

Las cláusulas excepcionales en la contratación estatal*

Exceptional clauses in state contracting

Guillermo León Betancur Hincapié**

Carolina Londoño Muñoz***

Martha Nelly Múnera Rendón****

Resumen

Las cláusulas excepcionales entendidas como aquellas disposiciones contractuales que otorgan ostensibles ventajas a uno de los extremos de la relación jurídica, y que están radicadas exclusivamente en cabeza de las entidades públicas contratantes, se conciben también como uno de los medios con los que cuentan dichas entidades para ejercer el control y vigilancia en la ejecución de los contratos estatales, en procura de dar cumplimiento al objeto contractual y, por ende, a los fines esenciales del Estado. En esa óptica, y bajo un estudio de tipo descriptivo, y con un método deductivo y analítico, en este artículo se pretende hacer explícitos algunos planteamientos que permitan visibilizar cómo se aplican las cláusulas excepcionales en la contratación pública en Colombia; dejando entrever, además, que no se trata realmente de estipulaciones contractuales, sino de verdaderos elementos, en veces de la esencia, y en otras de la naturaleza en este tipo de contratos.

Palabras clave: caducidad, cláusulas excepcionales, interpretación unilateral, modificación unilateral, reversión, sometimiento a leyes nacionales, terminación unilateral.

Abstract

The exceptional terms understood as those contractual provisions that give visible advantages to one of them ends of the of the relationship legal, and that are exclusively based institutions head public contracting; are conceived as well as one of the means of control which have such entities exercise control and supervision in the execution of State contracts, in attempts of give compliance to the object contractual and, in consequence, to those purposes essential of the State. In this perspective, and under a descriptive study, and with a deductive method and analytical, in this article is intended to make explicit some approaches that allow to visualize as they apply the exceptional terms in the contract published in Colombia; leaving glimpse also, that not is actually of provisions contractual, but of real elements, in times of the essence, and in others of the nature in this type of contracts.

Keywords: expiration, Clause, exception clauses, unilateral interpretation, unilateral modification, reversion, submission to national laws, unilateral termination.

* El artículo es producto de procesos de investigación del grupo de investigación Auditorio Constitucional de la Institución Universitaria de Envigado.

** Abogado, especialista en Contratación Estatal, en Responsabilidad Estatal y en Derecho Administrativo Laboral de la Institución Universitaria de Envigado, especialista en Administración de la Informática Educativa de la UDES, Magíster en Derecho de la U de M. Docente e investigador en el Grupo Auditorio Constitucional de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Institución Universitaria de Envigado. Correo electrónico: memobetancur@hotmail.com

*** Abogada y especialista en Contratación Estatal de la Institución Universitaria de Envigado. Correo: carolinaljuridica@gmail.com

**** Abogada, especialista en Contratación Estatal y en Derecho Administrativo Laboral de la Institución Universitaria de Envigado. Correo: mmunera2007@yahoo.es

Introducción

En Colombia las cláusulas excepcionales se han conocido a través de la celebración y ejecución de los contratos administrativos como disposiciones contractuales que otorgan potestades exclusivas en favor de las entidades públicas, prerrogativas que por su exorbitancia, fragmentan el principio de libertad contractual y rompen el postulado de igualdad entre las partes del contrato (Palacio, 2014), y cuya aplicación está conferida por disposición legal a la entidad pública contratante, sin necesidad de previa declaración judicial (Rodríguez, 2013).

Pues bien, dado que la contratación estatal se constituye en el segmento a través del cual se materializa la inversión pública de la mayor cantidad de recursos del Estado, siendo por ende, el principal instrumento de ejecución del gasto público en Colombia (Hoyos, 2015), es lógico pensar que al llevarse a cabo, ella implica de por medio “el cumplimiento de los fines estatales, la prestación continua y eficiente de los servicios públicos, y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados” (Betancur, 2015, pág. 129); y en ese orden de ideas, es razonable que tal actividad esté sometida a múltiples y rigurosos controles, siendo uno de ellos el previsto en los artículos 14 a 19 de la Ley 80 de 1993 (Congreso de la República de Colombia, 1993), consistente en las denominadas cláusulas excepcionales.

Sin embargo, de la redacción del artículo 14 de la Ley 80 de 1993 (Congreso de la República de Colombia, 1993), precepto que consagra la figura de las cláusulas excepcionales al derecho común, surgen, tal y como lo advierte Rico (2013), algunas inconsistencias que bien pueden generar confusiones en su interpretación y aplicación, pues, de un lado, en el numeral 1° de la norma, se dice que las Entidades Estatales podrán interpretar los documentos contractuales, introducir modificaciones a lo contratado y terminar unilateralmente el contrato celebrado; sin embargo, en el numeral 2° se afirma categóricamente que las Entidades pactarán las citadas cláusulas excepcionales incluyendo otras como el sometimiento a las leyes nacionales y la caducidad, en ciertos contratos relacionados con actividades que constituyan monopolio estatal, prestación de servicios públicos, contratos de obra, y explotación y concesión de bienes del Estado, adicionando

en este último caso otra cláusula excepcional como lo es la de reversión. (Congreso de la República de Colombia, 1993).

Se asegura además en el inciso segundo del mismo numeral 2°, que las Entidades Estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios. Pero, en el inciso tercero del mismo numeral 2°, se advierte que “en los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aun cuando no se consignent expresamente. (Congreso de la República de Colombia, 1993).

No puede ser más desafortunada y confusa la redacción de la norma en cuestión, pues en vez de dar claridad a este tema tan crucial como lo es el de las cláusulas excepcionales, lo que hace realmente es enredar el asunto de tal manera que se hace necesario todo un estudio de fondo para poder llegar a desentrañar semejante galimatías. Y es que aparentemente se da a entender que en ciertos tipos contractuales, como lo son los contratos de suministro y de prestación de servicios, las partes del contrato estatal tendrían la facultad de acordar voluntariamente la inclusión de las cláusulas excepcionales en el respectivo contrato, pero esta apreciación resulta desdibujada cuando a renglón seguido se indica que tales potestades se entienden pactadas aunque no se incorporen expresamente, significando con ello que de ningún modo se trataría de estipulaciones contractuales sino de elementos de la naturaleza de dichos contratos (Rico, 2013).

En definitiva, aunque la mera consagración normativa de las cláusulas excepcionales pareciera expresar sin lugar a dudas su verdadero alcance, se tiene claro que esa apreciación no es del todo cierta, pues son demasiados los interrogantes que se generan para las entidades públicas y para los demás partícipes en los procesos contractuales a la hora de aplicar y hacer efectivas dichas potestades; no es otra la impresión que se deriva de la lectura y análisis del artículo 14 de la Ley 80 de 1993 (Congreso de la República de Colombia, 1993), cuya incierta redacción da cuenta de una inexcusable imprecisión legislativa.

En ese orden de ideas, en el presente artículo se pretende dar respuesta a un cuestionamiento que surge del estudio y análisis normativo, doctrinario y jurisprudencial de las instituciones jurídicas *sub examine*,

pregunta que obedece al siguiente planteamiento: ¿cómo se aplican las cláusulas excepcionales en la contratación estatal en Colombia?

Partiendo de este interrogante, el propósito general del texto consiste en analizar las cláusulas excepcionales como medios de control de la contratación estatal en Colombia; para ello, la estructura a desarrollar incorpora tres acápite en los cuales se tratará en primer lugar, de exponer los antecedentes históricos y normativos de las potestades excepcionales de la contratación estatal en Colombia; en la segunda parte, describir las cláusulas excepcionales contempladas en el Estatuto Contractual Colombiano, y en la tercera parte, identificar el ámbito de aplicación de tales prerrogativas, tratando de arribar a una conclusión que dé razón sobre el por qué, a pesar del alto grado de corrupción existente en materia de contratación estatal, sean realmente muy pocas las veces en que se aplica la caducidad como cláusula excepcional y como medio de control en el sistema de compras públicas.

Para tal menester, será necesario abordar un estudio de tipo descriptivo, toda vez que nos proponemos identificar elementos y características de las cláusulas excepcionales consagradas en el Estatuto de Contratación Pública. Así, el método de investigación será deductivo y analítico, de tal suerte que partiremos del marco general descrito en la Ley 80 de 1993, y trataremos de determinar las implicaciones prácticas para la aplicación de las cláusulas excepcionales en la contratación estatal en Colombia.

En síntesis, el discurrir académico que pretendemos abordar bajo el tema de las cláusulas excepcionales en la contratación estatal, está circunscrito al ámbito nacional, y se justifica plenamente en la medida que es un tema crítico, de interés y de permanente actualidad; su importancia práctica está dada, ya que, aunque el asunto ha sido abordado por numerosos autores, aún falta mucho desarrollo del mismo, pues en las más de las veces, solo se exponen brevemente los aspectos básicos de cada una de las cláusulas excepcionales, pero no se encuentra suficiente literatura en la cual se profundice acerca de la aplicación práctica de dichas figuras, y ese es precisamente el norte que orienta el presente trabajo.

