

**ASPECTOS CONTROVERSIALES DE LA APLICACIÓN DE LA
POTESTADES EXCEPCIONALES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN
LOS CONTRATOS ESTATALES.**

LUIS FELIPE ARRIETA PALACIO

MARIA ANTONIA DURAN GUARDIOLA

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS

PREGRADO

2011

**ASPECTOS CONTROVERSIALES DE LA APLICACIÓN DE LA
POTESTADES EXCEPCIONALES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN
LOS CONTRATOS ESTATALES.**

LUIS FELIPE ARRIETA PALACIO

MARIA ANTONIA DURAN GUARDIOLA

TRABAJO DE GRADO PARA OPTAR PARA EL TITULO DE ABOGADOS

TUTOR:

ANTONIO JOUVE GARCIA

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS

PREGRADO

2011

NOTA DE ADVERTENCIA

“La Universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de tesis. Solo velará por que no se publique nada contrario al dogma y a la moral católica y por que las tesis no contengan ataques personales contra persona alguna, antes bien se vea en ellas el anhelo de buscar la verdad y la justicia”.

Tabla de contenido

RESUMEN.....	3
INTRODUCCIÓN.....	3
1. LAS CLÁUSULAS EXCEPCIONALES AL DERECHO COMÚN EN LOS CONTRATOS ESTATALES Y SU DESARROLLO EN EL DERECHO COMPARADO.	8
1.1. Concepto y generalidades de las cláusulas excepcionales.....	8
1.2. Derecho comparado.....	14
1.2.1. Francia.....	16
1.2.2. España.....	19
1.2.3. Argentina.....	21
1.2.4. Chile.....	24
1.2.5. Inglaterra y en general el sistema del Common Law.....	26
2. ANTECEDENTES DE LAS CLÁUSULAS EXCEPCIONALES EN EL DERECHO CONTRACTUAL ESTATAL COLOMBIANO –DECRETO 150 DE 1976 Y DECRETO 222 DE 1983.....	29
2.1. Decreto 150 de 1976.....	30
2.2. Decreto 222 de 1983.....	32
3. LAS POTESTADES EXCEPCIONALES AL DERECHO COMÚN EN LA LEY 80 DE 1993, EN LA LEY 1150 DE 2007 Y REGLAMENTARIOS, SU IMPACTO EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL. TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL Y DOCTRINARIO. NUEVAS CLÁUSULAS ESPECIALES.....	37
3.1. Noción.....	37
3.2. Características.....	46
3.3. Estudio de las potestades excepcionales reguladas en el artículo 14 de la Ley 80/93. 60	
a. Principios de Interpretación, Modificación y Terminación unilaterales del contrato.....	61

b. Reversión.....	65
c. Caducidad.....	67
d. Sometimiento de leyes nacionales.....	74
3.4. Cláusulas especiales consagradas en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007.	76
4. POTESTADES EXCEPCIONALES, CLÁUSULAS ESPECIALES Y SUS EFECTOS EN LOS PROCESOS ARBITRALES	90
CONCLUSIONES.....	111
BIBLIOGRAFIA.....	119
NOTAS AL FINAL.....	126

RESUMEN.

La nueva orientación constitucional colombiana a partir de la expedición de la constitución de 1991, define y enrumba un nuevo Estado de Derecho de corte competitivo entre los diferentes agentes económicos, ya sean públicos o privados, personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras. Este nuevo rumbo condujo al mundo jurídico a cuestionarse sobre la conveniencia de mantener el privilegio de lo previo y su ejecutoriedad como potestades administrativas, dado que este tipo de cláusulas impactaban y limitaban de manera fuerte la autonomía de la voluntad requerida en toda competencia negocial. Así las cosas, el asunto que se profundizará está enmarcado por la expedición de las nuevas regulaciones legales y reglamentarias en el campo de las potestades excepcionales o cláusulas exorbitantes y por los desarrollos jurisprudenciales que de la aplicación de estas normas se han desprendido y sus efectos en diferentes campos como lo es la materia arbitral.

PALABRAS CLAVE: Potestades excepcionales, arbitraje, multa y cláusula penal pecuniaria

INTRODUCCIÓN

Con la presente investigación se pretende abordar la problemática que plantea la aplicación de las cláusulas excepcionales y la discrecionalidad, por parte de la Administración Pública, con ocasión de la celebración y ejecución de los Contratos Estatales. El asunto a profundizar se tratará, de manera general, a partir de dos aspectos a saber: **i)** el primero, hace relación al ejercicio de tales potestades de manera exorbitante, rompiendo con ello el

principio general de igualdad de las partes en el contrato. De manera extraordinaria, para los Contratos Estatales, o en casos expresos, contemplados en la norma (142 de 1994), la ley autoriza su estipulación ya sea por pacto obligatorio o con carácter facultativo, todo con la finalidad de proteger el interés general, amparar y garantizar la continuidad del proyecto a emprenderse o la prestación de los servicios a cargo de la administración, **ii)** el segundo, hace referencia al Contrato Estatal como herramienta fundamental para la ejecución de la inversión de los recursos públicos, y como mecanismo para la consecución de financiación de los proyectos de infraestructura o aquellos que requieren la utilización del esquema de colaboración público-privado, específicamente en el caso de los Contratos de Concesión, donde se vincula esfuerzos y capitales tanto nacionales como extranjeros, públicos y privados.

El pacto y desarrollo de las cláusulas objeto de este trabajo generan, sin duda fuertes temores en el mercado inversor, en la medida que dentro de las evaluaciones para viabilizar los proyectos, se encuentra el imprescindible estudio y análisis de riesgos, que en este caso aumenta, si se tienen en cuenta que la Administración Pública está facultada legalmente para tomar decisiones excepcionales a la autonomía de la voluntad, durante la celebración y ejecución del contrato lo cual, por su alto impacto, podría desincentivar o crear barreras para la inversión en el mercado de lo público.

