudencia consultada en este trabajo consideran que las cláusulas excepcionales de la Contratación Estatal generan un rompimiento a principios básicos del Derecho Privado como la autonomía de la voluntad, la libertad contractual, el pacta sunt servanda y la lex contractus. Lo anterior por cuanto las cláusulas excepcionales se constituyen en una serie de poderes que se ejercen de manera unilateral y conforme a la teoría de la autotutela declarativa de la Administración. Es precisamente este el interés de la ejecución de este trabajo: averiguar si es necesario o no acabar con las cláusulas excepcionales de la Contratación Estatal, en tanto el contenido de las prestaciones a que se han comprometido los contratantes, tanto la Administración como el Colaborador privado de la Administración, pueden variar a lo largo de la ejecución del contrato, afectando así la seguridad jurídica.

Las Cláusulas Excepcionales de la Contratación Estatal implican una situación de incertidumbre dentro de la relación jurídica, en tanto que sin el consentimiento del colaborador, la Administración va a poder variar o decidir de forma unilateral

acerca de diversidad de aspectos, por ejemplo el contenido y alcance mismo de las obligaciones mediante la utilización de la cláusula de modificación unilateral.

Estas facultades unilaterales podrían ser utilizadas con criterios arbitrarios y discrecionales, entrando a violar y transgredir las garantías propias de los contratantes privados, garantías de integridad de su patrimonio. Estos poderes se podrían utilizar para hacer maniobras corruptas entre los funcionarios públicos y los colaboradores privados, o entre los mismos funcionarios públicos. Así mismo, el ejercicio de estas potestades se puede prestar para que se omitan requisitos como los de planeación y realización de estudios previos para identificar la necesidad que, mediante el ejercicio de su autonomía de la voluntad, la entidad administrativa pretende satisfacer.

El ejercicio de estas cláusulas, en tanto poderes unilaterales que tiene la facultad de variar el contenido mismo de las obligaciones y prestaciones a que se habían comprometido los contratantes podría terminar violando los derechos de los particulares, pero también violar la garantía de seguridad del erario público, la garantía de planeación de las obras públicas, la garantía de objetividad e imparcialidad en el ejercicio de los poderes públicos y, en este sentido, generar graves eventos de responsabilidad patrimonial en cabeza de la Administración.

Teniendo en cuenta lo anterior podemos decir que las Cláusulas Excepcionales de la Contratación Estatal genera inseguridad jurídica en contra del colaborador privado de la Administración, con la posibilidad de afectar su garantía del patrimonio, su autonomía de la voluntad, la *lex contractus* y el *pacta sunt servanda*; pero por otro lado puede poner en peligro las funciones estatales en tanto que se pueden prestar para distraer los requisitos de planeación de la contratación pública, prestarse para prácticas corruptas, y generar eventos de responsabilidad patrimonial que pongan en peligro el patrimonio público.

## **6. Capítulo III: Las cláusulas excepcionales de la Contratación Estatal no violan el principio de seguridad jurídica**

En este capítulo se pretende mostrar un entendimiento alternativo acerca de las cláusulas excepcionales de la contratación estatal con respecto al entendimiento generalizado que le ha dado la doctrina a la institución, ayudándonos para ello en la argumentación expuesta por Benavides, cuyos planteamientos se irán exponiendo a lo largo del apartado. Se describirá la posición en la que está la Administración dentro del Contrato Estatal y la relación entre el servicio público y las Cláusulas Excepcionales de la Contratación Estatal en Colombia; la que justifica cierto nivel de primacía del Estado frente a su contratante privado, en tipologías concretas de contratos, no de manera general y abstracta. Mostraremos, también, que la institución (Cláusulas Excepcionales) no se puede ver de manera aislada y descontextualizada respecto del resto de la Teoría de la Contratación Estatal, haciendo una breve explicación y recuento sobre de la Teoría de le Equivalencia Económica del Contrato y su relación con las Cláusulas Excepcionales de la Contratación Estatal. Presentaremos el carácter de adhesión del Contrato Estatal, y su relación con el respeto al derecho de propiedad y la garantía del patrimonio del colaborador privado de la Administración. Por último explicaremos algunos de los límites con que cuenta la Administración para imponer o hacer uso de sus prerrogativas unilaterales.

Todo lo expuesto aquí tendrá el objetivo de mostrar que no es satisfactorio afirmar que las cláusulas excepcionales de la Contratación Estatal rompan el principio de seguridad jurídica, y que por lo tanto no es procedente acabar con las mismas; teniendo en cuenta además las especiales características, posición y necesidades que tiene la Administración Pública dentro del Contrato Estatal.

### **6.1 Criterios de Identificación de las Cláusulas Excepcionales**

En este apartado esperamos mostrar que no es satisfactorio llamar cláusulas excepcionales a las hoy denominadas así dentro de la Contratación Estatal en Colombia.

En efecto, la doctrina y la jurisprudencia en Colombia, generalizadamente han identificado las cláusulas exorbitantes o excepcionales del derecho privado como la concreción de la posición de primacía de la Administración dentro del contrato estatal –lo cual justifica en tanto esta es gestora del interés general y vela por la eficaz, adecuada e inmediata prestación de servicio a cargo del Estado-; y en este sentido, las han entendido como un rompimiento, divergencia o innovación frente a la clásica doctrina racionalista e individualista del Derecho Privado: rompimiento de principios como el de *lex contractus*, *pacta sunt servanda*, libertad contractual y autonomía de la voluntad. Consideramos que este entendimiento es errado, conforme los argumentos que pasamos a exponer:

El nombre de cláusulas excepcionales o cláusulas exorbitantes se ha utilizado para denominar ciertas prerrogativas, poderes o facultades que, dentro de la Contratación Estatal, se han otorgado a la Administración. Se argumenta, desde la doctrina y la jurisprudencia, que son “excepcionales” por cuanto constituyen un régimen exorbitante al régimen general del Derecho Privado; es decir, que no se encontrarían dentro de las relaciones contractuales de los particulares: *“El término exorbitante adquiere aquí la acepción jurídica de especial o ajeno a las relaciones entre los particulares. En este sentido, la cláusulas serían ajenas a las relaciones privadas, como las relaciones de familia son ajenas a la administración pública”* (Benavides, 2004, pág. 324) En este sentido se entiende que las relaciones entre privados se establecen dentro del principio de igualdad formal, por lo cual de ninguna manera se permitirían facultades unilaterales que posibiliten a un contratante tomar una decisión contractual sin el consentimiento de su contraparte.

Teniendo en cuenta lo anterior se puede decir que la doctrina considera que la cláusula exorbitante es una de tres posibilidades, en relación al Derecho Privado: a) imposible, b) posible pero ilícita o c) posible y lícita pero inhabitual (Benavides, 2004, pág. 323). Llevando a cabo el análisis propuesto desde estas tres hipótesis podremos concluir que el criterio de identificación de la “cláusula exorbitante” es incierto; lo que implica que no es satisfactorio hablar de “cláusula exorbitante”

como una cláusula que rompa con la seguridad jurídica del Contrato estatal, en tanto que estas prerrogativas son permitidas, también, dentro de las relaciones jurídicas reguladas por el Derecho Privado. Por lo tanto no generan inseguridad jurídica y no es necesario acabar con ellas –por lo menos respecto de lo que tiene que ver con este argumento-. Veamos el análisis de estas hipótesis:

**6.1.1 Imposible dentro del Derecho Privado:** Para afirmar que la Cláusula Excepcional es imposible dentro del Derecho Privado se esgrime que su aplicación violaría principios como el de pacta sunt servanda, el de libertad contractual y el de igualdad entre los contratantes, entre otros. En este sentido se afirma que las cláusulas excepcionales serían

“aquellas que serían típicamente públicas porque son exclusivas del derecho administrativo... tienen por objetivo conferir a las partes derechos o imponerles obligaciones ajenas por su naturaleza a aquellas que son susceptibles de ser libremente consentidas por cualquiera en el marco de las leyes civiles y comerciales...” (Benavides, 2004, pág. 323)

Este argumento resulta rebatido cuando nos percatamos de qué sucede en el Derecho Comercial y Privado contemporáneo. En efecto, el establecimiento de cláusulas que le otorgan poderes y facultades unilaterales, de modificación, vigilancia, control, supervisión, etc. a alguna de las partes, dentro de un contrato privado, no es imposible.

En efecto, esta visión racionalista e individualista de las relaciones jurídico-privadas, donde los contratantes estaban en condiciones de igualdad formal y el perfeccionamiento del contrato estaba precedido por una etapa de negociación y deliberación libre del clausulado contractual, es un mero mito de lo que pudieron haber sido las relaciones jurídico-privadas a finales del siglo XVIII. Pero en efecto, en un mundo donde lo que prima son los grandes conglomerados de capital internacionales, la doctrina de la igualdad, la libre discusión y la no existencia de privilegios y prerrogativas para la parte dominante de la relación contractual, es simplemente una

mentira o un desconocimiento. En el marco de las leyes civiles y comerciales este tipo de clausulado es posible siempre y cuando se haga mediante actos jurídicos libremente consentidos.