1. Antecedentes históricos y normativos de las cláusulas excepcionales y la contratación estatal en Colombia

En principio, ha de tenerse como referencia que el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, materializado en la Ley 80 de 1993 (Congreso de la República de Colombia, 1993), fue el logro de un proyecto concertado entre los diversos actores interesados en su expedición, y se surtió –entre otros– con la participación del Gobierno Nacional, los gremios, las universidades, las entidades públicas y los representantes de las entidades territoriales, con la idea de superar los obstáculos derivados de las reglamentaciones anteriores, que por su dispersión y multiplicidad, se constituían en un óbice para el cumplimiento de los fines estatales (Congreso de la República de Colombia, 1993).

Pero, para llegar al estatuto contractual incorporado en la Ley 80 de 1993 (Congreso de la República de Colombia, 1993), y específicamente a la consagración normativa de las cláusulas excepcionales, ha sido necesario recorrer un largo camino histórico cuyos aspectos más relevantes se expondrán a continuación.

Según Guevara (2002), el proceso evolutivo de la contratación pública en Colombia ha trasegado por tres etapas fundamentales, las cuales se corresponden con los períodos liberal clásico, del intervencionismo del Estado, y del Estado Social de Derecho, y que, en lo fundamental, y en lo atinente al desarrollo de las cláusulas excepcionales, pueden sintetizarse de la siguiente manera:

En primer lugar, en el período liberal clásico, desde aquella época en la cual Colombia estaba organizada bajo la forma de un Estado federal; donde imperaba un régimen de libertad contractual asimilable al de los contratos celebrados entre particulares, cabe destacarse el Código Fiscal de los Estados Unidos de Colombia (Ley 106 del 13 de junio de 1873), el cual ya regulaba la institución de la caducidad, como una forma atípica de poner fin a varios de los contratos del Estado. Fue así como en el artículo 511 de dicha ley, se preveía la caducidad del privilegio del cual gozaba la compañía empresaria que administraba el Ferrocarril de Panamá, ante el eventual incumplimiento de las cuotas trimestrales que debían cancelarse a favor de la Tesorería General de la Unión, en cuyo caso, el Ministro colombiano

en los Estados Unidos de América, o el cónsul colombiano en Nueva York debían hacer los requerimientos respectivos ante la falta de pago; noticia que sería informada debidamente a la compañía haciéndole saber la caducidad de dicho privilegio (Congreso General de los Estados Unidos de Colombia, 1873).

Otra mención que se hace en el Código Fiscal de 1873 (Congreso General de los Estados Unidos de Colombia, 1873) acerca de la caducidad, está relacionada en su artículo 860, en el cual se incorpora expresamente el texto del contrato suscrito el 6 de junio de 1871 entre el Gobierno del Estado Soberano de Antioquia y el Poder Ejecutivo Nacional, cuyo objeto consistía en la acuñación de la moneda por parte de la Casa de Moneda de Medellín, a efecto de lo cual, el Gobierno del Estado de Antioquia se comprometía a efectuar los gastos necesarios para perfeccionar el proceso de acuñación, debiendo introducir para ello, los aparatos y máquinas necesarias para utilizar la fuerza del vapor y la caída del agua, a fin de mover las máquinas destinadas a dicho proceso. En el evento que no se cumpliera con las condiciones enunciadas, el artículo 3° del mencionado contrato, disponía la declaratoria de la caducidad ante el incumplimiento del Estado de Antioquia, en tal caso, este último tendría derecho a que el Gobierno Nacional le pagara el precio de todas las máquinas, aparatos y utensilios propiedad de la Casa de Moneda de Medellín (Congreso General de los Estados Unidos de Colombia, 1873).

A través de la Ley 57 de 1887 (Congreso de la República de Colombia, 1887), ya bajo el amparo de la Constitución Política de 1886 (Consejo Nacional Constituyente, 1886), y con una forma de Estado centralista, el Consejo Nacional Legislativo adoptó el Código Civil de la República, y en él se incorporó la cláusula penal pecuniaria como cláusula fundamental en los contratos del Estado (artículos 1592 y s.s.) (Congreso de la República de Colombia, 1887). Luego, con la Ley 163 de 1896 (Congreso de la República de Colombia, 1896), se creó una Comisión Asesora Gubernamental denominada “Comisión de suministros, empréstitos y expropiaciones”, que regulaba todo lo relacionado con estos asuntos a nombre del Gobierno Nacional, y cuyas decisiones podían ser recurridas o, en su defecto, consultadas o apeladas ante el Consejo de Estado (Guevara, 2002).

Con la Ley 104 de 1892 (Congreso de la República de Colombia, 1892), se estableció la cláusula de reversión sin indemnización una vez finalizados los contratos de construcción y operación de las vías ferroviarias; así mismo, con dicha ley, se incorporó para esos contratos de concesión, y a manera de cláusula exorbitante, la constitución de garantía para los mencionados contratos, exigiéndose a los concesionarios la presentación de fianza, tanto para el perfeccionamiento, como para la ejecución del contrato. (Prada, 2016).

Antes de la Ley 4ª de 1905 y la Ley 53 de 1909, que fueron las primeras en establecer la relación entre el Estado contratante y el particular contratista, introduciendo de manera unilateral y respectivamente la cláusula penal en los contratos de obra ante el incumplimiento que fuera imputable al contratista así como la declaratoria de la caducidad administrativa por el incumplimiento del mismo aunque dicha cláusula no se hubiera pactado, (Palacio, 2014); la contratación del Estado se enmarcaba en el ámbito del derecho privado, es decir, se regía por las normas contenidas en el Libro Cuarto del Código Civil, relacionado con las obligaciones y los contratos entre particulares, y por las normas aplicables del Código de Comercio; de acuerdo con ello, se estimaba, tal y como se afirma en el documento de la exposición de motivos a la Ley 80 de 1993, que “en nada cambiaba un acuerdo de voluntad por el hecho de que una de las partes del mismo fuera una persona de derecho público”; de ahí que a los contratos estatales se les llamara “actos de gestión” o de “mero derecho privado”, opuestos a los “actos de gobierno”, “poder”, “imperio” o “mando”. (Congreso de la República de Colombia, 1993).

Es de anotar, que en la Ley 53 de 1909 (Congreso Nacional de la República, 1909), se establecieron dos tipos de cláusulas de caducidad. La primera, la contractual, que tenía como fuente las causales pactadas previamente en el contrato y, la segunda, la genérica y presunta, la cual se derivaba del hecho del incumplimiento del contratista, pero no mencionaba en forma concreta a qué tipo de incumplimiento se refería (Prada, 2016).

Con la Ley 110 de 1912 (Reforma al Código Fiscal Nacional), (Congreso Nacional de la República, 1912) en el Capítulo III, referido a la adquisición de bienes por el Estado, el artículo 21 introduce la figura de la

licitación para la adquisición, no de especies o cuerpos ciertos, sino de cosas indeterminadas de cierto género, como vestuario para el Ejército, herramienta y materiales para obras públicas, etc., y se dispone que aquella debe hacerse previa licitación y con las solemnidades señaladas en el mismo artículo. En esta ley, se estableció como obligatoria la cláusula de caducidad en todos los contratos que se celebren con el Estado para la construcción de obras o prestación de servicios, y así mismo, se incorporó en el artículo 42, la cláusula excepcional del sometimiento del contrato a la ley nacional (Prada, 2016).

Posteriormente, y con la expedición de las Leyes 63 de 1921 y 106 de 1931, las prerrogativas de la caducidad, la cláusula penal pecuniaria y las ritualidades de la licitación, se hicieron extensivas a otros contratos tales como los de obra pública, suministros, prestación de servicios y otros (Guevara, 2002).

A partir de la Reforma Constitucional de 1936, por medio del Acto Legislativo N° 01 de ese año (Congreso de la República de Colombia, 1936), paralelamente con la intromisión de las ideas de corte socialista para morigerar el modelo de Estado liberal individualista imperante en Colombia, se inicia el período del intervencionismo del Estado en la vida económica y social (Pérez, 2003), pues es desde ahí que se establece la función social del Estado y de la propiedad, la intervención del Estado en la economía, el trabajo como obligación social, y la asistencia pública como una función del Estado. En este período aparece entonces la teoría del servicio público y se da una nueva dinámica en la etapa formativa de los procesos de contratación estatal (Guevara, 2002).

Con la Ley 167 de 1941 (Congreso de la República de Colombia, 1941), segundo Código Contencioso Administrativo vigente hasta la expedición del Decreto 01 de 1984 (Congreso de la República de Colombia, 1984), se empieza a manejar la terminología de contratos administrativos. En el artículo 73 de dicha ley, se dispone en el numeral 1°, que las resoluciones de los funcionarios o autoridades del orden administrativo, que tengan origen en un contrato, no son acusables ante la jurisdicción contencioso-administrativa, reiterando con ello la competencia de la justicia ordinaria para conocer de las controversias en materia contractual sin distinguir si se trataba de contratos admi-

nistrativos o de derecho común de la Administración; distinción que sí revestía importancia a la hora de aplicar o no las cláusulas exorbitantes y de seleccionar al contratista de forma directa o a través de la licitación (Fandiño, 2014).