Las Cláusulas Excepcionales, como parte del régimen jurídico de los Contratos de la Administración Pública, se constituyen en un tema de trascendental importancia, tanto desde el punto de vista teórico y académico, como práctico. Es tarea a emprender en esta investigación definir y determinar con claridad y solvencia, cuales son; cómo se aplican;

cómo se adelanta el procedimiento y se hace la imputación; cómo se garantiza el derecho de defensa y cómo se toma la decisión; que efectos tienen y cuáles son sus implicaciones. El tema propuesto, impacta de manera definitiva el desarrollo de la Contratación Estatal, la inversión pública, incidiendo de manera importante en otros aspectos colaterales pero definitivos como son, el funcionamiento y ámbito de aplicación de la Justicia Arbitral en Colombia, la competencia de la administración en relación con el privilegio de lo previo y su ejecutoriedad; el Principio de Legalidad, la estructuración de proyectos no solo de infraestructura, sino concesionales, de participación pública-privada o cualquiera otros y la asignación y tipificación de riesgos.

La nueva orientación constitucional colombiana define y enrumba un nuevo Estado de Derecho de corte competitivo entre los diferentes agentes económicos, ya sean públicos o privados, personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras (artículo 333 Superior), desarrollando este tema a la luz de los principios y límites de la función administrativa señalados en el artículo 209 Constitucional, y encuadrando su manejo en lo preceptuado por el artículo 90 de este mismo Cuerpo Superior, en cuanto hace a las responsabilidades que atañen, no solo a los servidores públicos, sino a todos los operadores incluyendo los contratistas, los órganos de control y la jurisdicción. A partir de este análisis, se pretende establecer que de la manera como se entienda, se formule y se desarrollen los diferentes aspectos de un Contrato Estatal, este será un instrumento idóneo para lograr los fines del Estado, como agente principalísimo del manejo de la inversión y las finanzas, o por el contrario, se constituirá en un escollo al comercio, a la apertura económica, eficiencia y eficacia del manejo de la inversión y, peor aún, en un obstáculo para la aplicación de los

mecanismos de solución alternativa de conflictos, teniendo serias implicaciones en otros muchos temas de interés general, que desarrollaremos en este trabajo de grado.

Así las cosas, el asunto que se profundizará está enmarcado por la expedición de las nuevas regulaciones legales y reglamentarias en el campo de las potestades excepcionales o cláusulas exorbitantes y por los desarrollos jurisprudenciales que de la aplicación de estas normas se han desprendido. Este tema había sido relativamente pacífico en el ordenamiento colombiano. La nueva Constitución Política de corte competitivo, condujo al mundo jurídico a cuestionarse sobre la conveniencia de mantener el privilegio de lo previo y su ejecutoriedad como potestades administrativas, dado que este tipo de cláusulas impactaban y limitaban de manera fuerte la autonomía de la voluntad requerida en toda competencia negocial. Se optó claramente por mantenerlas, pero dentro del concepto específico de “excepcionales” al derecho ordinario y con los claros límites señalados por el artículo 209 Superior anteriormente mencionado. Así las cosas, estas facultades estatales se redujeron a las expresamente señaladas en el artículo 14 del Estatuto Contractual, dejando al derecho común cláusulas tales como: las multas, la cláusula penal pecuniaria y otras, de definitivo corte privado y propias de los Códigos Civil y de Comercio. Con el devenir legislativo y algunas posiciones jurisprudenciales, esta estructura constitucional ha venido siendo desvirtuada como se observará a lo largo de este estudio, circunstancia ésta que hace necesario acometer un serio y crítico análisis de las ya mencionadas potestades y su nueva regulación e interpretación jurisprudencial que, en nuestro criterio, como ya se dijo, no responde a la estructura constitucional que plantea el nuevo Estado de Derecho competitivo y por el contrario, crean una enorme inseguridad jurídica que incide, sin lugar a equívocos,

de manera negativa en la inversión extranjera y en temas tan esenciales como la viabilidad de acudir al arbitramento como mecanismo alternativo de solución de controversias. De igual manera plantea serios reparos a la competencia de la Administración Pública frente a los actos administrativos de imperio y que desarrollan el privilegio de lo previo de manera excepcional en la Contratación Estatal cuya normativa principalísima, a tenor de lo expuesto en el artículo 13 de la Ley 80, que hoy conserva su plena vigencia, es el Código Civil y el Código de Comercio, vale decir la autonomía de la voluntad.

Así las cosas, se hará un análisis crítico de la situación de las potestades excepcionales frente a los nuevos rumbos constitucionales para mostrar con toda evidencia que las regulaciones y posturas jurisprudenciales posteriores no han hecho otra cosa que complicar enormemente un tema antes pacífico, con consecuencias bien profundas y discutibles en el devenir contractual y por ende en el manejo de la inversión pública colombiana, lográndose con ello una enorme agudización y judicialización de los conflictos entre contratistas y Estado en claro detrimento no solo de los proyectos sino del erario público y del interés general.

1. LAS CLÁUSULAS EXCEPCIONALES AL DERECHO COMÚN EN LOS CONTRATOS ESTATALES Y SU DESARROLLO EN EL DERECHO COMPARADO.

1.1. Concepto y generalidades de las cláusulas excepcionales

Antes de empezar a desarrollar este tema de manera puntual, debemos señalar un aspecto que, aunque pueda parecer en exceso elemental, será fundamental, como criterio rector, a todo lo largo de este trabajo. Lo excepcional por principio, es aquello que se sale de lo que es común o general, y por tal razón, debe ser de consagración taxativa teniendo en cuenta que, si lo fuese meramente enunciativo se convertiría en la regla general, perdiendo así su carácter excepcional.

Importante para entender a cabalidad el tema propuesto es partir de la consagración Constitucional de los propósitos o fines del Estado, expuestos en la constitución de 1991, su artículo 2º reza *“Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.*

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los

particulares.”¹. Estos se convierten en el pilar principal de su existencia y en la meta a alcanzar no solo por el colectivo en general, sino principalmente por el Estado y los servidores públicos que en él se desempeñan. Sin duda, para poder satisfacer dichos fines y las necesidades de la colectividad se debe desplegar una armónica y coherente actividad estatal, encaminada a la satisfacción del interés público. Así las cosas, cabe preguntarse ¿cómo el Estado lleva a cabo ese que hacer Estatal? y, ¿cómo a través de él logra la satisfacción del colectivo?

La contratación estatal, como herramienta de la inversión pública, juega un papel preponderante en la consecución de los mencionados fines estatales, concepto claramente consagrado en el artículo 3 de la Ley 80 de 1993². Así las cosas la Corte Constitucional ha precisado en varios pronunciamientos que *“el contrato estatal no es un fin en sí mismo, sino un medio para la consecución de los fines del Estado”*.³

De igual manera, la Ley 80/93, buscando suavizar la pugnacidad en las relaciones existentes entre contratista y contratante, con las graves consecuencias que esto acarrea para el buen transcurrir del negocio jurídico, calificó al primero como un colaborador de la administración con la misión, también, de cumplir las metas de la sociedad.