**6.1.2 Posible pero ilícita dentro del Derecho Privado:** Si bien es cierto, y se puede constatar, que la cláusula excepcional no es imposible dentro del Derecho Privado, sería ilícita. Diríamos que se presume ilícita en tanto que, al parecer, implica una violación de los principios “básicos” del Derecho Privado como el de pacta sunt servanda o libertad contractual. No obstante, y como en parte lo acabamos de resaltar en el literal anterior, las cláusulas excepcionales no son ilícitas dentro del Derecho Privado pues son pactadas libremente por los contratantes, sin que concurra ningún vicio de voluntad ni causal de nulidad. En este sentido cabe decir que las cláusulas consideradas ilícitas dentro de un contrato privado también lo serán dentro de uno estatal. Citando a Vedel, Benavides nos dice:

“Finalmente, como afirma el maestro VEDEL, “las cláusulas que uno podría imaginar, además de las que la práctica ofrece ejemplos, no serían menos nulas en un contrato administrativo que en uno privado, bien sea porque derogarían las reglas imperativas del derecho administrativo o porque constituirían una afrenta a la libertad de la persona, principio común tanto en derecho privado como en derecho público...” (Benavides, 2004, págs. 325-326)

**6.1.3 Posible y lícita, pero inhabitual dentro del Derecho Privado:** Habiendo mostrado que las cláusulas excepcionales de la Contratación Estatal no son ni imposibles ni ilícitas dentro del Derecho Privado veamos si se pueden considerar inhabituales, y de esa manera plantear un criterio cierto de distinción entre estas y las cláusulas “normales” de los contratos privados.

“A falta de otras explicaciones la doctrina se limita a constatar que la mayoría de las cláusulas consideradas exorbitantes no son ni imposibles ni ilícitas sino simplemente inhabituales, raras o poco utilizadas en el derecho privado. Por lo tanto es suficiente constatar que una cláusula es inhabitual en derecho privado para darle el carácter de exorbitante” (Benavides, 2004, pág. 326)

No obstante el problema radica en determinar qué es lo que se entiende por “inhabitual”. A este respecto hay que decir que para identificar lo usual y lo inusual dentro del comercio jurídico de una rama del Derecho hay que situarse en un contexto histórico determinado, por cuanto los usos cambian de acuerdo a los tiempos. Lo que hoy es usual puede dejar de serlo en el futuro y viceversa. En este orden de ideas se debe decir que una concepción donde dentro de las relaciones de Derecho Privado hay una igualdad que permite la libre discusión de las cláusulas contractuales y la no imposición de facultades ni prerrogativas unilaterales a alguno de los contratantes, no se corresponde con el estado de cosas contemporáneo del Derecho Privado, en especial el Derecho Comercial y el Derecho de los Contratos Internacionales. En este sentido debemos volver a anotar que las relaciones jurídico-privadas de hoy en día no se hacen dentro del plano de la igualdad entre los contratantes, materialmente hablando, pues algunos tienen mucho más poder que otros e imponen su clausulado contractual mediante contratos de adhesión, entre otras cosas.

“El mundo comercial igualitario imaginado por los publicistas no corresponde con la realidad de los negocios en los que el peso de las grandes compañías multinacionales impone condiciones coercitivas a sus contratistas y no sólo a los consumidores de sus productos. La frecuente dependencia económica de una de las partes y la subordinación de hecho y de derecho impiden afirmar el carácter inhabitual de muchas de las cláusulas calificadas de exorbitantes” (Benavides, 2004, pág. 327)

De esta forma acabamos de mostrar que al concepto de cláusula no se le puede dar el sentido que le da la mayoría de doctrinantes y la jurisprudencia, al menos los citados en este trabajo, como cláusulas imposibles, ilícitas o inhabituales dentro del contrato privado. No es adecuado, entonces, decir que las cláusulas excepcionales de la Contratación Estatal, Ley 80 de 1993, rompan con estos principios de Derecho Privado, y en este sentido, generen inseguridad jurídica, por cuanto ni siquiera en el derecho privado mismo este tipo de principios y dinámicas se mantienen de la forma que lo concebía la doctrina.

“Si el contrato administrativo debe alejarse del derecho privado debido a la existencia de cláusulas especiales, es necesario que estas sean concretamente distintas de las que se incluyen en los contratos entre particulares, lo que nos obliga a comparar de manera específica los contratos similares en uno y otro sistema jurídico. Pero este ejercicio nos lleva a concluir que en los contratos modernos entre personas privadas, como la concesión comercial, los contratos de suministro y asistencia, de franquicia, de leasing, de distribución, de exclusividad, etc., las características del modelo ideal expuesto por VEDEL (igualdad entre las partes, equilibrio de ventajas y cargas contractuales, libre discusión de cláusulas) brillan por su ausencia.” (Benavides, 2004, pág. 328)

## **6.2 Posición de la Administración en el Contrato Estatal**

El Contrato Estatal es un contrato típicamente de adhesión, en tanto que no hay una etapa precontractual de libre discusión de las estipulaciones contractuales. En efecto es la Administración la que, mediante la utilización de su respectiva técnica de selección objetiva del contratista, determina previamente en los pliegos de condiciones las prestaciones a las que se obligarán los contratantes. Al respecto se debe resaltar que los pliegos de condiciones hacen parte integral del Contrato Estatal respectivo. En este sentido el documento en el que se encuentran estipuladas las obligaciones de los contratistas no corresponde únicamente a la minuta del contrato firmada por ellos (Expósito Vélez, 2013)

Pero por el hecho de ser de adhesión no quiere decir que se produzca una violación a los principios de autonomía de la voluntad o seguridad jurídica. En efecto, los colaboradores privados de la Administración están plenamente conscientes, cuando deciden participar en un concurso público o licitación, cuando deciden postularse, de que ellos no podrán negociar las cláusulas contractuales con la Administración. Así mismo el Estatuto de la Contratación Pública, Ley 80 de 1993, es claro al establecer que en razón a que la Administración tiene un papel preponderante dentro del contrato estatal (dado que es la directamente responsable de la garantía de la prestación de los servicios a cargo del Estado y el alcance de sus finalidades institucionales: gestora del interés público) a esta le han sido conferidas una serie de prerrogativas de manera imperativa, las prerrogativas de vigilancia y control. El particular está obligado a actuar conforme a un buen padre de familia (artículo 63 Código Civil), es decir, se debe preparar con una exigencia mediana de diligencia para comprometerse en esta relación jurídica obligacional con el Estado.

Dado que la Administración es la parte privilegiada dentro del contrato estatal, y que por ello está dotada de las cláusulas excepcionales y los poderes exorbitantes que le confiere la Ley 80 de 1993 en sus artículos 14 a 19, el colaborador privado de la Administración debe actuar con una diligencia mediana, es decir, la que se le exige a un buen padre de familia para ponerse al corriente de esta situación y prever las consecuencias jurídicas que le traerá el obligarse en una relación contractual con la administración. Pero esto no quiere decir que se viole el principio de seguridad jurídica, por cuanto las obligaciones entre los contratantes del Contrato Estatal están definidas tanto en los pliegos de condiciones como en la minuta de contrato; pero también está obligado a respetar las cláusulas excepcionales del respectivo contrato. Por otro lado no en todos los contratos estatales se aplican las mismas cláusulas excepcionales, sino que se da una dosificación de las mismas de acuerdo a la relación entre el respectivo contrato estatal y el servicio público (Benavides, 2004).