Ahora bien, el Artículo 254 de la Ley 167 de 1941, dispuso:

En todo contrato celebrado por la Administración Nacional, y que tenga por objeto la construcción de obras, la prestación de servicios o la explotación de un bien del Estado, deben prefijarse claramente los motivos que den lugar a la declaración administrativa de caducidad.

Como causales de caducidad, además de las que el Gobierno tenga por conveniente establecer en orden al exacto cumplimiento del contrato, deben figurar precisamente las siguientes:

- a) La muerte del contratista, si no se ha previsto que el contrato pueda continuar con sus sucesores;
- b) La incapacidad financiera del contratista, que se presume cuando se le declara en quiebra judicialmente, o se le abre concurso de acreedores. (Congreso de la República de Colombia, 1941).

De conformidad con la norma citada, se atribuyó con carácter obligatorio a las instituciones públicas la estipulación forzosa de la Cláusula de Caducidad en los siguientes contratos: obras públicas; prestación de servicios; suministros y operaciones de crédito público y de empréstitos (en estos últimos su explicación está dada por cuanto los Bancos o entidades financieras eran estatales). La controversia se concretaba al citado artículo 254, porque, lo allí dispuesto, se salía del esquema de igualdad de las partes pregonado en el artículo 1602 del Código Civil, resultando entonces contraria a la regulación libertaria del contrato privado (Guevara, 2002).

Posteriormente, la fase del Estado Social de Derecho, es una etapa de carácter institucional que corresponde a un período de previsión de la contratación en torno a los servicios públicos, en el cual, la contratación estatal instituye su propia normativa, establece su juez natural, e inicia su propia doctrina y jurisprudencia. Esta fase inicia en el año de 1964, anualidad en la que se expide la Ley 4ª, estableciendo por primera vez un estatuto sobre obras públicas (Congreso Nacional de la República, 1964), el cual es complementado con la

expedición del Decreto Ley 528 de 1964 (Congreso de la República de Colombia, 1964), y con la Ley 36 de 1966 (Congreso de la República de Colombia, 1966), dando principio a lo que se puede denominar como el proceso institucional de la contratación (Guevara, 2002).

Luego, la Ley 19 de 1982 (Congreso de la República de Colombia, 1982), otorgó competencia en las materias que debía regular el Ejecutivo, entre ellas los principios de interpretación, modificación y terminación unilateral, que hoy día se conocen e incluyen en un concepto más amplio como lo es el de las cláusulas excepcionales. En dicha ley se estableció una clasificación dual de los contratos: Contratos Administrativos y Contratos Privados con cláusula de caducidad (Guevara, 2002).

Fue en desarrollo de la Ley 19 de 1982 (Congreso de la República de Colombia, 1982), que se expidió el Decreto 222 de 1983 (Presidencia de la República de Colombia, 1983), estatuto anterior a la Ley 80 de 1993, en el que se reguló sobre las cláusulas excepcionales de terminación, modificación e interpretación unilaterales (artículos 18 a 24), y se le atribuyó suficiente importancia a la caducidad administrativa y a la sujeción a la ley colombiana (Título VI, artículos 60 a 77), siendo la caducidad su punto central; situación que a su vez se justificaba por la clasificación dual que ostentaban los contratos del Estado, los cuales se dividían en contratos administrativos y contratos privados con cláusula de caducidad, lo cual ya le otorgaba de por sí bastante relevancia a la institución de la caducidad administrativa (Guevara, 2002).

2. Las cláusulas excepcionales contempladas en el Estatuto Contractual Colombiano.

Para adentrarnos en una aproximación conceptual a lo que se puede entender como cláusulas excepcionales, es preciso partir de una noción simple de lo que significa el contrato administrativo, y las finalidades que le son inherentes; así, y de acuerdo con Niño (2011), el contrato estatal se caracteriza precisamente porque la actividad de la Administración se encuentra asociada a la noción de interés público. Por ello, el contrato administrativo puede entenderse como aquel que celebra, directa o indirectamente, la Administración Pública, en cualquiera de sus manifestaciones, central o descentralizada, territo-

rial o funcionalmente, con otro sujeto de derecho, ya sea público o privado, a fin de satisfacer una finalidad pública; y que sin desconocer la normativa del derecho privado, está gobernado fundamentalmente por normas de derecho administrativo, tanto en la etapa previa a su formación, como durante su ejecución y en su fase de revisión por eventuales demandas ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo (Niño, 2011).

Aproximación conceptual

Las cláusulas excepcionales se constituyen como una de las potestades a través de las cuales, la Administración Pública deja entrever su dominium, es decir, su posición de superioridad frente a sus co-contratantes, pues ellas se enmarcan en las atribuciones inherentes al ejercicio del poder público. En tal sentido, las cláusulas exorbitantes constituyen la expresión de prerrogativas que por mandato legal se otorgan a la Administración, lo cual implica, de un lado, una ruptura del principio de igualdad que suele caracterizar los contratos privados y las relaciones jurídicas entre particulares; y de otra parte, que a su vez se les otorgue a las entidades públicas contratantes, algunos privilegios que les permiten desarrollar ciertas actuaciones, con la potestad de hacerlas cumplir oficiosamente, es decir, sin necesidad de acudir ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa en su condición de juez natural del contrato estatal (Güechá, 2006).

Estas potestades excepcionales están consagradas en la Ley 80 de 1993 (Congreso de la República de Colombia, 1993), y se caracterizan porque tienen elementos extraños a los contratos de carácter civil y comercial que puedan regir entre particulares, es decir, no son cláusulas que se fijan en los contratos de derecho común, como lo son aquellos que se celebran entre particulares; por ende, su aplicación está reservada únicamente para las Entidades Públicas, y su existencia, de conformidad con el artículo 3° del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, se justifica porque la Administración tiene por finalidad el cumplimiento de los fines estatales y la continua y eficiente prestación de los servicios públicos, propósito que se logra a través de la contratación estatal (Betancur, 2015).

La aplicación de tales disposiciones ajenas al derecho común, está prevista en principio, como uno de los medios que pueden utilizar

las entidades estatales para lograr el cumplimiento del objeto contractual (artículo 14 de la Ley 80 de 1993) (Congreso de la República de Colombia, 1993), en consecuencia, su finalidad exclusiva es la de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a cargo de dichas entidades; de esa manera, y teniendo como ejemplo el caso específico de la caducidad, esta se relaciona directamente con aquellos hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones por parte del contratista, que afecten de manera grave y directa la ejecución del contrato, y que evidencien que pueden conducir a la paralización de los servicios públicos y su inmediata, continua y adecuada prestación. En ese sentido, las potestades excepcionales se establecen, no solo para garantizar que el contrato estatal se cumpla a cabalidad, sino principalmente para asegurar la continua prestación del servicio después de terminado el contrato (Congreso de la República de Colombia, 1993).

Se tiene claro entonces, que las cláusulas excepcionales, antes denominadas como exorbitantes (Fandiño, 2014) existen en el ordenamiento jurídico colombiano como un poder extraordinario en favor del Estado, y se justifican toda vez que la entidad contratante está actuando en nombre de la comunidad y del interés general (Rico, 2013), en tanto que el contratista, no obstante ser considerado como un colaborador de la Administración, está encaminado a alcanzar un fin de lucro particular que se concreta en el incremento de su patrimonio; tal es la consideración del máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo en Fallo del 24 de octubre de 2013, Expediente 24697 (Consejo de Estado, 2013).

En ese mismo orden de ideas, tales disposiciones excepcionales al contrato privado se entienden como prerrogativas que ostentan las Entidades Públicas dentro de sus relaciones jurídicas contractuales, y que conllevan a privilegiarlas frente a los demás sujetos de la relación negocial, y ello ocurre por decisión del legislador y bajo criterios de interés público (Osorio, 2013). Lo anterior significa que las ventajas otorgadas a la Administración en virtud de tales disposiciones se explican habida cuenta de que aquella actúa como gestora del interés colectivo (Consejo de Estado, 2013).

En Colombia, teniendo en cuenta que las cláusulas excepcionales han sido contempladas por el legislador como una preeminencia establecida en favor de las entidades del Estado, en virtud del interés general (Osorio, 2013) debe dejarse claro que es ahí donde radica una de las principales diferencias entre la contratación estatal y aquella que acontece entre particulares, pues dichas cláusulas no tienen aplicación en los negocios jurídicos del derecho privado, habida cuenta que en dicho ámbito no existe la subordinación ni la supraordinación de un sujeto contratante para con el otro, pues se trata de relaciones jurídicas de coordinación que se presentan en términos de igualdad contractual, en las cuales el principio de la autonomía de la voluntad alcanza su mayor grado; contrario sensu a las relaciones de desigualdad jurídica que tienen los particulares frente al poder del Estado (Fandiño, 2014).