En el Contrato Estatal se mantiene intacta la autonomía de voluntad entre las partes, sin embargo y solo en ciertos y determinados tipos de contratos la Administración puede

¹ Constitución Política de Colombia.

² *“ARTÍCULO 3o. DE LOS FINES DE LA CONTRATACION ESTATAL. Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines. Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones.”*

³ Corte Constitucional. Sentencia C-949 de 2001, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

imponer prerrogativas y ejercer potestades exorbitantes, dándose así una situación de superioridad frente al contratista. Esto, la sitúa en una posición de imperio, frente a su cocontratante, rompiendo con ello el principio general de la inalterabilidad de los contratos y abriendo paso al “*ius variandi*”, en virtud del cual la Administración, en ciertos casos específicos, puede obrar con jurisdicción y competencia e imponer sus decisiones al contratista. Al respecto, la Corte Constitucional, en diferentes pronunciamientos ha sostenido que:

*“(...) en la contratación estatal no se parte de un presupuesto de igualdad, sino de una posición de privilegio del Estado contratante sobre el particular contratista, que tiene por objeto permitir que aquél pueda dirigir el contrato y asegurar la satisfacción de las necesidades de interés general y el cumplimiento de las funciones asignadas por la Constitución y la ley.”*⁴

La mencionada Corporación afirma que dicha superioridad se ve reflejada en aquellas potestades o prerrogativas que le otorgan a las Entidades, un poder exorbitante, ajeno por completo al régimen contractual, que rige los negocios de los particulares.⁵ Vale señalar aquí que, a partir del proceso de conversión económica surgido desde la expedición de la

⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-400 de 1999. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa: “*El interés público implícito en la contratación estatal, afecta de tal manera este instituto jurídico, que determina la especial posición de las partes contratantes y la relación entre ellas. Esta relación no se desenvuelve dentro de los mismos parámetros de igualdad en que lo hace la contratación entre particulares, sino que implica la preeminencia de la posición estatal. La autorización de cláusulas exorbitantes, como la de caducidad o las de terminación o modificación e interpretación unilaterales por parte de la Administración, son un claro ejemplo de esta situación. La ley dota a la Administración de herramientas o mecanismos especiales, ausentes en las formas contractuales privadas, que están presentes para asegurar el cumplimiento de los fines estatales y del interés general.*”

⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-1088 de 2006. M.P: Álvaro Tafur Galvis

nueva Carta las cláusulas excepcionales también pueden ser pactadas entre particulares, cuando de contratos referentes a servicios públicos domiciliarios se trate, según se establece en el artículo 31 de la Ley 142 de 1994⁶, y cuando así lo autorice las respectivas Comisiones de Regulación.

Si bien el contratista conoce de antemano que el régimen de contratación estatal otorga potestades especiales a la Administración en virtud de los intereses superiores encargados a ella, también tiene la certeza de que, en principio, su puesta en marcha está sujeta a un marco de legalidad y a controles administrativos y judiciales. Así pues, no deberán ejercerse en su contra por el simple capricho de un servidor público, sino por la vinculación de las respectivas decisiones con el interés general y con los fines de la contratación, acarreado su indebida utilización sanciones, disciplinarias, económicas e incluso penales, según el caso. El ejercicio de esta prerrogativa se encuentra sujeto al Principio de Legalidad (arts. 6 y 121 C.P.); a los Principios que rigen la función administrativa (art.209 C.P.) y al Principio de Buena Fe (art.83 C.P.) entre otros.

Bien ilustrativo es el concepto del doctor Alberto Hernández Mora, en el que magistralmente explica que las potestades excepcionales, que *per se* desequilibran la posición del contratista frente a la administración, deben ser compensadas con figuras como el equilibrio económico del contrato, institución ésta, propia del derecho contractual público. El profesor Hernández en su concepto sostiene lo siguiente:

⁶ Ley 142 de 1994. Artículo 31 *“las comisiones de regulación podrán hacer obligatoria la inclusión, en ciertos tipos de contratos, de cualquier empresa de servicios públicos, de cláusulas exorbitantes y podrán facultar, previa consulta expresa, para que se incluyan en los demás. Cuando la inclusión sea forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993 y los actos en los que se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa”*

*“(…) La teoría jurídica moderna define con toda claridad la responsabilidad de la administración pública y en materia contractual la ha enriquecido con nuevas concepciones que buscan justa y razonable armonía entre el interés público que personifica la administración y el interés de los particulares que prestan directa e indirectamente su colaboración para el funcionamiento de los servicios públicos o asumen su prestación. **El régimen del contrato administrativo descansa en dos ideas fundamentales: si de una parte afirma la existencia en favor de la administración de prerrogativas exorbitantes del derecho común de los contratos, de otra reconoce el derecho del contratante al respectivo equilibrio financiero considerado en el contrato. Es en este equilibrio en el que se expresa realmente la existencia del contrato**”⁷ (negrilla fuera de texto)*

El profesor Gustavo Humberto Rodríguez, en su obra⁸ las define de la siguiente manera:

“Nos referimos brevemente a esas cláusulas, llamadas así porque se salen de la órbita del derecho común, no tienen aplicación en este (...)”

Por su parte Güechá Medina las definen como:

“Las cláusulas exorbitantes constituyen la expresión de prerrogativas que por mandato legal se otorgan a la Administración, lo que hace que el principio de

⁷ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 11 de marzo de 1972. Concejero Ponente, Alberto Hernández Mora

⁸ RODRIGUEZ, Gustavo Humberto. Nuevos Contratos Estatales. Comentarios a la ley 80 de 1993; con doctrinas y jurisprudencias. Primera Edición. Bogotá: Librería Jurídicas Wilches, 1994. P.25

igualdad que caracteriza a los contratos privados rompa y que se le otorgue a las entidades públicas contratantes, privilegios, que le permiten desarrollar ciertas actuaciones unilaterales, con la potestad de hacerlas cumplir oficiosamente; es decir, sin necesidad de acudir a la jurisdicción contenciosa administrativa, amparada en el principio de la ejecución oficiosa de los actos administrativos”⁹ (subrayado fuera de texto)