“El legislador de 1993 no pretendió instaurar una igualdad entre las partes contratantes. Consciente de las particularidades de los contratos estatales, dada la presencia de una entidad estatal, y sobre todo en razón de la misión de interés general implícita de manera más o menos fuerte en todo contrato estatal, reconoció la superioridad de la administración, quien es responsable de la dirección y el control del contrato. Sin embargo, también fue un propósito explícito del legislador el restringir las prerrogativas de las entidades contratantes a lo estrictamente necesario. Para ello era necesario recordar la fuerza de los compromisos contractuales de la administración y la limitación de ciertos de sus privilegios, así como describir de manera más clara y concreta los parámetros de ejercicio de las cláusulas excepcionales” (Benavides, 2004, pág. 382)

### **6.3 Servicio Público y su relación con las Cláusulas Excepcionales del Contrato Estatal**

Por otro lado las cláusulas excepcionales (antiguas cláusulas exorbitantes) tienen su fundamento en la primacía del servicio público. En este sentido, el contratante privado de la Administración debe llevar a cabo su encargo, así se presenten circunstancias imprevistas que aumenten los costos de su labor, pero no puede dar al traste con un objeto contractual que está directamente relacionado para la garantía de un servicio público (Benavides, 2004). A su vez, la administración tiene las obligaciones de: respetar en forma integral el patrimonio de su colaborador privado (art. 58 Constitución Nacional), regirse conforme el principio de la buena fe (art. 83 Constitución Nacional y art. 1603 Código Civil), respetar la igualdad en las cargas públicas y asumir las indemnizaciones por los daños causados a la integridad del patrimonio privado de los ciudadanos (artículo 90 de la Constitución Nacional)

Según Benavides (Benavides, 2004) en Colombia la relación entre las cláusulas excepcionales y el servicio público es una relación que define la “cantidad” de excepcionalidad del régimen jurídico aplicable a cada contrato. Siendo así, en Colombia no se tiene un entendimiento abstracto sino concreto de la relación entre el servicio público y las cláusulas excepcionales. Por medio de la Ley se hizo una

especie de tasación de la relación entre la garantía de un servicio público o la primacía de una finalidad estatal importante, con relación a determinados contratos. En efecto, el artículo 14 (de la Ley 80 de 1993) establece mínimo 4 categorías de contratos: a algunos les asigna de forma imperativa un tipo de cláusulas excepcionales, a otros se las asigna de manera supletiva, a otros se las prohíbe y respecto de otros guarda silencio. La Ley decidió dotar a la Administración de una mayor cantidad de poderes excepcionales en los contratos que más se relacionaban con el servicio público; mientras que entre menos relación tiene un respectivo contrato con el servicio público, la Ley decidió dotarlo de menos cláusulas excepcionales, proponerlas como meramente supletivas o hasta prohibirlas.

“(…) En este sistema es el vínculo del objeto contractual con el servicio público el que exige la inclusión de este tipo de cláusulas y el que refuerza el régimen exorbitante de la entidad estatal contratante. Por ello, el artículo 14 impone las cláusulas excepcionales en ciertos contratos, las autoriza en otros y las prohíbe en algunos. Aunque en los tres casos estamos frente a contratos estatales el legislador consideró que las prerrogativas de poder público de las cláusulas excepcionales no eran indispensables o útiles en todos los casos, e incluso consagró algunos en los que dicha prerrogativas eran inconvenientes, y por ello la prohibió. Esas cláusulas como la interpretación (art. 15), la modificación (art. 16) la terminación unilateral (art. 17), la caducidad (art. 18) y la reversión (art. 19)<sup>1</sup>

Los contratos que tienen por objeto un servicio público exigen las cláusulas excepcionales (...)” (Benavides, 2004, pág. 376)

#### **6.4 Teoría de la Equivalencia Económica del Contrato**

La Contratación Estatal y sus diferentes instituciones (como las cláusulas excepcionales y la teoría de la equivalencia económica del contrato) no pueden ser entendidas de manera aislada y fragmentaria. En efecto, esta constituye un sistema articulado y armónico que, visto individualmente, sin relación con sus

---

<sup>1</sup> En este apartado el autor en cita se está refiriendo a la Ley 80 de 1993 de Colombia.

demás componentes, puede conllevar a creer que dichas instituciones específicas carecen de coherencia y fundamento.

Como ya lo vimos, no es cierto que el criterio de identificación de las cláusulas excepcionales sea el hecho de su imposibilidad en el Derecho Privado. Esto, de por sí, implicaría que no es cierto el supuesto rompimiento de la seguridad jurídica del contrato privado. Pero, además de lo anterior, si bien es cierto que el ejercicio del ius-variandi por parte de la Administración puede afectar el patrimonio del colaborador particular, el Estatuto Contractual es claro al afirmar que toda utilización de estas prerrogativas, que afecte antijurídicamente la garantía del patrimonio del particular colaborador de la Administración, genera el deber de indemnizar.

Escobar (Escobar Gil, 2003) explica que en el derecho de la Contratación Estatal se ha retomado la teoría de la conmutatividad objetiva de las prestaciones del contrato. Esta teoría había sido desechada por las doctrinas del liberalismo, triunfante en las revoluciones liberales del siglo XVIII y XIX, y que se habían concretado en textos como el Código Civil Napoleónico. La teoría de la equivalencia económica del Contrato, explica Escobar, se funda en retomar la teoría de la conmutatividad objetiva de las prestaciones. A diferencia de la teoría subjetiva, donde prevalece el principio de riesgo y ventura, en la teoría objetiva prevalece el principio del justo precio; esto quiere decir que las prestaciones no solo deben ser formalmente iguales o formalmente conmutativas (teoría subjetiva de la igualdad de las prestaciones), sino que objetivamente (a nivel de los precios medios del mercado), debe haber una conmutatividad, una equivalencia real entre las prestaciones a que se comprometen los contratantes dentro del Contrato Estatal.

En este orden de ideas, como contrapartida a la situación de privilegio y supremacía con que cuenta la Administración dentro del Contrato Estatal con respecto a su colaborador privado, se ha creado un procedimiento mediante el cual se busca preservar el patrimonio del colaborador privado. Este se basa en una protección acentuada de los principios de buena fe (art. 83 Constitución Política y 1603 del Código civil), igualdad de los ciudadanos ante las cargas

públicas, la obligación de la Administración de reparar e indemnizar cualquier daño antijurídico generado en contra del patrimonio de alguno de sus ciudadanos (art. 90 de la Constitución Política), la protección del derecho a la propiedad privada (art. 58 de la Constitución Política) y el de libertad económica (art. 333 de la Constitución Política). Esto lo pone de presente Escobar Gil (Escobar Gil, 2003), quien afirma que en este proceso, entonces, se asume la teoría del justo precio y, en ese sentido, de la conmutatividad objetiva de las prestaciones entre los contratantes.

Por otro lado, como lo ha puesto de presente Libardo Rodríguez (Rodríguez R, 2012), el equilibrio económico del Contrato no solo tiene el objetivo de beneficiar y salvaguardar el patrimonio del colaborador privado de la Administración, sino que tiene la posibilidad de actuar en doble vía, protegiendo la equivalencia económica del contrato en cuanto a las prestaciones, tanto de la entidad administrativa contratante como de su colaborador privado.

Libardo Rodríguez expone lo siguiente:

“El principio del equilibrio económico de los contratos administrativos encuentra su justificación en las necesidades de prestación continua y eficiente del servicio público; como contrapartida a las prerrogativas del poder público de que goza la administración en un contrato administrativo; en los principios constitucionales del deber general que tiene el Estado de reparar los daños antijurídicos generados por sus actuaciones, la obligación de mantener la igualdad ante las cargas públicas y la garantía del patrimonio de los particulares; en la justicia contractual, en la conmutatividad del contrato administrativo” (Rodríguez R, 2012)

Los eventos en los que por la aplicación de la teoría de la equivalencia económica del contrato, se deben reequilibrar la onerosidad de las prestaciones, se concretan -a modo de ver de Libardo Rodríguez- *“en la potestad variandi, el hecho del príncipe, la teoría de la imprevisión y el incumplimiento del contrato”* (Rodríguez, 2012)

Para concluir este apartado diremos que, teniendo en cuenta la aplicación de esta teoría, las Cláusulas Excepcionales de la Contratación Estatal no implican la violación, desprotección o detrimento de ninguna de las partes del contrato. En este sentido la seguridad jurídica se mantiene en tanto, si bien es cierto que cláusulas como la de modificación unilateral van a variar el contenido de las prestaciones, la conmutatividad objetiva del contrato se va a mantener en todos los casos. Como lo expuso el mismo Libardo Rodríguez, la teoría de la equivalencia económica se constituye en la contrapartida necesaria de las cláusulas excepcionales de la Contratación Estatal.

### **6.5 Límites a la Aplicación de las Cláusulas Excepcionales**

El proceso de la Contratación Estatal no deja al garete la suerte de la seguridad jurídica de las partes dentro del Contrato Estatal. En efecto encontramos que i) la aplicación de las cláusulas excepcionales de la contratación estatal tiene unas claras limitaciones definidas por el legislador, interpretadas y sistematizadas por la doctrina, ii) las cláusulas excepcionales de la contratación estatal no se pueden entender de manera desligada al resto de las instituciones, propias del proceso de la contratación estatal y iii) el contratista privado, colaborador de la Administración, puede oponerse a las resoluciones que toma la entidad contratante, ordenadora del gasto, por medio de los recursos del procedimiento administrativo (recurso de reposición) y reclamar sus desacuerdos, también, recurriendo al proceso contencioso-administrativo: medios de control: controversias contractuales o de reparación directa.

Para garantizar del patrimonio de los particulares, los actos administrativos donde una entidad ordenadora del gasto ejecute o ejerza una de estas potestades excepcionales están sujetos al recurso de reposición, sin perjuicio de la acción contractual, ante el contencioso administrativo. Así mismo en estos actos debe procederse a la indemnización o compensación del contratista-colaborador privado, para mantener de esta forma la ecuación o el equilibrio inicial (Matallana, 2005).