En este contexto, la Administración Pública en Colombia, dentro de la actividad contractual, hace uso de las herramientas jurídicas conferidas por dicho poder, el cual, tal y como lo afirma Pachón (2014) “pone al Estado en condición de superioridad para resolver de manera unilateral aspectos contractuales” (pág. 153).

Por lo visto hasta esta parte, se infiere que, si bien es cierto las cláusulas excepcionales, según palabras de Osorio (2013) “corresponden a disposiciones normativas previamente definidas por el legislador, y que reflejan políticas estatales de posiciones privilegiadas y ventajosas para una de las partes del contrato estatal, como es la Administración Pública” (p. 105); no resulta menos cierto que existen casos en los que por su obligatoria inclusión, no se trata realmente de estipulaciones contractuales sino de elementos de la naturaleza del contrato (Rico, 2013). Tal es el caso de los contratos de participación en el monopolio de licores destilados, en virtud de los cuales, y por tratarse del ejercicio de una actividad que constituye monopolio estatal, las cláusulas excepcionales, tal y como se deduce del numeral segundo, inciso segundo del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, y como lo afirma el Consejo de Estado en Fallo 2003-00243 de marzo 12 de 2014, “se entienden pactadas aún en ausencia de estipulación expresa sobre la materia” (Consejo de Estado, 2014).

2.1 La caducidad

Según lo establecido en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, la caducidad, como cláusula exorbitante de la Administración, y como medio que puede ser utilizado por las entidades estatales para el cumplimiento del objeto contractual, se entiende, en los términos de la citada disposición, así:

La caducidad es la estipulación en virtud de la cual, si se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización, la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado, lo dará por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre. (Congreso de la República de Colombia, 1993).

Del tenor literal de la norma transcrita se deducen tanto el concepto, como los elementos distintivos que permiten identificar dicha institución jurídica; es así como, a pesar de que allí se habla de que se trata de una estipulación, es preciso advertir que, en virtud de su naturaleza, la caducidad administrativa no es realmente un convenio verbal, expresión que según el Diccionario de la Real Academia Española, es el que se corresponde con el término estipular, el cual se traduce en convenir, concertar o acordar; expresiones que dan a entender que se podría tratar de “un simple acuerdo de voluntades” (Rico, 2013, pág. 867). Sin embargo, no es ese el sentido que se le debe dar a la caducidad, habida cuenta de que ella es realmente una potestad de la Administración; una prerrogativa que, en las más de las veces, no depende de ser pactada o convenida entre los sujetos negociales, sino que deviene directamente de la ley, y, por tanto, le pertenece de suyo al Estado (Rico, 2013).

Hecha la anterior salvedad, retomamos el texto del citado artículo 18 de la Ley 80 de 1993, y de acuerdo con él, sintetizaremos los elementos caracterizadores de esta prerrogativa pública, tales como:

- a) Se constituye como la sanción más severa que puede imponer la Administración al contratista que ha incumplido gravemente sus obligaciones (Rodríguez, 2013), de tal suerte que, además de procederse anticipadamente a la terminación unilateral del

contrato por parte de la Entidad, si esta decide declarar la caducidad, tal declaratoria genera para el contratista una inhabilidad para celebrar contratos con las entidades estatales, que se extiende por el término de cinco años contados a partir de la fecha de ejecutoria del acto que la declara; tal y como se dispone en el artículo 8, num 1°, lit. I, inc. 3° de la Ley 80 de 1993 (Congreso de la República de Colombia, 1993).

- b) La declaratoria de caducidad que haga la Entidad Pública siempre deberá hacerse por medio de acto administrativo debidamente motivado.
- c) Si bien es cierto que las cláusulas excepcionales de terminación y de caducidad “ponen fin de manera unilateral al contrato” (Fandiño, 2014, pág. 375); ambas prerrogativas se diferencian claramente, pues la terminación no se da por hechos imputables al contratista, en tanto que la caducidad deviene exclusivamente por conducto de su incumplimiento. En consecuencia, la terminación unilateral da lugar al reconocimiento y pago de las compensaciones e indemnizaciones a que haya lugar en favor del contratista; incluso a la aplicación de mecanismos de ajuste a fin de mantener la ecuación o equilibrio contractual (Ley 80 de 1993, artículo 14, numeral. 1°, inc. 2°); en tanto que la declaratoria de la caducidad no da lugar a indemnización alguna para el contratista, y sí acarrea para este las sanciones e inhabilidades previstas en el artículo 18, inc. 3° de la Ley 80 de 1993). (Congreso de la República de Colombia, 1993).
- d) Los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista deben revestir unas características puntuales para que a raíz de ellos se pueda invocar la declaratoria de la caducidad; tales hechos deben afectar de manera grave y directa la ejecución del contrato; y deben evidenciar que pueden conducir a su paralización. Lo anterior significa que no se trata de un incumplimiento cualquiera, sino de aquél cuya magnitud pueda llegar a afectar de manera grave la prestación de los servicios públicos a cargo de la entidad (Rico, 2013).
- e) En cuanto al límite temporal para la declaratoria de la caducidad, esta procede solo durante la fase de ejecución del contrato, por

lo tanto, una vez vencido el plazo de ejecución del mismo, la entidad carece de facultades para decretarla. Así se desprende de lo afirmado por el Consejo de Estado en la Sentencia del 20 de noviembre de 2008. Expediente 17031 (Consejo de Estado, 2008). De igual manera, la competencia de la Administración para ejercer tal potestad se ve inhibida cuando el incumplimiento no le es imputable al contratista sino a la acción u omisión de los agentes de aquella (Consejo de Estado, 2012a).

- f) De acuerdo con el inciso final del citado artículo 18, la declaratoria de caducidad será constitutiva del siniestro de incumplimiento, lo cual autoriza a la entidad estatal para cobrar el importe de la garantía única constituida en su favor por el contratista; así lo reitera el máximo tribunal de lo Contencioso Administrativo en Fallo del 24 de octubre de 2013, expediente 24697 (Consejo de Estado, 2013).
- g) Según la jurisprudencia del Consejo de Estado, para la declaración de la caducidad no es necesario que se haya impuesto previamente multas al contratista, por la sencilla razón que “la ley no tiene establecido como prerequisite que se imponga previamente otra sanción, bien sea de multa o de cláusula penal pecuniaria, sencillamente si se configuran los elementos autónomos que exige el artículo 18, entonces procede de manera directa, sin más condiciones previas” (Consejo de Estado, 2013) (Fallo del 24 de octubre de 2013, expediente 24697).

Para finalizar este acápite, se considera prudente exponer, además de las causales contempladas en el artículo 18 del Estatuto Contractual, algunas otras que dan lugar a la declaratoria de la caducidad y cuya fuente proviene de otras normas diferentes. Dichas causales ya habían sido enunciadas por (Fandiño, 2014), y son entre otras, las siguientes:

- i) Acceder a peticiones o amenazas de quienes, actuando por fuera de la ley, los obliguen a hacer u omitir algún acto o hecho que tenga relación con el contrato. El acceder ante tales peticiones y amenazas ilegales, y la celebración de pactos o acuerdos prohibidos, dará lugar a la declaratoria de caducidad del contrato en virtud de lo consagrado en el artículo 5°, numeral 5° de la Ley 80 de 1993 (Congreso de la República de Colombia, 1993), pero también está reiterado en el artí-

culo 90 de la Ley 418 de 1997 (Congreso de la República de Colombia, 1997), disposición que a su vez ha sido prorrogada en su vigencia por las leyes 548 de 1999 (Congreso de la República de Colombia, 1999), 782 de 2002 (Congreso de la República de Colombia, 2002), 1106 de 2006 (Congreso de la República de Colombia, 2006), 1421 de 2010 (Congreso de la República de Colombia, 2010), y por la Ley 1738 de 2014 (Congreso de la República de Colombia, 2014).

La Ley 418 de 1997 (Congreso de la República de Colombia, 1997), establece en su artículo 90, la potestad del Gobierno para declarar la caducidad o la terminación unilateral del contrato en aquellos eventos en los cuales, tanto los contratistas y subcontratistas, como sus agentes o dependientes¹, incurran, con ocasión del contrato y en relación con las organizaciones armadas al margen de la ley, en cualquiera de las conductas señaladas en dicho artículo² (Betancur, 2015).

ii) Haber sido declarado responsable en un proceso de responsabilidad fiscal. En tal caso, las contralorías solicitarán a la autoridad administrativa correspondiente que se declare la caducidad del contrato, siempre que no haya expirado el plazo para la ejecución del mismo y que este no se encuentre liquidado; esto, de conformidad con lo señalado en el artículo 61 de la Ley 610 del 2000 (Congreso de la República de Colombia, 2000).

iii) Cuando en los contratos que se celebren como resultado de una licitación pública y cuya ejecución se relacione con el ejercicio de cualquiera de las especialidades de la arquitectura o de la ingeniería, y las propuestas que se formulen no sean abonadas por un profesional matriculado y especializado en la rama respectiva, lo mismo que la elaboración de los estudios, la dirección técnica y la ejecución de

¹ Para el caso de los agentes o dependientes, la norma es clara en señalar que se trata de conductas de las cuales el contratista haya tenido conocimiento (Betancur, 2015).