De lo anterior se puede colegir que las potestades exorbitantes son por definición, excepcionales al derecho común (entiéndase derecho civil y comercial) y por ende a la autonomía de la voluntad, base rectora de los contratos entre particulares. La exorbitancia otorga a una de las partes de la relación contractual generalmente a la entidad estatal, jurisdicción y competencia, para imponer dichas cláusulas, ejecutarlas y hacerlas efectivas, convirtiendo así, a quien las impone, en juez y parte de la misma causa. Es aquí donde radica fundamentalmente la diferencia entre los conceptos de exorbitancia y de unilateralidad. Es claro, que todo lo exorbitante es unilateral, pero no todo lo unilateral es exorbitante. La unilateralidad puede ser objeto de pacto entre las partes, mientras que la exorbitancia, por sus especiales características, debe provenir de una habilitación legal. Ahora bien, se explicará como en el caso específico de la Liquidación Unilateral de un contrato, aunque esta sea declarada por un acto administrativo ejecutivo y ejecutorio, forma típica mediante la que se adoptan las decisiones exorbitantes, no es en ningún caso, una potestad excepcional dado que su contenido no es constitutivo sino meramente declarativo.

⁹ GÚECHÁ MEDINA, Ciro Roberto. Falacia de las Cláusulas Exorbitantes antes en la Contratación Estatal. En: *Opinión Jurídica*, (julio – diciembre, 2006) año/vol. 5, número 010. Universidad de Medellín. Medellín, Colombia, 2006. Pp., 33-47

La Corte Constitucional ha definido las potestades, aclarando sí que es anterior a la expedición de la Constitución del 1991 y sus posteriores desarrollos, propios de un Estado competitivo, en el que, como se anotó, pueden ser utilizadas por los particulares, autorizados por las Comisiones de Regulación, al prestar servicios públicos domiciliarios. Expresa esta Corporación que:

“Al hablar de “disposiciones extrañas a la contratación particular”, se hace referencia específicamente a las llamadas cláusulas exorbitantes o excepcionales al derecho común, a través de las cuales a la entidad pública contratante se le reconoce una serie de prerrogativas que no ostentan los particulares, y que tienen como fundamento la prevalencia no sólo del interés general sino de los fines estatales. Estos intereses y fines permiten a la administración hacer uso de ciertos poderes de Estado que como lo expone el tratadista Garrido Falla, en su Tratado de Derecho Administrativo “determina una posición también especial de las partes contratantes, así como una dinámica particular de la relación entre ellos, que viene a corregir típicamente la rigurosa inflexibilidad de los contratos civiles”.¹⁰ (Negrilla fuera de texto)

1.2. Derecho comparado.

Definido como está el concepto en nuestro país, se abordará su análisis en el derecho comparado, con el fin de analizar si dichas cláusulas existen en algunos de los diferentes

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-1341 de 2001. M.P: Álvaro Tafur Galvis

regímenes internacionales, cómo se manejan y cuáles son sus características. Para este propósito se indicará sobre lo que acontece en Francia, España, Argentina y por último en Chile. Sin embargo se hará una pequeña referencia al tratamiento del presente tema objeto de análisis en Inglaterra pero en general en el sistema del Common Law.

Como bien es sabido, tanto Francia como España son Estados pertenecientes a la Unión Europea (U.E). Como esta organización supranacional busca la homogeneidad en algunos temas, de los Estados miembros, el Parlamento Europeo emite con tal fin directrices que deben ser seguidas e implementadas en el ordenamiento interno de cada país. Con relación al tema que se profundiza, el ámbito de la Contratación Pública, actualmente existen dos Directivas: i) la Directiva 2004/18/CE (nota 1)¹ donde se actualizan las normas de adjudicación de los contratos públicos de obras, suministro y servicios celebrados por los poderes adjudicadores (antes regulados por la Directiva 89/665/CEE¹¹); ii) la Directiva 2004/17/CE que actualizó las normas aplicables a los contratos en los sectores del agua, la energía, los transportes y telecomunicaciones (actualiza a la Directiva 92/13/CEE¹², la cual regulaba específicamente este tipo de contratos). Como bien lo define la Real Academia de la lengua Española, una directriz es un “*conjunto de instrucciones o normas generales para la ejecución de algo*”. Los países miembros deben adecuar su legislación en materia de contratación estatal a estas normas de carácter general y comunitario. En razón a lo

¹¹ Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras. *Diario Oficial n° L 395 de 30/12/1989*

¹² Directiva 92/13/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1992, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de las normas comunitarias en los procedimientos de formalización de contratos de las entidades que operen en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones. *Diario Oficial n° L 076 de 23/03/1992*

anterior, la legislación española y francesa tienen unos lineamientos generales comunes y unas especificidades que se tratarán a continuación.

1.2.1. Francia.

La existencia del concepto es clara en el derecho francés. Las cláusulas exorbitantes, son estipulaciones *“cuyo objeto es conferir a las partes derechos u obligaciones ajenos por su naturaleza a aquellos que son susceptibles de ser libremente consentidos por una persona en el marco de las leyes civiles o comerciales”*, de conformidad con lo señalado por el Consejo de Estado el 20 de octubre de 1950, Stein, Rec. p. 505. También se ha dicho que son *“cláusulas que, por su naturaleza, difieren de aquellas que pueden insertarse en un contrato en un contrato análogo de derecho civil”* (T. C., 19 junio 1952, Société des Combustibles et Carburants nationaux, Rec. p. 628)

Las cláusulas exorbitantes o potestades de imperio público, tiene su origen en Francia y son definidas por el Consejo de Estado como aquellas estipulaciones:

*(...) “cuyo objeto es conferir a las partes derechos u obligaciones ajenos por su naturaleza a aquellos que son susceptibles de ser libremente consentidos por una persona en el marco de las leyes civiles o comerciales”.*¹³

Así mismo han sido definidos en otros fallos de la siguiente manera:

¹³ Consejo de Estado Francés. Sentencia del 20 de octubre de 1950. Fallo Stein

*“cláusulas que por su naturaleza, difieren de aquellas que pueden insertarse en un contrato análogo de Derecho civil”.*¹⁴

Estas cláusulas son entendidas por la jurisprudencia¹⁵ francesa como exclusivas de la administración, por cuanto, exorbitan y desequilibran la igualdad entre las partes dentro de un contrato.