Como límites a la utilización de las Cláusulas Excepcionales, Escobar explica que se debe respetar a toda costa la garantía e integridad del patrimonio del particular, colaborador de la Administración. Expone los siguientes límites al ejercicio de dichas prerrogativas: 1) El interés público, 2) La buena fe –dividida en a) Sujetos, b) Contenido y c) Tiempo-, 3) La equivalencia económica del contrato y 4) El Procedimiento -Que divide en a) El órgano competente, b) El régimen jurídico y c) La forma, ésta última dividida, a su vez, en i) Motivación, ii) Notificación y iii) Decisión escrita y expresa-. Así mismo debemos resaltar que en el capítulo I del presente escrito, al hablar de cada una de las Cláusulas Excepcionales de la Contratación Estatal, mencionamos superficialmente algunos límites con las que la cuenta, en específico, la aplicación de cada una de ellas.

Los límites que tiene la Administración para utilizar sus prerrogativas y las cláusulas excepcionales del poder público no solo se derivan de lo estipulado por la normativa contractual, sino que se derivan de los principios de la buena fe, la garantía del patrimonio de los particulares, la igualdad en las cargas públicas, el respeto por la propiedad privada y la actividad económica libre, el no abuso de la posición dominante, la *lex contractus* y la autonomía de la voluntad (aunque algunos de estos principios puedan verse someramente afectados)

En cuanto al límite del interés público, Escobar afirma que el Estado es un ente moral creado por el Derecho y la Sociedad para tutelar y garantizar los intereses comunes de todos los miembros de la sociedad. *“Las potestades contractuales corresponden a la especie de potestades función, que se ejercen no para satisfacer el interés particular de su titular sino para servir el interés público”* (Escobar Gil, 2003, pág. 302). Si bien es cierto que el concepto de interés público es claramente ambiguo e indeterminado, el Ordenamiento Jurídico lo concreta por medio de la normatividad, que da vida, regula y limita las potestades contractuales de la Administración. Con la misma Ley 80 de 1993, la utilización de las facultades excepcionales con que cuenta la Administración solo está circunscrita a las finalidades de garantizar la continua, eficiente e inmediata prestación de servicios a cargo del Estado y el cumplimiento del objeto contractual. En este orden de

ideas, cualquier actuación o decisión administrativa que se saliera de ese marco sería ilegal adolecería de nulidad por desviación de poder. No obstante lo anterior, el concepto de interés público, concretado en el servicio público y las finalidades estatales se debe entender como

“[el] objeto material de las funciones que la Constitución Nacional y las leyes le asignan a las entidades públicas, que se orientan a la satisfacción de unas concretas necesidades que son comunes a todos o la mayoría de los miembros de la colectividad...” (Escobar Gil, 2003, pág. 303)

En cuanto al límite de la buena fe, Escobar afirma que el artículo 83 de la Constitución Nacional lo impone a toda actuación pública y particular, y en este sentido la Contratación Estatal no puede ser la excepción. Este principio adquiere una especial relevancia en este ámbito por cuanto por un lado la Administración goza de una posición privilegiada y dominante, posición de la que no puede abusar en detrimento de sus colaboradores privados; pero por otro lado los particulares que colaboran a la Administración deben ser conscientes que están haciendo parte de una finalidad pública de la cual dependen -en alguna medida al menos- los derechos y las garantías de los administrados, por lo que la ejecución de su objeto contractual no es una simple forma de enriquecerse, sino que de por medio está la consecución de los fines del Estado y la tutela del interés de la comunidad general.

En el mismo sentido, la Administración no puede utilizar sus potestades para abusar de su condición de privilegio y de la condición de inferioridad o minusvalía del contratista (por ejemplo, en el caso de enfermedad, entre otros). Tampoco puede utilizar estas prerrogativas de manera arbitraria, y en este sentido debe hacer un examen de ponderación para elegir la medida menos gravosa mediante la cual se logre el mismo cometido, es decir, en cuanto al contenido la Administración no solo se debe ajustar a la legalidad de sus actos, sino que estos se deben enmarcar en una utilización mesurada, proporcional y justa de sus prerrogativas. En cuanto al tiempo o momento en el que puede ejercer sus potestades, la Administración debe tener en cuenta las finalidades específicas de

cada cláusula excepcional, y en este sentido no puede hacer ejercicios prematuros o tardíos y extemporáneos de sus prerrogativas; *“en efecto, las potestades contractuales deben ejercerse durante el plazo de ejecución del contrato, precisamente porque están dirigidas a garantizar la prestación regular, continua y eficiente de los servicios públicos”* (Escobar Gil, 2003, pág. 308)

En cuanto al límite de la equivalencia económica del contrato, Escobar expone que esta teoría sirve para compensar las prerrogativas unilaterales de las que está prevalida la Administración, y está inspirada en el ideal de la justicia conmutativa objetiva. En este sentido la esfera patrimonial del particular debe ser salvaguardada, eliminando el principio de riesgo y ventura, como contrapartida de estos poderes acentuados y unilaterales de los que está prevalida la Administración (Escobar Gil, 2003). Hay que resaltar, también, que la aplicación de esta teoría no solo debe beneficiar al particular colaborador de la administración, sino a la administración misma, como lo ha puesto de presente Libardo Rodríguez (Rodríguez R, 2012)

En cuanto al límite del procedimiento, Escobar considera que en un Estado de Derecho la utilización de las prerrogativas, poderes y facultades de la Administración deben encuadrarse en unos procedimientos, clara y previamente definidos, y que además garanticen los principios constitucionales del debido proceso, la defensa y la contradicción entre otras. Es importante no desconocer lo preceptuado por el artículo 29 de la Constitución Nacional.

En este sentido, el ejercicio de las potestades exorbitantes por parte de la Administración implica que los actos administrativos que para lo mismo se expidan, deben provenir de autoridad y órgano competente: el representante legal de la determinada entidad pública es el funcionario competente, con autoridad para expedir actos o declaraciones con fuerza vinculante para la entidad. No obstante lo anterior, no se debe olvidar que en la Contratación Estatal operan los principios de la organización administrativa, entre ellos el de delegación. En este sentido el director de la respectiva entidad estatal podría delegar la función de expedir actos administrativos mediante los cuales ejercer las potestades

excepcionales en los Contratos respectivos de la entidad ordenadora del gasto. De hecho la posibilidad de delegar que tiene los directores o representantes legales de las entidades públicas es lo que le permite a la entidad cumplir con toda su variada cantidad de funciones, como o las de supervisión, inspección y vigilancia.

La Ley 80 de 1993 no estableció un procedimiento o un cause procesal específico y especial mediante el cual la Administración debía ejercer sus prerrogativas contractuales como las cláusulas excepcionales. No obstante lo anterior, se debe decir que, entonces, para este tipo de procesos se aplican las reglas consagradas en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y en su defecto las normas del régimen general, es decir, las del Código Procesal general respectivo Código General del Proceso. El procedimiento mediante el cual la Administración debe ejercer sus prerrogativas contractuales es una garantía de legalidad y no arbitrariedad o discrecionalidad en la utilización de las potestades públicas, intereses propios de un Estado de Derecho.

Por otro lado hay que tener en cuenta los principios que informan los procedimientos administrativos: celeridad, economía, eficacia, contradicción, imparcialidad, legalidad, etc. (Escobar Gil, 2003). Todo lo dicho hasta aquí sobre el procedimiento como límite de la Administración para aplicar las potestades exorbitantes se acentúa cuando se habla de potestades de naturaleza sancionatoria, en donde se aplican los principios del Derecho Penal aunque, quizás, de manera más moderada (legalidad, audiencia bilateral, contradicción, presunción de inocencia, etc.)

Po último, en cuanto a la forma que deben tener los actos administrativos por medio de los cuales la Administración ejerza sus potestades contractuales, Escobar afirma que estos actos son esencialmente formales, y sin el seguimiento de estos causes formales no es posible exteriorizar la declaración de voluntad de la Administración. En este sentido este tipo de actos deben ser 1) motivados explícitamente y en forma adecuada, 2) debe hacerse la debida notificación de dichos actos a las partes interesadas, y 3) deben contener una decisión escrita y expresa.

Las cláusulas excepcionales deben decretarse mediante auto motivado donde

“la entidad contratante determine claramente el hecho que da lugar a ellas, demostrando que dicho contratista se encuentra dentro de la causal o causales que consagra la ley. La motivación es fundamental, ya que por una parte, garantiza el derecho de defensa y contradicción por parte del contratista y por la otra, evita la arbitrariedad en la actuación de la Administración.” (Fandiño Gallo, 2014, pág. 373).

De la misma forma se deberá indemnizar o compensar económicamente al contratista que haya sufrido una afectación antijurídica a sus intereses.