² Tal y como fueron descritas por Betancur (2015), las conductas establecidas en el artículo 90 de la Ley 418 de 1997, que dan lugar a la declaratoria de caducidad y a la terminación unilateral del contrato, son: 1) Ceder injustificadamente ante las amenazas proferidas por dichas organizaciones. 2) Recibir, suministrar, administrar, intervenir, financiar, transferir, guardar, transportar, almacenar o conservar dineros o bienes provenientes de o con destino a tales organizaciones o colaborar y prestar ayuda a las mismas. 3) Construir, ceder, arrendar, poner a disposición, facilitar o transferir a cualquier título, bienes para ser destinados a la ocultación de personas o al depósito o almacenamiento de pertenencias de dichas organizaciones. 4) Paralizar, suspender o disminuir notoriamente el cumplimiento de sus obligaciones contractuales por atender instrucciones de dichas organizaciones. 5) Incumplir el deber de denunciar hechos punibles, cuya comisión sea imputable a dichas organizaciones, conocidos con ocasión del contrato (Betancur, 2015, p. 103).

los respectivos trabajos no sean encomendados a profesionales que posean matrícula en la especialidad requerida; tal incumplimiento de dicha obligación por parte de los contratistas, figurará como causal de caducidad en los contratos, según lo establecido en el artículo 14 de la Ley 64 de 1978 (Congreso de República de Colombia, 1978).

iv) El incumplimiento reiterado por parte del contratista (por cuatro meses), de sus obligaciones frente al Sistema de Seguridad Social Integral, parafiscales (Cajas de Compensación Familiar, Sena e ICBF) dará lugar a que la entidad estatal dé aplicación a la cláusula excepcional de caducidad administrativa; esto, según lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley 828 de 2003 (Congreso de la República de Colombia, 2003).

2.2 La interpretación unilateral del contrato

De conformidad con los artículos 14 y 15 de la Ley 80 de 1993, la interpretación unilateral de contrato es la potestad que tiene la entidad estatal contratante de interpretar, en acto administrativo debidamente motivado, los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas que puedan paralizar o afectar gravemente la prestación del servicio público, cuando no se ha logrado acuerdo sobre las discrepancias que surjan entre las partes respecto de la interpretación de las mismas durante la ejecución del contrato; de ahí que, su aplicación tiene un carácter meramente subsidiario (Rico, 2013). Esta facultad que tiene la Administración para interpretar unilateralmente los documentos contractuales, se justifica, dada la gran responsabilidad que tiene la entidad estatal de ejercer la dirección general, el control y vigilancia en la ejecución del contrato; de ahí que su aplicación, se dé exclusivamente con el objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a cargo de la entidad, y para asegurar su inmediata, continua, y adecuada prestación.

En síntesis, se acude a la interpretación unilateral del contrato para resolver discrepancias acerca del sentido que debe darse a las cláusulas del contrato a fin de evitar la paralización del servicio público, en el evento en que no haya acuerdo entre las partes. En dichas circunstancias, la entidad estatal mediante acto administrativo debidamente motivado interpretará aquellas estipulaciones que son objeto de la diferencia. No está por demás advertir que esta potestad excepcional solo tiene aplicación durante la ejecución del contrato, y a

través de ella solo se hace interpretación, pero no se puede modificar el contrato, de lo contrario habría lugar a su nulidad; lo anterior, se infiere de lo resuelto por el Consejo de Estado en Sentencia del 7 de julio de 2011, expediente 18.762 (Consejo de Estado, 2011).

La interpretación unilateral tiene poca acogida en la práctica, por cuanto, no obstante el carácter público de la normativa que rige la contratación estatal, en esta se brinda cabida al concepto de la autonomía de la voluntad de las partes, dándose así bastante flexibilidad de participación en la redacción del texto contractual, toda vez que al contratista se le proporciona con anticipación un borrador de la minuta del contrato, para que tenga la posibilidad de interpretar a su manera el texto y pueda realizar las observaciones que considere pertinentes. De esa manera, la interpretación unilateral por parte de la entidad estatal solo se presenta cuando no se logre el entendimiento entre esta y el contratista, adoptando para el efecto las resoluciones que sean necesarias (Niño, 2011).

2.3 La modificación unilateral

Tal y como lo establece el Código Civil Colombiano (Artículo 1602), y se deduce de los principios generales del derecho, “todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales” (Congreso de la República de Colombia, 1887); de ese modo, la facultad de modificación unilateral en los contratos privados, va a requerir necesariamente de una autorización previa de los contratantes, en la cual se manifieste de manera inequívoca tal facultad, pero sin que ello implique la sustitución del objeto contractual, de tal suerte que, tal y como ocurre en los contratos estatales, la modificación nunca podrá llegar a reemplazar el objeto contratado (Palacio, 2014); en ese sentido debe quedar claro que si las partes llegasen a cambiar el objeto, dicha alteración tendría como efecto la sustitución de una obligación por otra, en otras palabras, sería una novación por cambio de objeto (Niño, 2011).

Por su parte, en los contratos estatales, cuya nota característica es la prevalencia del interés general, se establecen una serie de prerrogativas a favor de la Administración, que, a diferencia de los contratos privados, le permiten a esta la modificación unilateral del contrato.

Ahora bien, tomando la naturaleza de la contratación estatal y de acuerdo con los planteamientos de (Benavides, 2004), citado por (Niño, 2011), en este tipo de contratación, la entidad estatal no requiere consentimiento para proceder de tal manera, pues, “en efecto, la teoría del acto administrativo se constituye a partir del poder particular de la Administración de definir una situación jurídica creadora de derechos y obligaciones para terceros (los administrados) sin obtener previamente su acuerdo” (Benavides, 2004, p. 365).

Esta prerrogativa que tiene la Administración para modificar unilateralmente un contrato estatal, constituye una facultad otorgada por el legislador, y que posee una naturaleza reglada. Es decir, que para poder ejercerla se debe constatar la existencia de los supuestos fácticos previstos en la norma, lo cual significa que la modificación unilateral no es discrecional, ya que debe adoptarse solamente cuando dentro de la ejecución de un contrato se presenten circunstancias que puedan paralizar o afectar la prestación de un servicio público que se deba satisfacer con este instrumento, como resulta consignado en la Sentencia C-949 de 5 de septiembre de 2001 (Corte Constitucional, 2001).

En consecuencia, y en armonía con el artículo 16 de la Ley 80 de 1993, la Administración, antes de realizar la modificación unilateral de un contrato, debe tener en cuenta que este se halle en ejecución, que exista un riesgo inminente de paralización o afectación grave del servicio público que se satisface con él, que la única vía para precaver tales riesgos sea introduciendo variaciones al contrato, y que las partes no hayan llegado previamente a un acuerdo en las condiciones de la modificación y las nuevas obligaciones del contratista. Así, la entidad pública, mediante acto administrativo debidamente motivado, y haciendo uso de la prerrogativa que le confiere el *ius variandi*, podrá modificar el contrato, mediante la supresión o adición de obras, trabajos, suministros o servicios.

En ese orden de ideas y conforme a la citada prescripción normativa, se entiende que cuando las modificaciones unilateralmente introducidas por la entidad estatal alteran el valor del contrato en un 20 % o más de su valor inicial, el contratista bien podrá renunciar a continuar con su ejecución; caso en el cual, la entidad ordenará la liquidación

del contrato y adoptará inmediatamente las medidas que sean necesarias para garantizar la terminación del objeto contractual; pero si el contratista decide continuar con su ejecución, tendrá derecho al reconocimiento y pago de las compensaciones e indemnizaciones a que haya lugar a fin de mantenerle incólume el equilibrio contractual.

2.4 La terminación unilateral

El Decreto 222 de 1983 (Presidencia de la República de Colombia, 1983), consideraba esta cláusula como un principio rector que podía ser aplicado por el contratante o el contratista, pero bajo la Ley 80 de 1983 ya no se entiende como un principio sino como una cláusula excepcional que solo puede ser aplicada por el Estado en los casos extremos y por las causales definidas por el legislador. En principio, se debe concertar la terminación del contrato por mutuo acuerdo, pero si no se logra ese cometido, la Administración puede proceder a terminarlo unilateralmente; esa es la exorbitancia, la prerrogativa o privilegio que tiene el Estado.