Es importante indicar, que el Derecho Francés prevé la posibilidad para las entidades de celebrar contratos administrativos o contratos de derecho privado de la administración, tal y como ocurría en la legislación colombiana antes de la expedición de la ley 80 de 1993. En efecto el Decreto 222 de 1983 diferenciaba los dos tipos de contratos ya mencionados, derivando su carácter público o privado, de la presencia de cláusulas exorbitantes, circunstancia esta que, a su turno definía si el conflicto, sería dirimido por la jurisdicción contenciosa administrativa o por la jurisdicción ordinaria. Al respecto, el tratadista Cárdenas Mejía¹⁶ en su artículo expone lo siguiente:

“Es bien conocido que la jurisprudencia y la doctrina francesa han creado la categoría del contrato administrativo como una figura distinta a la del contrato sujeto al derecho privado. De este modo, la administración pública puede celebrar contratos administrativos y contratos de derecho

¹⁴ Consejo de Estado Francés. Sentencia 19 de junio de 1952. Arret Societé des Combustibles et Carburants nationaux. Apud. Citado en VEDEL, George. Derecho Administrativo. Ediciones Aguilar. Madrid, 1980. Pág. 191.

¹⁵El Consejo de Estado francés en el fallo 'Sociedad de granitos porfídicos de vosges' de 31 de julio de 1912., determinó que la cláusula exorbitante determinaba la calidad del contrato administrativo; así mismo determina la competencia del juez contencioso administrativo, para conocer de los conflictos de contratos celebrados por la Administración. Citado en el texto de Güecha Medina previamente citado.

¹⁶ CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo. “La Misión de Contratación. Hacia una Política para la Eficiencia y la Transparencia en la Contratación”. Departamento Nacional de Planeación (DNP). Julio, 2002.

privado. Los primeros se caracterizan por su régimen propio, en el cual se reconocen determinadas prerrogativas a la administración en materia de ejecución, incluyendo la posibilidad de su modificación y terminación, manteniendo en todo caso el equilibrio del contrato, por cuanto el contratista es un colaborador de la administración, Los litigios relativos al contrato administrativo son de competencia del juez administrativo.

Los contratos de derecho privado se sujetan al derecho común.

La calificación del carácter administrativo de un contrato dependerá, en primera instancia, de lo que disponga la ley, que en algunos casos lo precisa, y en otros casos, de otras circunstancias como son: el hecho de que en el contrato se incluyan cláusulas exorbitantes o que el contrato tenga un determinado vínculo con el servicio público.”

Así pues, evidenciando la similitud con el Decreto 222/83, es menester estudiar lo correspondiente a las particularidades de las potestades exorbitantes en Francia. En primer término, se reconocen como tales, la resciliación unilateral y la modificación unilateral¹⁷ y en cuanto a la primera de ellas, la resciliación, se distinguen dos escenarios dentro de la potestad referente a terminar el contrato.

La legislación francesa consagra que la “*résiliation unilatérale*” puede provenir de dos eventos diferentes y con consecuencia completamente opuestas. Por un lado, está aquel que

¹⁷ En sentencia del 21 marzo 1910, Compagnie générale des tramways se reconoció la legalidad de la modificación unilateral, de horarios de trenes impuestos a un concesionario. Citada en el libro de Laurent Richer. Droit des contrats administratifs edición 2. 1999, p. 225, LGDJ

se motiva por razones completamente ajenas al contratista, como lo es su muerte o el mero interés general y el por el otro, aquel que se fundamenta en un poder sancionatorio de la entidad, permitiéndole terminar el contrato como resultado de manejos inadecuados del mismo o incumplimientos. Es así, como se individualizan los poderes sancionatorios y los poderes no sancionatorios de la administración.

1.2.2. España

En primer lugar, es fundamental cuestionarse si existe o no en este ordenamiento español el poder de imperio para imponer las cláusulas excepcionales al derecho común. A este cuestionamiento se responde afirmativamente. El tratadista Güecha¹⁸ lo ilustra de la siguiente manera:

“Desde el siglo XIX, la Administración gozó de prerrogativas, que le permitían facultades unilaterales dentro de los contratos que celebraba, lo que implicaba que en caso de incumplimiento, la misma podía obligar a través de medios coercitivos al cumplimiento del contrato y a la consecuente indemnización de perjuicios. Estas facultades dejan ver un claro antecedente de las denominadas cláusulas exorbitantes que conocemos actualmente en la medida del otorgamiento de prerrogativas especiales a una de las partes del contrato, como es la Administración, para tomar ciertas decisiones que no son comunes al derecho de los contratos entre particulares; prerrogativas que no solo dependían de la voluntad de las partes del mismo, sino de la voluntad del legislador, en la medida en que las otorgaba a la

¹⁸ GÜECHA, Óp. Cit., p 13

Administración¹⁹ y que en nuestro ordenamiento nos permitirían hablar de la declaratoria de caducidad del contrato por incumplimiento o la imposición de multas por los retardos injustificados en el cumplimiento del mismo”

Así las cosas, para determinar cuáles son las cláusulas exorbitantes contempladas por la legislación española, se debe hacer un breve análisis de la normatividad aplicable.

En un inicio y mediante el Real Decreto del 11 de junio de 1886, se le otorgó a la Administración la facultad especial para resolver aquellas dudas que se pudieran generar respecto del cumplimiento del contrato. Esto constituye un claro antecedente de la hoy conocida como cláusula de Interpretación Unilateral. Estas potestades también figuraron en diferentes leyes y decretos posteriores tales como: la Ley de contratos (Ley 13 de 1995), modificada por el Real Decreto Legislativo 2 de 2000, vigente hasta el año 2008, en donde se especificaron diferentes temas, que si bien estaban en la ley anterior, se hicieron más contundentes (nota 2) ^{II}. En el art. 59 del Real Decreto se consagró que:

“Dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley, el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, acordar su resolución y determinar los efectos de ésta.

¹⁹ “VILLAR PALASÍ y VILLAR ESCURRA. *Principios de Derecho Administrativo, T. III, Universidad de Madrid, Madrid España 1984.*, pág. 26 dicen: 'su origen no está en el pacto con el particular, sino en el apoderamiento que la ley hace a la Administración de todas esas prerrogativas'."Citado en el texto de Güecha Medina previamente citado.

Los acuerdos correspondientes pondrán fin a la vía administrativa y serán inmediatamente ejecutivos (...)”