En el auto del 6 de abril de 2011 del Consejo de Estado -radicado 23001-23-31-000-1999-00291-01 (19483)- (Diaz del Castillo, 2011) se hace énfasis en que la aplicación o ejercicio de estas cláusulas excepcionales –en específico, la terminación unilateral- le exige a la administración una serie de requisitos y presupuestos obligatorios (sin cuyo cumplimiento su aplicación se tornaría en abusiva y antijurídica). Al mismo tiempo la providencia resalta que estas facultades (excepcionales) están restringidas a los eventos previstos en la normatividad, de modo que el cumplimiento de dichos requisitos se convierta en una garantía que impida que esta decisión de la administración se torne arbitraria. Resalta el Consejo de Estado, que el ejercicio de las potestades exorbitantes es una facultad reglada de la administración, que solo procede en casos excepcionales.

En este orden de ideas, el acto administrativo por medio del cual la entidad estatal ejerce la cláusula excepcional debe estar debidamente motivado, soportado sobre un análisis mesurado y razonable de la realidad contractual. La motivación con la que debe contar el acto sirve para concretar las garantías para el contratista particular – que tiene que sufrir el cumplimiento de la obligación- y la sociedad civil en general – que debe poder controlar las actuaciones de la administración, dentro de un Estado de Derecho-.

La motivación del acto administrativo no es un mero requisito formal, por cuanto al mismo se le aplican las causales de nulidad de los actos administrativos –art. 84

C.C.A<sup>2</sup>- .Un acto administrativo motivado de manera meramente formal incurriría en la causal de nulidad por falsa motivación. No obstante lo anterior, el Consejo de Estado indica que los actos administrativos *“gozan de presunción de legalidad y veracidad... [por lo cual, prima face] se entiende su sujeción al ordenamiento y la certeza de los hechos sobre los cuales descansan, presunción esta indispensable para su ejecución y que impone a quien pretende desconocerlos la carga de desvirtuar su obligatoriedad”* (Díaz del Castillo, 2011). El control jurisdiccional de los actos administrativos permite petitionar su derogación si pesa sobre ellos alguna causal de nulidad.

Por su parte, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado (Osorio Isaza, Concepto, 2000) afirma que en el régimen de la Contratación Estatal existen diferentes tipos de potestades, cláusulas y privilegios en cabeza de la Administración, con características y finalidades diferentes. Estos privilegios están limitados en su aplicación, teniendo en cuenta que: 1) su oportunidad, debe ejercerse durante la ejecución del contrato (Si bien es cierto que en este punto existe un debate por la ocurrencia de la llamada responsabilidad post-contractual; y otro debate acerca del momento en que es viable ejercer las cláusulas, por ejemplo, la de cláusula de caducidad); 2) en relación con su finalidad, debe tener como objetivo *“evitar que las discrepancias conlleven a la paralización o la afectación grave del servicio a su cargo”* (Osorio Isaza, Concepto, 2000); 3) en cuanto a los requisitos para su ejercicio, *“la Ley exige la concertación previa, pues la facultad unilateral solo puede ejercitarse si no se logra un acuerdo”* (Osorio Isaza, Concepto, 2000); 4) en cuanto a la materia, en la interpretación unilateral su ejercicio solo podrá hacerse con respecto a las cláusulas sobre las cuales no haya consenso o exista discrepancia, en la modificación unilateral su ejercicio solo se podrá llevar a cabo en cuanto la *“suspensión o adición de obras, trabajos, suministros o servicios; en consecuencia la modificación [estará] limitada a un elemento cuantitativo, por tanto no puede extenderse a cláusulas o modificaciones no concernientes a ese ámbito”* (Osorio Isaza, Concepto, 2000); 5) la motivación debe basarse en presupuestos de hecho, de

---

<sup>2</sup> El auto fue dictado en vigencia del antiguo Código Contencioso Administrativo. En el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo sería el artículo 137.

derecho y finalidades y motivos ciertos, “como [requisitos] habilitantes para el ejercicio de la facultad” y; 6) en caso de que se afecte al contratista, dice la sala, se debe reparar, compensar e indemnizar al particular afectado, para mantener el equilibrio financiero inicial. Se deben garantizar los derechos de defensa, contradicción y debido proceso del contratista privado.

## **7. Jurisprudencia**

La jurisprudencia del Consejo de Estado se ha referido al tema de las Cláusulas Excepcionales del Contrato Estatal, poniendo de presente sus finalidades, sus diferencias y los límites que tienen las entidades públicas para su aplicación; así como las finalidades de la contratación estatal, sus principios, y la teoría de la equivalencia económica del contrato, íntimamente relacionados con el tema de las cláusulas excepcionales, al punto que no se pueden entender adecuadamente estas, sin ponerlas en el contexto de estos últimos dos temas. También nos apoyamos someramente en análisis de la Corte Constitucional para determinar los límites que tiene la aplicación de las Clausulas Excepcionales en Colombia.

Hemos encontrado que la jurisprudencia del Consejo de Estado entiende las cláusulas excepcionales como poderes excepcionales con los que cuenta la Administración para garantizar la primacía del interés público y la eficiente y continua prestación de los servicios a cargo de la Administración. Así mismo, la Jurisprudencia del Consejo de Estado considera que las Cláusulas Excepcionales están estrictamente reguladas en la normatividad y la Ley, en específico la Ley 80 de 1993, por lo cual su aplicación no puede ser arbitraria, indiscriminada o irregular, so pena de sancionarlas con la nulidad. En este sentido podemos anotar que la jurisprudencia identifica una serie de limitaciones legales para la aplicación de las cláusulas tales como las siguientes: la Ley ha estipulado diferentes grupos de contratos para los cuales las clausulas serían obligatorias, estarían permitidas facultativamente o estarían prohibidas; limitaciones específicas a cada una de ellas en su aplicación; el criterio de que la aplicación de las cláusulas excepcionales no puede pasar por encima de las normas de orden público del ordenamiento jurídico, debiéndose respetar entonces principios de la Contratación estatal como la buena fe, el debido proceso, la contradicción, la transparencia, la selección objetiva, etc.

También la jurisprudencia resalta la institución de la teoría de la equivalencia económica del contrato, por cuanto el principio de la buena fe, la responsabilidad del estado por cualquier daño antijurídico imputable a él, y la lealtad que se debe

tener entre los contratistas; obliga a mantener una equivalencia objetiva entre las prestaciones en el contrato Estatal entre el privado y la Administración, lo que se concreta en categorías como el hecho del príncipe, la teoría de la imprevisión, la responsabilidad estatal o las sujeciones materiales imprevistas, entre otras. Veamos:

**7.1 Consejo de Estado, concepto con radicado número 1293:** La sala de consulta y servicio civil del Consejo de Estado (Osorio Isaza, 2000) resuelve la consulta elevada a esta entidad por el Ministerio del Interior. Esta consulta está referida a las cláusulas excepcionales dentro del contrato estatal, en lo que respecta a los límites para su aplicación. En este sentido expone las siguientes preguntas:

1. ¿Cuáles son los límites que tiene la administración dentro de la actividad contractual en la aplicación de las cláusulas excepcionales?
2. ¿Es posible que la administración encuentre límites temporales para el ejercicio de las potestades excepcionales distintas a los consagrados expresamente en las normas de rango legal?
3. En el evento de ser afirmativa la respuesta a la pregunta anterior, ¿es necesario afirmar que el simple accionar ante la jurisdicción por parte del contratista impide el ejercicio de las potestades excepcionales cuando éstas cumplen los requisitos establecidos en las normas legales para su ejercicio y son el mecanismo idóneo para cumplir su obligación, estos es, la protección del interés público?

Respecto de los límites que tiene la entidad estatal para utilizar las cláusulas excepcionales se tiene que los actos administrativos que se expidan con la finalidad de ejercer alguna de estas cláusulas deben observar las condiciones y límites que ha fijado el legislador para cada uno de ellas, y deben ejercitarse durante la ejecución del contrato, lo que limita temporalmente la posibilidad de su ejercicio. La Ley exige concertación previa con el contratista, pues la facultad unilateral solo se puede aplicar si no se logra un acuerdo. Así mismo la facultad excepcional solo se puede extender a las cláusulas objeto de la diferencia,

dejando quieto el resto del contrato. En específico la facultad de modificación está limitada a la supresión o adición de obras, es decir a un elemento cuantitativo, no cualitativo; no puede excederse de un valor de 50% del contrato, y si la modificación afecta más de un valor del 20% el contratista privado puede rehusarse. En cuanto a la terminación unilateral su aplicación está limitada al evento en el que se haya violado el régimen de inhabilidades e incompatibilidades o cuando se celebra contra expresa prohibición legal o constitucional. En cuanto a la aplicación de la cláusula de caducidad se limita al evento en el que se produzcan incumplimientos graves y reiterados por parte del contratista, y debe ser ejercida dentro de la vigencia del contrato. Todos los actos donde se ejerzan las cláusulas excepcionales deben estar debidamente motivados.

En relación con la finalidad de las cláusulas excepcionales se tiene que su ejercicio está encaminado a evitar que las discrepancias conlleven a la paralización o afectación grave de la prestación de un servicio a su cargo.