De consuno con el artículo 17 de la Ley 80 de 1993 (Congreso de la República de Colombia, 1993), norma que regula expresamente la terminación unilateral y anticipada del contrato, esta se puede presentar por causas involuntarias y ajenas al contratista, sobrevinientes al perfeccionamiento del contrato, circunstancias tales como: 1) cuando las exigencias del servicio público así lo requieran, o la situación de orden público lo imponga; 2) por la muerte o incapacidad física permanente del contratista, si es persona natural, o por disolución de la persona jurídica del contratista. En estas circunstancias la ejecución del contrato podrá continuarse con el garante de la obligación. En este punto es preciso aclarar, según lo indica la Corte Constitucional en la Sentencia C-454 de 1994, que la incapacidad física permanente debe interpretarse “en la medida en que impida de manera absoluta el cumplimiento de las obligaciones específicamente contractuales, cuando ellas dependan de las habilidades físicas del contratista” (Corte Constitucional, 1994); 3) por interdicción judicial o por declaración de insolvencia económica del contratista, caso en el cual también podrá continuarse la ejecución del contrato con el garante de la obligación; y 4) por cesación de pagos, concurso

de acreedores o embargos judiciales del contratista que afecten de manera grave el cumplimiento del contrato.

Ahora bien, como ya lo ha manifestado el Consejo de Estado en Fallo del 28 de junio de 2012, Expediente 23361, debe tenerse presente que, si bien es cierto la terminación unilateral del contrato es una facultad discrecional de la entidad contratante, la cual cuenta con un amplio margen para sustentar tal decisión; esta potestad no significa una libertad absoluta para que la autoridad respectiva pueda adoptar tal determinación, pues esta debe, en cada caso concreto, buscar la alternativa de solución que mejor satisfaga el interés general, procurando para ello que la medida sea adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y que sea además, necesaria y proporcional a los hechos que le sirven de causa (Consejo de Estado, 2012b).

En síntesis, ante la declaración de terminación unilateral del contrato por parte del Estado, lo cual debe darse solo durante la etapa de ejecución, se generan efectos jurídicos, tales como: la liquidación del contrato en el estado en que se encuentre, la ordenación de las compensaciones a que hubiere lugar y la adopción de las medidas necesarias para evitar la paralización de las obras o servicios a cargo de la entidad. Finalmente, debe aclararse que entre las consecuencias jurídicas de la terminación unilateral no se contemplan las establecidas para la caducidad, habida cuenta de que la terminación unilateral ocurre por causas no imputables al contratista (Fandiño, 2014).

2.5 La reversión

Esta potestad excepcional implica que el contratista, por medio de una cláusula, se compromete a transferir la propiedad de los bienes y elementos utilizados en el contrato, bajo la titularidad de la entidad contratante, sin que dicha tradición comporte contraprestación alguna en favor del obligado. Esta reglamentación resulta aplicable únicamente a los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado como lo establece el artículo 19 de la Ley 80 de 1993 (Matallana, 2015).

Sobre la justificación de la inclusión y gratuidad de la cláusula de la reversión en los contratos de explotación y concesión de bienes

del Estado, el Gobierno Nacional, desde la exposición de motivos al proyecto de la Ley 80 de 1993, había manifestado que:

Se justifica la gratuidad de la reversión en el hecho de que el contratista calcula la amortización de los bienes que ha dispuesto para la prestación del servicio cuando al celebrar el contrato se pacta lo relativo a su vigencia, de forma tal que a su vencimiento los bienes se encuentran totalmente amortizados (Gaceta del Congreso de la República, N° 75, del 23 de septiembre, 1992).

Al respecto, es dable señalar que la obligación de la reversión en favor de la entidad del Estado, no deviene de un acuerdo de voluntades entre los co-contratantes, sino que surge desde la misma ley que rige el contrato (Ley 80 de 1993, artículo 19), la cual dispone que una vez finalizado el término de la explotación o concesión, los elementos y bienes directamente afectados a la misma pasen a ser propiedad de la entidad contratante, sin que por ello esta deba efectuar compensación alguna. Lo que se pretende finalmente es garantizar la continuidad del servicio público cuando dichos bienes son indispensables para mantener su permanencia, sin que la entidad tenga que realizar una nueva contratación sobre idéntico objeto (Rico, 2013).

En esos mismos términos, la Corte Constitucional al declarar la exequibilidad del artículo 19 de la Ley 80 de 1993, manifestó en la Sentencia C-250 de junio 6 de 1996, que la reversión es consustancial al contrato de concesión, y por tal razón, quien participa en un proceso contractual de tal naturaleza, entiende y acepta desde el principio tal condición; es por ello que la cláusula de reversión no puede ser entendida como si se tratase de una expropiación sin indemnización, toda vez que el concesionario no es obligado a revertir los bienes afectos a la ejecución del contrato contra su voluntad (Corte Constitucional, 1996).

2.6 El sometimiento a las leyes nacionales

Según el mandato constitucional que se infiere de los artículos 6° y 95 de la Carta Política (Asamblea Nacional Constituyente, 1991), es deber de los nacionales y extranjeros establecidos en el territorio colombiano someterse y acatar la Constitución y las Leyes; esto se traduce no solo en el deber para todas las personas de obedecer y

respetar a las autoridades nacionales, de acuerdo con lo establecido en el numeral 3° del artículo 95 superior, sino también en el principio de legalidad al que debe someterse la Administración Pública en todas sus actuaciones; principio que en materia contractual se materializa en el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, según el cual la normativa aplicable a los contratos estatales está dada por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, y por las dispuestas particularmente en la misma Ley 80 de 1993. (Congreso de la República de Colombia, 1993).

De esa manera, y al tenor de lo contemplado en inciso 2° del artículo 13 de la Ley 80 de 1993 (Congreso de la República de Colombia, 1993), los contratos celebrados en el exterior se podrán regir en su ejecución por las reglas del país en donde se hayan suscrito, a menos que deban cumplirse en Colombia. De la norma, se colige que cuando la ejecución del contrato ocurra dentro del territorio colombiano, los requisitos, efectos y terminación del mismo, se regirán por las leyes colombianas; dando aplicación al principio general que indica que el contrato se rige por las leyes del país donde se desarrolla (Fandiño, 2014).

Lo descrito en el párrafo anterior, no excluye la aplicación de otra regla derivada del inciso 3° del mismo artículo 13 de la Ley 80 de 1993, según la cual, los contratos que se celebren en Colombia y deban ejecutarse o cumplirse en el extranjero, podrán someterse a la ley extranjera; tal precepto en nada contraviene el principio general esbozado anteriormente, pues en tal caso, el régimen jurídico aplicable al contrato seguirá siendo preferencialmente el del lugar de su ejecución. (Congreso de la República de Colombia, 1993).

En suma, bien puede afirmarse que el sometimiento a las leyes nacionales, no obstante, su inclusión dentro de las cláusulas excepcionales en la contratación estatal (numeral 2° del artículo 14 de la Ley 80 de 1993) (Congreso de la República de Colombia, 1993), realmente no tiene un carácter convencional, por cuanto, al tener rango legal, se escapa de la autonomía de la voluntad de las partes, y, en consecuencia, se trata más bien de un elemento de la naturaleza del contrato estatal (Rico, 2013).

3. Ámbito de aplicación de las cláusulas excepcionales

A esta altura de la exposición, bien se puede inferir que las cláusulas excepcionales de interpretación, modificación, terminación y caducidad se entienden como poderes o facultades que tiene la Administración Pública para intervenir en la ejecución del contrato (Niño, 2011). Así, Con la expedición de la Ley 80 de 1993 (Congreso de la República de Colombia, 1993), el legislador impuso límites en la aplicación de las cláusulas exorbitantes, y las restringió a aquellos contratos en los cuales era evidente la existencia de una relación directa entre el objeto del contrato y el interés público, dando siempre prelación a dicho interés general a fin de evitar su afectación. De esa manera, el mismo legislador, en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, contempló tres situaciones en las cuales pueden encuadrarse tales potestades (Niño, 2011), son ellas:

Primera. En los casos en los que las cláusulas excepcionales proceden por mandato de ley, es decir, de manera obligatoria, caso en el cual se entienden pactadas aun cuando no se consignen expresamente; esta aplicación está reservada para aquellas actividades que constituyan monopolio del Estado, prestación de servicios públicos, explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra; de igual manera deberán incluirse en los contratos para el desarrollo de proyectos de Asociación Público Privada, de conformidad con lo ordenado en el artículo 22 de la Ley 1508 de 2012 (Congreso de la República de Colombia, 2012).

Segunda. En los casos en que las potestades excepcionales se pueden incluir por acuerdo entre las partes, es decir, de manera facultativa, como ocurre en los contratos de suministro y prestación de servicios.

Tercera. Casos en que por disposición del mismo legislador, las cláusulas excepcionales no son viables, por estar expresamente prohibidas, como se ordena expresamente para los contratos celebrados con personas públicas internacionales, contratos de cooperación, ayuda o asistencia, interadministrativos, empréstito, donación, arrendamiento, contratos que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas y tecnológicas, contratos de seguros tomados por entidades estatales, contratos que tengan por objeto actividades comerciales e industriales de las entidades del Estado que no corres-

pondan a las señaladas en el numeral 2° del artículo 14 de la Ley 80 de 1993 (que constituyan monopolio estatal, prestación de servicios públicos, explotación y concesión de bienes del Estado, y contratos de obra), pues en estos casos enunciados entre paréntesis, es claro que sí deben incluirse.