La ley 30 de 2007, en su libro IV, título I, capítulo II, consagra las Prerrogativas de la Administración Pública en los contratos administrativos, enunciando sus facultades de imperio en idéntica manera a la contenida en el art. 59 del Real Decreto, ya transcrito. Si se comparan estas prerrogativas, con las consagradas en la normatividad colombiana, se puede concluir que equivalen a los denominados Principio de Interpretación, Modificación y Terminación Unilateral, señalados en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 y no modificados por la Ley 1150 de 2007.

En consecuencia, la ley de contratos española contempla como potestades exorbitantes, las arriba reproducidas indicando adicionalmente que, *“Los pliegos o el documento contractual podrán prever penalidades para el caso de cumplimiento defectuoso de la prestación objeto del mismo o para el supuesto de incumplimiento de los compromiso”*.²⁰ Bajo ese entendido, estas medidas sancionatorias que dependen de la voluntad de las partes, no se entienden como cláusulas exorbitantes.

1.2.3. Argentina

En Argentina las cláusulas exorbitantes son muy parecidas a las contenidas en la ley 80 de 1993. Así, en el artículo *5º del Decreto 666/2003* el cual sustituyó el artículo 12 del Decreto

²⁰ Ley 30 de 2007. Artículo 196

1023 de 2001²¹ se incluyeron como “*facultades y obligaciones de la autoridad administrativa*” las siguientes:

“a) La prerrogativa de interpretar los contratos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, decretar su caducidad, rescisión o resolución, y determinar los efectos de éstas. Los actos administrativos que dicten en consecuencia tendrán los caracteres y cualidades otorgados por el artículo 12 de la Ley 19.549. La facultad de modificación deberá ser utilizada en forma razonable; cuando la modificación exceda en un VEINTE POR CIENTO (20%) en más o en menos del monto total del contrato, y la misma no sea aceptada por el cocontratante, el contrato deberá ser declarado extinguido sin culpa de las partes. Las ampliaciones no podrán exceder del TREINTA Y CINCO POR CIENTO (35%) del monto total del contrato, aun con consentimiento del cocontratante.

La revocación, modificación o sustitución de los contratos por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, no generará derecho a indemnización en concepto de lucro cesante;

b) El poder de control, inspección y dirección de la respectiva contratación;

²¹ Decreto 1023/2001. Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional. Régimen General. Contrataciones Públicas Electrónicas. Contrataciones de Bienes y Servicios. Obras Públicas. Disposiciones Finales y Transitorias. Bs. As., 13/8/2001.

c) La facultad de imponer penalidades de las previstas en el presente Régimen a los oferentes y a los cocontratantes, cuando éstos incumplieren sus obligaciones.

d) La prerrogativa de proceder a la ejecución directa del objeto del contrato, cuando el cocontratante no lo hiciera dentro de plazos razonables, pudiendo disponer para ello de los bienes y medios del cocontratante incumplidor.

e) La facultad de inspeccionar las oficinas y los libros que estén obligados a llevar los cocontratantes.

En el país que se analiza, las cláusulas exorbitantes no determinan la naturaleza del Contrato Estatal. Tendrá esta calidad cuando el objeto del mismo vaya dirigido o esté relacionado con la función estatal o administrativa. Ilustra lo ha afirmado la Dra. Iñiguez de Salinas²² en su texto:

“Se está frente a un contrato administrativo propiamente dicho por razón de su objeto cuando tratándose de una prestación a cargo del contratante, dicha prestación se relaciona directa o indirectamente con alguna de las funciones esenciales o específicas del Estado, con los fines públicos, propios de éste”

Así las cosas, en España, Argentina y Colombia, en la actualidad, las cláusulas exorbitantes, no determinan la naturaleza del contrato estatal, haciendo diferencia entre un contrato administrativo y uno de derecho privado de la administración. Tampoco determina

²² IÑIGUEZ DE SALINAS, Elizabeth. Contratos administrativos.
http://www.tribunalconstitucional.gob.bo/descargas/articulos/ca_eis.pdf.

la competencia entre la jurisdicción contencioso administrativa y la jurisdicción ordinaria. Están consagradas expresamente en la Ley y no son de libre pacto entre los contratantes.

1.2.4. Chile

En lo que respecta a la legislación chilena, es preciso comentar brevemente para comprender que a diferencia de Colombia, en Chile no se tiene un estatuto general de contratación sino que, por el contrario, existen un buen número de legislaciones que conforman un paquete normativo que rige la gestión contractual.

Es por medio de leyes y decretos aislados, que se determina puntualmente lo que se debe hacer en cada caso específico, para cada tipo de contrato. Por esto, cada normativa que contenga un determinado tópico, debe estipular como aplica para ese caso concreto los aspectos generales y comunes a algunos otros. Verbigracia, algunos de los asuntos generales son, el registro de contratistas, su clasificación, procedimientos en general y un glosario, para comprender el significado de ciertas palabras, contextualizado al caso en el que se encuentra. Un ejemplo de lo anterior, es el Decreto 75 publicado el 1 de diciembre de 2004, en el que se desarrolla todo lo concerniente al reglamento para obras públicas y se ocupa detalladamente de asuntos como las calidades mínimas de las obras, al igual que de procedimientos y temas generales aplicables a otros contratos, como lo es el puntaje que obtendría el contratista dentro de una licitación.

Al igual que en nuestra legislación, el Decreto 75 de 2004 se ocupa, entre otros temas, de la posibilidad que tiene la administración para modificar y terminar los contratos. Tales

facultades, se consagran en los artículos 146²³ y 148²⁴, respectivamente en donde solo se refiere a contratos de obra y expone que la Entidad, tiene el derecho para hacerlo por sí y ante sí, sin la necesidad de contar con la voluntad del contratista. Esto las convierte en prerrogativas que desequilibran la relación contractual. Se ve entonces con claridad, como respecto de los contratos de obra la ley chilena, solo consagra esas dos facultades, preservando al máximo la autonomía de voluntad entre los contratantes.