**7.2 Corte Constitucional, T-1341 de 2001:** En esta sentencia (Tafur Galvis, 2001), se expone lo relacionado al principio del debido proceso en los contratos estatales y los límites con que cuenta la administración para su aplicación.

El debido proceso es obligatorio en todas las actuaciones administrativas, *“ya que no solamente pretende que el servidor público cumpla las funciones asignadas, sino además que lo haga en la forma como determina el ordenamiento jurídico”* (Tafur Galvis, 2001). Las actuaciones de la administración son regladas y están sujetas al principio de legalidad. El ejercicio de los poderes de la administración, debe apegarse a requisitos como ser proferidos –los actos administrativos donde se ejerzan las potestades excepcionales- por funcionario competente. Los ciudadanos, en el marco de una decisión administrativa, poseen los recursos en sede administrativa y los que se ejercen en estrados judiciales para desvirtuar su presunción de legalidad y veracidad de que gozan los mismos.

La Corte Constitucional especifica tres criterios limitadores para el ejercicio de las potestades excepcionales por parte de la administración: 1) Su ejercicio debe

hacerse conforme los principios: a. que rigen las actuaciones contractuales de la administración -transparencia, economía y responsabilidad-, b. los que rigen la función administrativa, c. los principios generales del derecho y d. los principios particulares del derecho administrativo; 2) Su ejercicio debe estar orientado al “cumplimiento de los cometidos estatales y a la continua y eficiente prestación de los servicios a cargo del Estado, así como la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en las consecución de dichos fines” (Tafur Galvis, 2001); y 3) Su ejercicio debe respetar el derecho de contradicción de quien se ve afectado.

“Con las anteriores referencias se quiere significar que el ejercicio de las potestades excepcionales en materia contractual, como quiera que se estatuyen en garantía de la vigencia del orden jurídico y por motivo de la superioridad del poder público que ostenta la Administración, para así cumplir con los fines del Estado en materia contractual estatal, deben dar cuenta de un claro respeto a la vigencia y efectividad de los derechos de los contratistas, especialmente, de los derechos con naturaleza fundamental, como ocurre con el derecho de defensa” (Tafur Galvis, 2001)

**7.3 Consejo de Estado, radicado 25000-23-26-000-1995-0867-01(17767):** En esta sentencia (Valle de la Hoz, 2011) se pone de presente el tema de los principios de la contratación estatal y su finalidad. Encuentra que se produjo una importante violación a los principios que rigen la contratación estatal como lo son la selección objetiva, la transparencia, economía y la planeación, dado que se produjo un fraccionamiento de contratos, es decir, donde el objeto material de los mismos era en realidad el mismo, con la finalidad de adjudicarlos mediante el procedimiento de la contratación directa, distraendo así el procedimiento licitatorio mediante el cual correspondía adjudicar el contrato.

En esta oportunidad el Consejo de Estado pone de presente que, de acuerdo al artículo 3° de la Ley 80 de 1993 la contratación estatal tiene como finalidad la continua y eficiente prestación de los servicios y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines; así como que todas sus actuaciones deben supeditarse al

cumplimiento de los principios de la contratación estatal. En cuanto al principio de transparencia pone de presente que se impone el deber de cumplir los requisitos y procedimientos que garantizan la selección de la mejor propuesta para satisfacer el objeto del contrato a suscribir. En cuanto al principio de economía pretende que la actividad contractual no sea el resultado de la improvisación y el desorden, sino que obedezca a una verdadera planeación para satisfacer las necesidades de la comunidad.

**7.4 Consejo de Estado, radicado 73001-23-31-000-1999-00539-01(22464):** En esta sentencia (Santofimio Gamboa, 2012) se ponen de presente los principios de la contratación estatal, las etapas del proceso de contratación y la responsabilidad patrimonial a la que se sujeta la Administración al llevar a cabo un Contrato Estatal.

En esta sentencia se condena al Estado por la violación de los principios de previsibilidad y planeación, la no contratación de estudios técnicos y el incumplimiento en el deber de tramitar la licencia ambiental, procesos estos pertenecientes a la etapa precontractual del contrato estatal. Poniendo de presente el artículo 90 de la Constitución expide la sentencia.

En este orden de ideas pone de presente que la antijuricidad del daño sufrido por la víctima no depende de la ilicitud del acto sino de la inexistencia del deber de soportar la carga gravosa por parte del afectado; con lo cual resalta, también, que todos los ciudadanos debemos tener igualdad en las cargas públicas que debemos soportar frente al Estado. Por otro lado subraya el despacho que el principio de planeación en la contratación estatal está íntimamente relacionado con los principios de interés general y de legalidad; dado que la celebración de los contratos estatales no puede ser producto de improvisación. En este sentido también se pone de presente el principio de previsibilidad, que implica la estructuración planeada del contrato y la anticipación de los riesgos que puede sufrir el mismo en cuanto a riesgos y contingencias. En cuanto al principio de buena fe dice la corporación que la administración tiene el deber de actuar de

buena fe en la elaboración de los estudios que sustentan la necesidad de la contratación para evitar la improvisación y la mala ejecución del objeto contractual.

**7.5 Consejo de Estado, radicado 85001.23-31-000-2000-00198-01 (20968):** En esta sentencia (Fajardo Gómez, 2012) se hace un análisis acerca de la cláusula de terminación unilateral y las cláusulas abusivas.

La cláusula de terminación unilateral debe encontrarse totalmente justificada para su aplicación, así ésta se hubiese consagrado desde un principio en la minuta del contrato. Lo anterior por cuanto no se puede confundir el ejercicio de esta prerrogativa en cabeza de la administración, con la posibilidad de consagrar cláusulas abusivas dentro de la Contratación Estatal. En este orden de ideas, se debe decir que la aplicación de la cláusula de terminación unilateral debe estar totalmente motivada porque de otra forma podría conllevar un ejercicio abusivo de la facultad contractual *“sobre todo cuando quien la invoca o acude a su aplicación es la misma parte que ha predispuesto unilateralmente las condiciones generales de la respectiva contratación”* (Fajardo Gómez, 2012). Resalta el alto tribunal que en este tipo de casos, si bien es cierto que la cláusula tiene una validez prima face, el sentido de la cláusula debe ser analizado bajo elementos adicionales, por cuanto *“el artículo 1624 del Código Civil indica la manera en que deben interpretarse las cláusulas ambiguas, aspecto alrededor del cual la doctrina y la jurisprudencia han construido una importante teoría acerca de las cláusulas abusivas.”* (Fajardo Gómez, 2012). En este orden de ideas, si se va a perseguir una indemnización de perjuicios por el ejercicio de la cláusula de terminación unilateral que se ha pactado dentro de un contrato *“deberá demostrarse previamente un ejercicio abusivo del derecho, en los términos del artículo 830 del Código de Comercio”* (Fajardo Gómez, 2012)

En la misma sentencia el Consejo de Estado hace un recuento de los contratos en los cuales, 1) la cláusulas excepcionales al derecho común son obligatorias

“Integran este grupo los siguiente contratos: a) todos los contratos estatales que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal; b) los

contratos estatales cuyo objeto lo constituya la prestación servicios públicos; c) los contratos para la explotación y concesión de bienes del Estado y; d) los contratos de obre pública.(...) En consecuencia, no resulta posible inferir una regla general al respecto, sino que deberá analizarse cada caso concreto, si el objeto específico de cada contrato estatal de suministro o de prestación de servicios, en cuanto no hubiere incorporado expresamente las facultades excepcionales de que trata el numeral 2 del artículo 14 de la Ley 80, permite o no que en virtud del acuerdo de voluntades, cada una de las partes o sólo alguna de ellas puedan reservarse el derecho de terminar o revocar unilateralmente el contrato celebrado” (Fajardo Gómez, 2012)

## 2) las cláusulas excepcionales al derecho común son facultativas

“Se trata de los contratos de suministro y prestación de servicios. En estos casos es posible que las partes, por expresa autorización legal, acuerdan la inclusión de potestades excepcionales –incluidas la que dan lugar a la terminación unilateral del correspondiente contrato estatal- con estricta sujeción a los alcances, las regulaciones, las previsiones y las exigencias contempladas en la propia Ley 80 y únicamente para que su ejercicio pueda realizarlo la correspondiente Entidad Estatal contratante” (Fajardo Gómez, 2012)

## y 3) en los que se debe prescindir totalmente de las cláusulas excepcionales

“Comprenden este grupo los siguiente contratos: a) todos los que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; b) los contratos interadministrativos; c) los contratos de empréstito; d) los contratos de actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las incluidas en el grupo de contratos con cláusula obligatoria; g) los contratos que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, y h) los contratos de seguro tomados por las entidades estatales” (Fajardo Gómez, 2012)

Según esta jurisprudencia, los contratos estatales atípicos deberán tener el tratamiento de aquellos contratos en los cuales se debe prescindir de la aplicación de cláusulas excepcionales al derecho común (Fajardo Gómez, 2012).