De igual manera, el Consejo de Estado a través de la Sección Tercera, en sentencia del 30 de noviembre de 2006 (Consejo de Estado, 2006), manifestó que de conformidad con la Ley 80 de 1993, en relación con los poderes exorbitantes y la aplicación de su régimen en los diferentes tipos de contratos, se configuran cuatro (4) grupos perfectamente determinados, a saber:

Primer grupo: coincide con la primera situación descrita anteriormente, e incluye aquellos contratos en los cuales las cláusulas excepcionales se tienen que pactar por obligación legal, y de no hacerlo, de todas maneras, se entenderán pactadas. Es lo que se denomina como “cláusulas virtuales”. Esto ocurre por ejemplo en el contrato de obra, los contratos cuyo objeto es la explotación y concesión de bienes del Estado, la prestación de los servicios públicos y las actividades que constituyen monopolio estatal (Consejo de Estado, 2006).

Segundo grupo: Según el Consejo de Estado, en este grupo se ubican aquellos contratos en los cuales está prohibido pactar cláusulas excepcionales; en consecuencia, si estas se llegasen a incluir, habría una causal de nulidad absoluta de dicha cláusula. A este grupo pertenecen los contratos enunciados en el parágrafo del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, y que, para nuestros fines, ya fueron esbozados en la tercera de las situaciones indicadas algunos párrafos atrás. (Consejo de Estado, 2006).

Tercer grupo: este grupo coincide con los contratos de suministro y de prestación de servicios, ya reseñados brevemente en la segunda de las situaciones anteriores. Para la Sección Tercera del Consejo de Estado, en este grupo se integran los contratos en los cuales la misma ley autoriza que los extremos de la relación contractual acuerden voluntariamente su inclusión, sin que tal autorización llegue a ser una imposición; de tal manera que el pacto de tales disposiciones es opcional, entendiéndose que, su falta de estipulación significa que tales poderes exorbitantes no existen en el negocio jurídico. Su campo

de aplicación está reservado solo para los contratos de prestación de servicios y los de suministro, y debe tenerse presente que su inclusión solo puede favorecer a las entidades estatales, de tal suerte que resulta imposible pactar tales poderes en favor del contratista (Consejo de Estado, 2006).

En este punto resulta oportuno señalar que es en este grupo de contratos en los que se abre un espacio para que opere el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, lo cual no va en armonía con la tradición administrativista según la cual, se había entendido que era la propia ley, y no las partes del contrato, quien podía disponer, en exclusiva, la inclusión de cláusulas excepcionales. Es claro entonces, que solo en los contratos de suministro y en los de prestación de servicios, la ley autoriza a los extremos de la relación jurídica a negociar la inclusión de poderes exorbitantes (siempre en favor del Estado), y en estos casos dicha inclusión no deviene directamente y de manera “inmediata” de la ley, sino de manera “mediata”, por cuanto se hace necesario que las partes lleguen a un acuerdo sobre su inclusión; de lo contrario tales cláusulas no podrán existir en el caso concreto (Consejo de Estado, 2006).

Cuarto grupo: finalmente, y por exclusión, surge un cuarto grupo integrado por todos aquellos contratos que no se encuadran en ninguno de los grupos anteriores, es decir, que no están incluidos en ninguna de las situaciones a las que alude expresamente la ley. Es el caso de negocios jurídicos tales como la consultoría, el comodato, el leasing, etc. Frente a este grupo de contratos surge entonces el siguiente interrogante: ¿Será posible pactar cláusulas excepcionales?

Para el Consejo de Estado, la respuesta es negativa porque para su inclusión se requiere de autorización legal, y, además, porque el legislador es el único que puede otorgar competencias para la expedición de actos administrativos en desarrollo de los contratos estatales, actos que, constituyen el mecanismo de ejercicio de las exorbitancias contractuales. Siendo así, se concluye que no es posible constituir este tipo de poderes en ejercicio de la autonomía de la voluntad privada, mucho menos en aquellos contratos en los que la ley no ha dado expresamente su autorización, como tampoco es dable excluirlos en

los contratos en que el mismo legislador los ha previsto como obligatorios (Consejo de Estado, 2006).

3.1 Límites en su aplicación

De conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano, es claro que todos los actos administrativos expedidos con ocasión de la actividad contractual, y en ejercicio de las cláusulas excepcionales o en virtud de ella, necesariamente están sometidos a ciertas condiciones de imperativo cumplimiento; de tal suerte que tales condicionamientos se convierten en límites señalados expresamente por el legislador para la expedición de tales actos administrativos. Así, tales límites pueden agruparse de acuerdo con su oportunidad, finalidad, requisitos, materia y motivos, como se pasará a ver a continuación:

En cuanto a la oportunidad que el legislador prevé para que la potestad excepcional se ejercite “durante la ejecución del contrato”. Es decir, el legislador implícitamente limita la facultad excepcional solo para esa etapa. O, cuando se en el artículo 17 de la Ley 80 de 1993, se establece que “La entidad en acto administrativo debidamente motivado dispondrá la terminación anticipada del contrato (...)”, lo cual supone que el contrato aún no ha terminado.

En relación con su finalidad, pues el ejercicio de la potestad excepcional tiene por fin evitar que las discrepancias conlleven a la paralización o la afectación grave del servicio a su cargo.

En cuanto a los requisitos, la ley exige, para aquellos casos en los cuales es aplicable, la concertación previa, pues las facultades unilaterales de interpretación y de modificación, solo pueden ejercitarse “si no se logra acuerdo” (Ley 80 de 1993, art. 15); o, “si previamente las partes no llegan al acuerdo respectivo” (Ley 80 de 1993, art. 16). Por consiguiente, es presupuesto necesario para el ejercicio de la facultad excepcional el agotamiento de los medios adecuados para tratar de lograr el consenso entre las partes.

En cuanto a la materia, la facultad excepcional de la interpretación unilateral solo puede extenderse a las estipulaciones o cláusulas objeto de la diferencia, razón por la cual la administración tendrá

como límite, que no podrá extenderse a materias sobre las cuales las partes no tengan discrepancia. Así mismo el ejercicio de la facultad de modificación excepcional está limitada a la “supresión o adición” de obras, trabajos, suministros o servicios; en consecuencia, la modificación está supeditada a un elemento “cuantitativo”, por tanto, no puede extenderse a cláusulas o estipulaciones no concernientes a ese ámbito.

En cuanto a los motivos, deben ser ciertos y tratarse de supuestos de hecho o de derecho contemplados expresamente por la ley, como habilitantes para el ejercicio de la facultad excepcional (Consejo de Estado, 2000).

Conclusiones

La inclusión de las cláusulas excepcionales al derecho común, en las disposiciones contenidas en la Ley 80 de 1993, obedece a una imposición del legislador, en favor de la Administración Pública, que genera una posición jurídica especial del Estado frente al sujeto co-contratante en el negocio jurídico público, habida cuenta de que este último prácticamente en nada interviene en la discusión y construcción de las supuestas cláusulas, como debería ocurrir, en aplicación del principio de la autonomía de la voluntad.

De esa manera, encontramos como corolario de estas indagaciones que las cláusulas excepcionales, antes denominadas exorbitantes, en principio, no encuadran dentro de los conceptos de cláusula o estipulación, debido a que no corresponden a un producto de creación voluntaria de las partes de un contrato, sino que, por el contrario, son, tal y como ya se advirtiera, mandatos imperativos previamente definidos por el legislador, que materializan el principio de legalidad, y a su vez desdibujan el principio de la autonomía de la voluntad, dentro del contenido del negocio jurídico público.

De otra parte, el resultado del presente escrito habrá de servir como fuente de consulta académica, no solo para la orientación del tema en las cátedras, módulos, seminarios y diplomados de contratación estatal, sino también para todos aquellos partícipes de los procesos contractuales públicos, e incluso para la misma Administración de las Entidades Estatales a la hora de tener certeza en la aplicación de

las cláusulas excepcionales incluidas o no en todos y cada uno de los contratos administrativos que lleguen a celebrar.

En suma, es pertinente señalar que las cláusulas excepcionales, en su dimensión de facultades propias de la Administración estatal para el manejo y control de la actividad contractual pública, tienen unas notas características que se resumen de la siguiente forma: (i) se manifiestan como ejercicio del poder público con el propósito de garantizar la efectiva prestación de los servicios públicos a cargo del Estado; (ii) significan ciertas restricciones a la libertad negocial en los contratos que se celebran entre el Estado y los particulares, fundamentadas en los conceptos de orden público e interés general; (iii) se enmarcan dentro de los medios que pueden utilizar las entidades estatales para lograr el cumplimiento del objeto contractual, por lo cual se afirma que constituyen un medio de control para la ejecución del contrato estatal; y (iv) son expresión del principio de legalidad, ejercidas en el marco de la juridicidad que caracteriza la función administrativa en el desarrollo de la contratación pública; esto, tal y como lo expresa el Consejo de Estado en reciente Sentencia del 2 de mayo de 2016.