Por su parte, Ley 19.886 de 2003, señala las facultades de la Administración, respecto de los contratos de suministro y prestación de servicios exclusivamente (Nota 3)^{III}, consagrando en su Art. 13, la posibilidad que tiene la Administración de modificar y terminar los contratos, forma unilateral sin la necesidad de contar con la voluntad del cocontratante. De acuerdo con esta Ley,

“Los contratos administrativos regulados por esta ley podrán modificarse o terminarse anticipadamente por las siguientes causas:

- a) La resciliación o mutuo acuerdo entre los contratantes.*
- b) El incumplimiento grave de las obligaciones contraídas por el contratante.*
- c) El estado de notoria insolvencia del contratante, a menos que se mejoren las cauciones entregadas o las existentes sean suficientes para garantizar el cumplimiento del contrato.*
- d) Por exigirlo el interés público o la seguridad nacional.*

²³ Republica de Chile. Decreto 75 de 2004. Art. 146. “podrá modificar el programa de trabajo, indemnizando, si procede, al contratista por los perjuicios que esta medida pueda ocasionarle,”

²⁴ Republica de Chile. Decreto 75 de 2004. Art. 148 “La Dirección tiene derecho a poner término anticipadamente a un contrato, o a ordenar la paralización de la obra, cuando no haya fondos disponibles para llevarla adelante, o cuando así lo aconsejen sus necesidades.”

e) Las demás que se establezcan en las respectivas bases de la licitación o en el contrato. Dichas bases podrán establecer mecanismos de compensación y de indemnización a los contratantes. Las resoluciones o decretos que dispongan tales medidas deberán ser fundadas.”²⁵

Se puede colegir de estos dos ejemplos, como en Chile, si bien no existe un estatuto único, en cada una de las leyes o decretos que se refieran a la contratación, se presentan potestades excepcionales en virtud de las cuales, la Administración puede hacer de juez y parte de la misma causa.

Sin embargo, respecto de la aplicación de las potestades y en comparación con Colombia, Chile solamente consagra dos de potestades que se encuentran en la Ley 80/93, y que contempla una figura exclusivamente de sanción, con varias similitudes a la caducidad, pero que a fin de cuentas, mantiene la característica de sanción, por lo que no son asemejables en este punto dado que, como se explicará, en nuestro país la caducidad no tiene como objetivo sancionar al contratista, sino salvar y desarrollar el proyecto.

En ese estado de cosas, la legislación chilena, tiene una posición moderada respecto a las prerrogativas exorbitantes dado que solo consagra dos potestades que rompen la igualdad entre las partes, generando una competencia real y equilibrada. Lo anterior, sin dejar de lado el reconocimiento y la importancia que tienen dichas facultades en la legislación, en casos en donde sea prioritario.

1.2.5. Inglaterra y en general el sistema del Common Law

²⁵ Artículo 13. Ley 19.886. Publicada el 30 de Julio 2003

Como bien se ha visto la figuras de las cláusulas exorbitantes o potestades excepcionales tienen su origen básicamente en el derecho francés, se considera de gran importancia hacer una breve referencia al derecho inglés para establecer si existe o no algún tipo de potestades en dicho sistema.

Es importante establecer, en primer lugar, que en el derecho inglés los contratos que celebra la Corona no son considerados como contratos administrativos y se rigen básicamente por las normas del derecho común y las posibles controversias suscitadas entre las partes, hasta 1968, son resueltas por los Tribunales Ordinarios. Sin embargo en el año de 1968, debido a ciertas medidas que eran tomadas por la Corona tales como el poder de policía propio de un Estado, dejaba en últimas, sin eficacia al contrato y el contratista se encontraba en una situación en la que no se le podían garantizar sus derechos contractuales, por tal motivo se creó un organismo denominado “*Review Board for Government Contract*”. A partir de este momento, dicho organismo, se encarga de solucionar cualquier tipo de conflicto o controversia que eventualmente pueda surgir en la ejecución de un contrato estatal, así mismo ejerce ciertas funciones consultivas para la Corona.

Sin embargo, no hay referencia expresa alguna, y por la misma esencia del sistema del Common Law, mediante la cual se exponga la posibilidad que tiene la Administración para imponer de manera unilateral algún tipo de cláusula exorbitante al contratista, además esto se debe a que, como se expuso previamente, dichos contratos se rigen exclusivamente por el derecho común.

Una vez revisada la normativa existente en los países escogidos, por su importancia e influencia, se observa la existencia de significativas diferencias en las normativas, pero también la concurrencia en el tratamiento de aspectos de profunda importancia dentro de la figura. En efecto, es incuestionable que en todos los regímenes estudiados, las cláusulas exorbitantes son excepcionales al derecho común de los contratos y, por tanto su consagración es taxativa a nivel normativo y de prohibido pacto entre los particulares, salvo los casos especiales de la Ley 142/94. Igualmente ha sido motivo de debate si su utilización marca la diferencia entre un contrato administrativo y un contrato privado de la administración, llegando mayoritariamente a una conclusión negativa, vale decir que, de su inclusión, no se deriva este efecto y por ende, tampoco el de la jurisdicción aplicable. En Colombia, como se analizará en detalle, en la legislación vigente, es Contrato Estatal todo aquel en el que se vea involucrada una entidad pública, incluso si su régimen es privado y los conflictos que de él surjan irán todos al conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Es interesante vislumbrar, de la comparación de legislaciones, que existen tendencias particulares en lo que se refiere al tratamiento de la cláusula de multas o de la aplicación de la penal pecuniaria, que tienen origen en la legislación Civil y Comercial, aspecto que genera gran controversia en la contratación de nuestro país y que ha sido objeto de debates y orientaciones diversas a lo largo del desarrollo legislativo y principalmente el jurisprudencial. Todo esto será objeto de estudio en los capítulos subsiguientes, y su tratamiento enriquecerá el presente trabajo.

2. ANTECEDENTES DE LAS CLÁUSULAS EXCEPCIONALES EN EL DERECHO CONTRACTUAL ESTATAL COLOMBIANO –DECRETO 150 DE 1976 Y DECRETO 222 DE 1983.

Casi desde principios del siglo XX se plasmó normativamente la diferenciación entre los ámbitos público y privado, cada uno con sus propias especificidades y regulaciones. Con la ley 110 de 1912, contentiva del Código Fiscal Nacional, se instauró, por ejemplo, la obligatoriedad de un régimen de selección de contratistas por licitación pública para ciertos contratos como el de venta y arrendamiento de bienes nacionales y aquellos dirigidos a la adquisición de cosas indeterminadas de cierto género. En la Ley 61 de 1921 se definió también para los contratos que celebrase el Gobierno sobre la adquisición *“de toda clase de materiales para los diversos ramos del sector público, así como para la prestación de servicios, tales como los de transporte y los manuales, que no pueden hacerse por administración”*(Artículo 8º). Posteriormente se exigió el procedimiento de licitación pública para los contratos de conducción de correo nacionales a través de la Ley 106 de 1931. Para el año de 1959 se reglamentó el procedimiento de las licitaciones por medio del Decreto Extraordinario 2880.