**7.6 Consejo de Estado, radicado 76001-23-31-000-1999-02622-01(24996):** En sentencia (Fajardo Gómez, 2013) se expone lo relacionado con la teoría de la equivalencia económica del Contrato Estatal.

En cuanto la teoría de la equivalencia económica del contrato y la ruptura del equilibrio contractual la providencia judicial nos expone que este puede verse alterado por diferentes circunstancias, a saber: actos o hechos de la entidad contratante como su incumplimiento contractual o el uso de las potestades derivadas del *ius variandi* (cláusulas excepcionales); actos generales de la administración o el Estado que configuraran la teoría del hecho del príncipe; factores exógenos a las partes del negocio, lo que configura las teorías de la imprevisión, o las sujeciones materiales imprevistas, que se refieren a circunstancias que alteran el equilibrio del contrato pero no son imputables al Estado. En todos estos casos surge la obligación de la entidad estatal de auxiliar a su colaborador privado, en aplicación de la conmutatividad objetiva del contrato estatal. No obstante se requiere que la afectación sea extraordinaria y afecte de manera grave y significativa la ejecución contractual. En cuanto a las cláusulas excepcionales la sentencia expone que existe un régimen legal expreso que indica en qué contratos se pueden pactar en cuales no, cláusulas excepcionales. Ante el incumplimiento de este régimen el contrato o las cláusulas violatorias del mismo quedan viciadas de nulidad absoluta, conforme el artículo 45 de la Ley 80 de 1993. En este sentido afirma que existen cuatro grupos diferenciados de contratos estatales respecto de la inclusión de cláusulas excepcionales: en los que es obligatoria su inclusión, en los que es facultativa su inclusión, en los que se encuentra prohibida su inclusión y los que no se encuentran expresamente regulados.

**7.7 Consejo de Estado, radicado 50001-23-31-000-2000-40460-01(37279):** En esta sentencia (Andrade Rincon, 2014) se hace un análisis acerca de la cláusula de caducidad, los perjuicios que puede genera en el contratista privado y en este sentido el principio de responsabilidad de la administración, el derecho de contradicción que debe ser respetado por la administración, a favor del contratista

privado; el principio del debido proceso, plenamente aplicable al tema de la Contratación Estatal, la declaratoria de caducidad y la cláusula de caducidad como cláusula excepcional, entre otras.

La sentencia expone que la declaratoria de caducidad no impide que la entidad contratante continúe inmediatamente la ejecución del objeto contratado, comporta la pérdida del derecho de indemnización para el contratista privado y se constituye en hecho que posibilita la declaratoria del siniestro de incumplimiento y la inhabilidad para licitar y celebrar contratos con el Estado, como sanción para el colaborador privado incumplido; de conformidad con los artículos 8 literal c, 9 y 18 de la Ley 80 de 1993. Así mismo la sentencia recuerda que la inclusión de las cláusulas excepcionales es obligatoria dentro de cierto tipo de contratos celebrados por el Estado, tal como lo son aquellos que tuvieron como objeto el ejercicio de actividad que constituyera monopolio. Por otro lado, la providencia pone de presente que, al ser la caducidad una cláusula típicamente sancionatoria, debe serle garantizado al privado sancionado el principio del debido proceso y, en ese mismo sentido, el de contradicción; dándole la posibilidad al contratista de desvirtuar la decisión de la Administración, evitando también violar el principio de lealtad. De esta manera pone de presente algunas de las limitaciones con las que cuentan las cláusulas excepcionales para su aplicación. Por otro lado si la declaratoria de caducidad se constituyó en una medida antijurídica tomada por la Administración en contra de su colaborador privado, este tiene derecho a que se le quiten las sanciones y se le indemnice completamente por el daño infringido: Todo perjuicio antijurídico causado por la Administración al contratista privado debe ser indemnizado adecuadamente.

**7.8 Consejo de Estado, radicado 25000-23-26-000-2000-01635-01(27269):** En esta sentencia (Valle de la Hoz, 2015) se hace un análisis acerca de la cláusula de caducidad, el principio de autonomía de la voluntad y sus limitaciones; y acerca de las cláusulas excepcionales, cuándo es posible estipularlas, cómo debe ser su interpretación y cuál su alcance.

Esta providencia judicial nos recuerda que las cláusulas excepcionales están expresamente reguladas en la Ley y no pueden ser pactadas en cualquier tipo de contratos ni de cualquier manera. De este modo las cláusulas excepcionales, por ejemplo, están prohibidas en el contrato de seguro. En este sentido nos recuerda, también, que la autonomía de la voluntad no es un principio jurídico absoluto, sino que está supeditado a una regulación o intervención normativa del Estado, lo que genera que la libertad contractual esté sujeta a restricciones de orden público, en procura de preservar el bienestar común. De esta manera, las partes dentro de un Contrato Estatal no pueden pasar por encima de las normas de orden público del ordenamiento jurídico, por ejemplo, pactando cláusulas excepcionales en contratos donde expresamente se encuentran prohibidas. En virtud de los artículos 32 y 40 de la Ley 80 de 1993 la regulación del principio de autonomía de la voluntad no solo tiene aplicación en las relaciones jurídicas entre privados, sino que tiene plena vigencia dentro de la Contratación Estatal.

“Ahora bien, bajo el marco normativo de la Constitución de 1991, la autonomía de la voluntad privada no se concibe como un simple poder subjetivo de autorregulación de los intereses privados, *“sino como el medio efectivo para realizar los fines correctores del Estado Social, a través del mejoramiento de la dinámica propia del mercado”* de manera tal que debe entenderse limitada y conformada por el principio de dignidad humana, los derechos fundamentales de las personas, la prevalencia del interés general, la función social de la propiedad (Art. 58), el bien común como límite a la libre iniciativa privada, la función social de la empresa (Art. 333), la dirección general de la economía a cargo del Estado y los poderes estatales de intervención económica (Art. 334).” (Valle de la Hoz, 2015)

La providencia afirma que sólo es posible pactar cláusulas excepcionales en los contratos en los que la Ley lo permita; y ante la existencia de normas imperativas o de orden público no es posible que los particulares pasen por encima de ellas. Las disposiciones que dentro de un contrato estatal violen las normas de orden público quedan viciadas de nulidad absoluta.

“Conforme a lo anterior, la regla general es que las potestades excepcionales – caducidad - no se pueden pactar dentro de un contrato, salvo cuando la ley lo

autorice o presuma que ellas hacen parte integral del contrato. Como en este caso, el párrafo del artículo 14 de la Ley 80 de 1993 prohíbe la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales en los contratos de seguros, siendo esta una norma imperativa, no era posible jurídicamente – ni en ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes – pactar dichas cláusulas, por ser cláusulas prohibidas y por tanto viciadas de nulidad absoluta.

Sobre el alcance e interpretación de las cláusulas exorbitantes, la Sala se pronunció en los siguientes términos:

“Advierte la Sala que, en vigencia de la ley 80 de 1993, norma bajo la cual se suscribió el presente contrato, existen tres grupos de contratos en torno a los cuales el régimen de dichos poderes exorbitantes es diferente.” (Valle de la Hoz, Sentencia, 2015)

## 8. Conclusión:

Frente a la pregunta inicial que orientó todo el trabajo, ¿Es necesario acabar con la aplicación de las cláusulas excepcionales de la Contratación Estatal, en tanto generadoras de Inseguridad Jurídica?, debemos decir que no, teniendo en cuenta tres argumentos principales: 1) Las llamadas Cláusulas Excepcionales en realidad no son excepcionales, 2) Su aplicación no puede generar detrimentos en el patrimonio del particular contratista de la Administración ni en el de esta, en razón de la aplicación de la teoría de la equivalencia económica del contrato (lo que implica que no se pueden ver las Cláusulas Excepcionales desligadas de otras instituciones del Contrato Estatal como la equivalencia económica) y 3) La aplicación de las Cláusulas Excepcionales está regulada y limitada en forma rigurosa por el Ordenamiento Jurídico, los principios generales que rigen dentro del mismo (como el de buena fe) y la Ley 80 de 1993; normas estas que se pueden hacer cumplir acudiendo a los recursos del procedimiento administrativo y del proceso contencioso-administrativo.

**8.1 Las llamadas Cláusulas Excepcionales en realidad no son excepcionales:** Las cláusulas excepcionales de la contratación estatal, si bien rompen la previsibilidad absoluta que tiene el contrato, como instrumento de predicción de las acciones o el actuar futuro de los contratistas, en tanto que el contenido de las obligaciones puede variar, de acuerdo a una amplia cantidad de circunstancias (lo que puede conllevar a la Administración a tener la necesidad de aplicar sus “potestades excepcionales”) no son cláusulas exorbitantes, es decir, cláusulas que rompan con los principios básicos del Derecho Privado. Los criterios de identificación de las cláusulas excepcionales como cláusulas imposibles, ilícitas o inhabituales dentro del Derecho Privado no son claros. Y es que precisamente eran esos supuestos los que nos llevaban a pensar que presuntamente se daba un rompimiento de los principios básicos y fundamentales del derecho privado como la seguridad jurídica en su forma de pacta sunt servanda o la autonomía de la voluntad.