Una conclusión importante frente a la declaratoria de caducidad de los contratos estatales, y que de alguna manera explica por qué esta durísima sanción no es tan común como debiera serlo en un medio de tanta corrupción como el que rodea el ámbito de la contratación estatal en Colombia, se deduce del numeral 32, artículo 48 de la Ley 734 de 2002 (Código Disciplinario Único) (Congreso de la República de Colombia, 2002), el cual señala como falta disciplinaria gravísima: “declarar la caducidad de un contrato estatal o darlo por terminado sin que se presenten las causales previstas en la ley para ello”.

Es precisamente en esta norma, que tiene asidero el hecho de que sean realmente muy pocas las veces en que se declara la caducidad administrativa, de tal suerte que resulta más complejo y comprometedor para un gestor contractual, declarar la caducidad que abstenerse de hacerlo, pues en este último caso la ley disciplinaria no prevé sanción alguna.

Finalmente, es posible pensar que nuestro objeto de estudio, una vez concluidas las presentes indagaciones académicas, ha de tener importancia práctica contribuyendo a solucionar problemas frente

al entendimiento y a la aplicación efectiva de dichas figuras que fungen como prerrogativas exclusivas de la Administración, pero que, a su vez, generan una gran cantidad de inconvenientes prácticos, debidos precisamente al escaso nivel de comprensión de las mismas por parte de los funcionarios que tienen a su cargo el deber de adelantar en debida forma los procesos contractuales de las entidades estatales que representan.

Lo descrito en las anteriores líneas no significa en absoluto que el tema de las cláusulas excepcionales en la contratación estatal se encuentre ya agotado, pues serán bienvenidas las nuevas investigaciones y propuestas que se hagan desde la academia para contribuir a su discernimiento, comprensión y por supuesto, a una mejor aplicación.

REFERENCIAS

- Asamblea Nacional Constituyente. (1991). Constitución Política de Colombia . Bogotá: Gaceta Constitucional.
- Benavides, J. L. (2004). El Contrato Estatal. Entre el Derecho Público y el Derecho Privado. Bogotá: U. Externado de Colombia.
- Betancur, G. L. (2015). La contratación estatal - una visión desde el derecho privado hacia lo público. Medellín: Díké.
- Congreso de la República de Colombia. (1896). Ley 163 de 1896. Bogotá: Diario Oficial .
- Congreso de la República de Colombia. (1887). Ley 57 de 1887. Bogotá: Diario Oficial N° 7019.
- Congreso de la República de Colombia. (1892). Ley 104 de 1892. Bogotá: Diario Oficial.
- Congreso de la República de Colombia. (1936). Acto Legislativo N° 1 de 1936. Bogotá: Diario Oficial.
- Congreso de la República de Colombia. (1941). Ley 167 de 1941. Bogotá: Diario Oficial.

- Congreso de la República de Colombia. (1964). Ley 4 de 1964. Bogotá: Diario Oficial.
- Congreso de la República de Colombia. (1966). Ley 36 de 1966. Bogotá: Diario Oficial.
- Congreso de la República de Colombia. (1978). Ley 64 de 1978. Bogotá: Diario Oficial.
- Congreso de la República de Colombia. (1982). Ley 19 de 1982. Bogotá: Diario Oficial.
- Congreso de la República de Colombia. (1984). Decreto 01 de 1984. Bogotá: Diario Oficial.
- Congreso de la República de Colombia. (1993). Exposición de motivos - Ley 80 de 1993. Bogotá.
- Congreso de la República de Colombia. (1993). Ley 80 de 1993. Bogotá: Gaceta Oficial.
- Congreso de la República de Colombia. (1997). Ley 418 de 1997. Bogotá: Diario Oficial.
- Congreso de la República de Colombia. (1999). Ley 548 de 1999. Bogotá: Diario Oficial.
- Congreso de la República de Colombia. (2000). Ley 610 de 2000. Bogotá: Diario Oficial.
- Congreso de la República de Colombia. (2002). Ley 734 de 2002. Bogotá: Diario oficial.
- Congreso de la República de Colombia. (2002). Ley 782 de 2002. Bogotá: Diario Oficial.
- Congreso de la República de Colombia. (2003). Ley 828 de 2002. Bogotá: Diario Oficial.
- Congreso de la República de Colombia. (2006). Ley 1106 de 2006. Bogotá: Diario Oficial.

- Congreso de la República de Colombia. (2010). Ley 1421 de 2010. Bogotá: Diario Oficial.
- Congreso de la República de Colombia. (2012). Ley 1508 de 2012. Bogotá: Diario Oficial.
- Congreso de la República de Colombia. (2014). Ley 1738 de 2014. Bogotá: Diario Oficial.
- Congreso General de los Estados Unidos de Colombia. (1873). Ley 106 de 1873. *Código Fiscal de los Estados Unidos de Colombia*. Bogotá .
- Congreso Nacional de la República. (1909). Ley 53 de 1909. Bogotá: Diario Oficial .
- Congreso Nacional de la República. (1912). Ley 110 de 1912 . Bogotá: Diario Oficial .
- Consejo de Estado. (2000). Sentencia del 14 de diciembre de 2000. Radicación N° 1.293. C. P.: Luis Camilo Osorio Isaza. Bogotá: Relatoría Consejo de Estado.
- Consejo de Estado. (2006). Sentencia del 30 de noviembre de 2006. Expediente 30832. C. P.: Alier Eduardo Hernández Henríquez. Bogotá: Relatoría Consejo de Estado.
- Consejo de Estado. (2008). Setencia del 20 de noviembre de 2008. Bogotá: Relatoria Consejo de Estado.
- Consejo de Estado. (2011). Sentencia del 7 de julio de 2011. Expediente 18.762. C. P.: Jaime Orlando Santofimjio Gamboa. Bogotá: Relatoría del Consejo de Estado.
- Consejo de Estado. (2012a). Sentencia del 16 de marzo de 2012. Expediente 22983. C. P.: Stella Conto de Díaz. Bogotá: Relatoría Consejo de Estado.
- Consejo de Estado. (2012b). Sentencia del 28 de junio de 2012. Expediente 23361. C. P.: Mauricio Fajardo Gómez. Bogotá: Relatoría Consejo de Estado.

- Consejo de Estado. (2013). Sentencia del 24 de octubre de 2013. Expediente 24697. C. P. Enrique Gil Botero. Bogotá: Relatoría Consejo de Estado .
- Consejo de Estado. (2014). Sentencia 2003-00243 del 12 de marzo de 2014. C. P. Mauricio Fajardo Gómez. Bogotá: Relatoria Consejo de Estado.
- Consejo de Estado. (2016). Sentencia del 2 de mayo de 2016. Bogotá: Relatoría Consejo de Estado.
- Consejo Nacional Constituyente. (1886). Constitución Política de la República de Colombia. Bogotá: Diario Oficial .
- Corte Constitucional. (1994). Sentencia 454 de 1994. Bogotá: Gaceta Constitucional.
- Corte Constitucional. (1996). Sentencia 250 de 1996. Bogotá: Gaceta Constitucional.
- Corte Constitucional. (2001). Sentencia C- 949 . Bogotá: Gaceta Constitucional.
- Fandiño, J. E. (2014). La contratación estatal . Bogotá: Leyer.
- Güechá, C. N. (2006). Falacia de las cláusulas exorbitantes en la contratación estatal. *Opinion Jurídica*, 5(10), 33-47.
- Guevara, J. (17 de Diciembre de 2002). www.gestiopolis.com. Obtenido de <http://www.gestiopolis.com/contratos-estatales-en-colombia/>
- Hoyos, J. F. (2015). La contratación estatal - una visión desde el derecho privado hacia lo público. Medellín: Díké.
- Matallana, E. (2015). Manual de contratación de la Administración Pública. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Niño, A. (2011). Contratación estatal. Cláusulas excepcionales en contratación estatal. . Bogotá: Universidad de la Sabana.
- Osorio, N. D. (2013). Las cláusulas excepcionales en la actividad contractual de la administración pública: ¿autonomía de la voluntad o impo-

sición del legislador? Revista Digital de Derecho Administrativo(10), 95-108.

Pachón, C. (2014). Contratación Pública. Bogotá: Ecoe Ediciones.

Palacio, J. Á. (2014). La Contratación de las Entidades Estatales (7° edición ed.). Medellín: Librería Jurídica Sánchez R.

Pérez, J. (2003). Derecho Constitucional Colombiano (6° edición ed.). Bogotá: Temis.

Prada, I. F. (22 de Julio de 2016). <https://prezi.com/>. Obtenido de <https://prezi.com/gfegw9gyjqzc/historia-de-la-contratacion-estatal-en-colombia/>

Presidencia de la República de Colombia. (1964). Decreto Ley 528 de 1964. Bogotá: Diario Oficial.

Presidencia de la República de Colombia. (1983). Decreto 222 de 1983. Bogotá: Diario Oficial.

Rico, L. A. (2013). Teoría general y práctica de la contratación estatal (8° edición ed.). Bogotá: Leyer.

Rodríguez, M. F. (2013). Los Contratos Estatales en Colombia. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R.