De este modo, podemos concluir que en realidad no hay un rompimiento de los principios del Derecho Privado, por cuanto en el mismo Derecho Privado encontramos cláusulas y poderes que le dan facultades similares a alguno de las partes del contrato: la ilusión de la igualdad formal entre los contratantes es propia del liberalismo de finales del siglo XVIII, no de las sociedades contemporáneas, donde no hay igualdad ni simetría entre los contratantes.

## **8.2 Cláusulas Excepcionales y Teoría de la Equivalencia Económica**

**del Contrato:** En este mismo orden de ideas, no se puede entender las instituciones que conforman el proceso de la Contratación Estatal de forma aislada. En efecto, estas tienen sentido y son armónicas en su conjunto. Así, las cláusulas excepcionales de la contratación estatal van de la mano con la teoría de la equivalencia económica del contrato, o ecuación contractual, teoría esta que implica que la situación privilegiada de la Administración -que tiene en su cabeza los poderes de supervisión, vigilancia, control y variación de la relación jurídica- se ven sopesados por el deber que tiene la Administración de garantizar que ante eventos generadores de detrimento patrimonial para su contratante -como el hecho del príncipe, la imprevisión, el cambio de condiciones económicas y las sujeciones imprevistas-; pero sobre todo la aplicación de su potestad de variación -el llamado “ius-variandi”- la administración deba indemnizar al particular por los costos en los que le obligó a incurrir.

No se puede decir, entonces, que la utilización de las cláusulas viole el patrimonio del colaborador privado de la Administración ni de esta última, en tanto que lo que se hace es aplicar la teoría de la equivalencia económica del contrato. Todos los procedimientos, las actuaciones y las decisiones dentro del contrato están regulados, y por lo tanto no son arbitrarias. En este sentido no se puede decir que las cláusulas excepcionales impidan una adecuada veeduría del Contrato Estatal –por el

contrario, el conocimiento de los mismos está abierto a la ciudadanía para que por medio de los organismos de control y los órganos judiciales pertinentes, se hagan las respectivas veedurías-. Si se presentan prácticas de corrupción no se puede acusar a las cláusulas excepcionales como las responsables.

**8.3 Límites a la aplicación de las Cláusulas Excepcionales:** Así mismo, los límites que el Ordenamiento ha establecido para la aplicación de las cláusulas excepcionales evitan que estas sean utilizadas para pasar por encima de principios como la transparencia, la economía y planeación. Estas limitaciones evitan que el manejo de estas cláusulas se preste para corrupción, o para violar principios como el de selección objetiva, economía, transparencia, celeridad o planeación –de allí, por ejemplo, las limitaciones que tienen las cláusulas excepcionales de interpretación, modificación y terminación unilateral-.

Cualquiera de las partes contratantes dentro de un Contrato Estatal tiene la posibilidad de interponer los recursos, tanto del procedimiento administrativo como el ejercicio del medio de control de controversias contractuales; regulados estos por el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Por otro lado todo acto que, por parte de la Administración, genere un detrimento patrimonial para con algún particular debe ser resarcido e indemnizado, obligación está consagrada en el artículo 90 de la Constitución y que está en consonancia absoluta con la prohibición que tiene el Estado de vulnerar la igualdad de las cargas públicas entre sus asociados. En el mismo orden de ideas encontramos el artículo 83 de la Carta Constitucional, que prescribe que tanto los particulares como las autoridades Estatales deben actuar y estar guiados en todo momento por el criterio de la buena fe. Y por supuesto no hay que olvidar lo estipulado por

el artículo 58 de la Constitución, el cual protege el Derecho de propiedad privada, y el artículo 333 de la misma codificación, que protege el Derecho a la libertad económica. Estas prescripciones están directamente encaminadas a evitar la arbitrariedad del Estado y proteger a los particulares de que su patrimonio pueda ser socavado. No podemos dejar de resaltar que el inciso segundo del numeral 1° del artículo 14 de la Ley 80 de 1993 prescribe que ante cualquier utilización de las cláusulas excepcionales –modificación, terminación, interpretación unilateral, etc.- la Administración debe indemnizar a su colaborador privado afectado. En todo momento la Administración debe respetar la garantía del debido proceso (artículo 29 de la Constitución Política).

Contrastando lo anterior con la necesidad que tiene la Administración de velar por la garantía de sus objetos contractuales y la eficiente, adecuada e inmediata prestación de servicios a cargo del Estado, además de que es ella la gestora del interés general y la directamente garante ante la ciudadanía de que estas responsabilidades, objetivos y finalidades de interés público se concreten en la realidad –y no el particular, que solo es un colaborador de la Administración-; concluimos que no es necesario acabar con las cláusulas excepcionales de la contratación estatal.

## 9. Bibliografía

### 9.1 Citas de libros

Benavides, J. L. (2004). *El Contrato Estatal. Entre el Derecho Público y el Derecho Privado*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Borja Ávila, R. (2009). *Estudios Jurídicos sobre Contratación Estatal*. Bogotá: IBAÑEZ.

Burgos Silva, G. (2006). *Crecimiento Económico Sin Estado de Derecho*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

Carrillo de la Rosa, Y. (2012). El Concepto y la Validez Jurídica en el Neo (O Nuevo) Constitucionalismo. *Verba Iuris*, 19-30.

Castro Cuenca, C. G., García López, L. F., & Martínez Vargas, J. R. (2010). *La Contratación Estatal: Teoría General. Perspectiva comparada y regulación internacional*. Bogotá: Editorial Universidad el Rosario.

Escobar Gil, R. (2003). *Teoría General de los Contratos de la Administración Pública*. Bogotá: LEGIS.

Expósito Vélez, J. C. (2013). *Forma y contenido del contrato estatal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Fandiño Gallo, J. (2014). *La Contratación Estatal*. Bogotá: LEYER.

Matallana, E. (2005). *Manual de Contratación de la Administración Pública*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Palacio Hincapié, J. Á. (2014). *La Contratación de las Entidades Estatales*. Medellín: LIBRERÍA JURÍDICA SANCHEZ R LTDA.

República de Colombia. (1887). Código Civil, Ley 57 de 1887.

Rodríguez R, L. (2012). *El Equilibrio Económico en los Contratos Administrativos*. Bogotá: TEMIS.

Rodríguez Tamayo, M. F. (2013). *Los Contratos Estatales en Colombia*. Bogotá: LIBRERÍA JURIDICA SANCHEZ R. LTDA.

Rodríguez, L. (2012). *El Equilibrio Económico en los Contratos Administrativos*. Bogotá: TEMIS.

Valencia Zea, A., & Ortiz Monsalve, Á. (2011). *Derecho Civil, Tomo I. Parte General y Personas*. Bogotá.: TEMIS.

## 9.2 Citas tomadas de internet

Colombia. (28 de Octubre de 1993). *Ley 80 de 1993*. Recuperado el 2 de Noviembre de 2015, de Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá:  
<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=304>

Ramírez Bastidas, Y. (2006). *Seguridad Jurídica*. Recuperado el 10 de Noviembre de 2015, de Revista Corte Suprema de Justicia:  
<https://www.ramajudicial.gov.co/documents/10228/1559849/Contenido+Corte+Suprema+Revista+No+21.pdf/01492afd-d612-4d73-b231-62d781a765b2>

República de Colombia. (1991). *Constitución Política de 1991*. Recuperado el 10 de Noviembre de 2015, de Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá:  
<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>

## 9.3 Jurisprudencia

Auto, 23001-23-31-000-1999-00291-01 (19483) (Consejo de Estado 6 de Abril de 2011, MP. Díaz del Castillo).

Concepto, 1293 (Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil 14 de Diciembre de 2000, MP. Osorio Isaza).

Sentencia, T-1341 (Corte Constitucional 11 de Diciembre de 2001, MP. Tafur Galvis).

Sentencia, 25000-23-26-000-1995-0867-01(17767) (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, subsección C 31 de enero de 2011, MP. Valle de la Hoz).

Sentencia, 73001-23-31-000-1999-00539-01(22464) (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera 1 de Febrero de 2012, MP. Santofimio Gamboa).

Sentencia, 85001-23-31-000-2000-00198-01(20968) (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera 9 de Mayo de 2012, MP. Fajardo Gómez).

Sentencia, 76001-23-31-000-1999-02622-01(24996) (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo 13 de Febrero de 2013, MP. Fajardo Gómez).

Sentencia, 50001-23-31-000-2000-40460-01(37279) (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Subsección A 28 de Agosto de 2014, MP. Andrade Rincon).

Sentencia, 25000-23-26-000-2000-01635-01(27269) (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C 16 de Marzo de 2015, MP. Valle de le Hoz).