En lo que hace específica relación al tema materia de este trabajo, se tiene que la Ley 53 de 1909 consagró por primera vez la cláusula de caducidad administrativa para los contratos de obra, normativa esta que repitió el Código fiscal Nacional de 1912 para todos los contratos que tuviesen por objeto la construcción de obras o la prestación de servicios en los eventos de quiebra del contratista o muerte del mismo. La Ley 4º de 1964 en su artículo

4° consagró como obligatoria la cláusula de caducidad para los contratos de obra pública, previsión esta que fue traída también por la Ley 36 de 1966. Posteriormente en el Decreto Extraordinario 3130 de 1968 se admiten de forma clara y contundente el pacto de las cláusulas exorbitantes al derecho común en los contratos que celebre la Administración, entre ellas la de caducidad.

Todas estas normas así como las relativas, en general a la Contratación del Estado, fueron sistematizadas, ampliadas y regladas por primera vez en un Estatuto Único que fue el Decreto Extraordinario 150 de 1976 antesala a su vez del Decreto Extraordinario 222 de 1983, normativas estas propias de la estructuración estatal de la Constitución de 1886.

2.1. Decreto 150 de 1976

Si bien, como se observó, la historia de la contratación estatal específicamente la relativa a las cláusulas exorbitantes al derecho ordinario antecede a la expedición del Decreto 150 de 1976, este se considera como un interesante punto de partida para visualizar y comprender mejor las características generales de lo que era el estado del arte en las etapas anteriores a la expedición de la Ley 80 de 1993 y por ende a la 1150 de 2007.

Así las cosas, el mencionado decreto respondiendo a la estructura de la Constitución de 1886, fue él que en primer término unificó al menos parte de la regulación contractual pública, al referirse de manera amplia a principios, procedimientos, cláusulas exorbitantes y algunos requisitos de la contratación en el ámbito nacional. Es de ilustrar que para el momento, los Códigos Fiscales regulaban el tema contractual público en los ámbitos departamental y municipal situación esta que, en veces, generó contradicciones con el nivel

nacional e incluso entre los diferentes niveles territoriales, produciendo pluralidad de normativas que complicaban enormemente su aplicación. Por tal razón, la importancia que se atribuye al decreto en comento que englobó en un solo estatuto la regulaciones contractuales públicas, incluyendo regímenes aplicables a todas las Entidades Estatales, Establecimientos Públicos y a las Empresas con capital de la Nación superior al 90%. Igualmente se reguló lo relativo a la selección de contratistas, Licitación Pública y Concurso de Méritos, contratos de obra, así como las cláusulas obligatorias al derecho común.

En lo que tocante a este último tema el decreto, en su artículo 67²⁶ establecía que los conceptos y desarrollos descritos en ese compilado, *“sólo son aplicables a los contratos señalados en el inciso anterior; las demás clases de contratos, continuarán rigiéndose por las normas generales o especiales vigentes para los mismos.”* Esta diferenciación hecha por la norma refleja aquella antigua clasificación entre contratos administrativos y de derecho privado de la administración que, posteriormente, se desarrolla a cabalidad en el Decreto- Ley 222 de 1983, que en su artículo 47 consagra como cláusulas obligatorias *“las relativas a caducidad administrativa, sujeción a la cuantía y pagos a las apropiaciones presupuestales; garantías; multas; penal pecuniaria, y renuncia a reclamación diplomática”*²⁷.

²⁶ Decreto 150 de 1976. Artículo 67. *“DE LAS CLASES DE CONTRATOS. Según el objeto para el cual se celebren, los contratos pueden ser de obras públicas, de suministros, de compraventa o permuta de inmuebles, de arrendamiento, de prestación de servicios, de venta de bienes muebles, de donación y para la recuperación de bienes ocultos.*

Las normas del presente estatuto sólo son aplicables a los contratos señalados en el inciso anterior; las demás clases de contratos, continuarán rigiéndose por las normas generales o especiales vigentes para los mismos.”

²⁷ *Ibíd.*, Artículo 47.

Para comentar por interesante y peculiar se tiene que la posibilidad de terminar el contrato unilateralmente, no se consagró en el decreto en estudio como cláusula exorbitante no obstante lo cual, mediante fallo del Consejo de Estado, del 11 de mayo de 1990 se establece que “(...) *aunque nada haya dicho el citado Decreto 150 sobre terminación por razones de conveniencia o de interés público, forma autorizada posteriormente por el artículo 19 del Decreto 222 de 1983 en armonía con el artículo 8° de la Ley 19 de 1982, la administración también podía hacerlo en aquel entonces haciendo prevalecer el interés general sobre el particular. En tal evento, el contratista debía ser indemnizado por virtud del rompimiento del principio de la igualdad frente a las cargas públicas, aunque no mediara culpa ni incumplimiento de la administración.*”²⁸ (Subrayado fuera de texto). Esta consagración jurisprudencial parecería exceder las facultades propias de un juez, pues no se estima posible consagrar una prerrogativa excepcional de la Administración en los contratos por esta vía.

2.2. Decreto 222 de 1983

La Ley 19 de 1982 fue la base para la expedición del Decreto Extraordinario 222 de 1983, normativa que continuó con la filosofía del derogado decreto anterior reproduciéndolo en buena parte pero aclarándolo y ampliándolo en aquellos puntos preceptuados por la Ley 19 previamente citada.

Uno de los aspectos fundamentales de este estatuto fue el de diferenciar con toda claridad y radicalidad los denominados contratos administrativos de aquellos de derecho privado de la

²⁸ Consejo de Estado. Sección III. Sentencia del 11 de mayo de 1990. Rad 4217. C.P: Carlos Betancur Jaramillo.

Administración. Bien vale la pena citar parte de la ponencia que para el primer debate llevó el, en ese entonces senador y hoy profesor emérito, Dr. Jaime Vidal Perdomo al señalar:

*“En primer término, se define como contratos “propiamente administrativos” los de obras, los de suministro, los de prestación de servicios, y los de explotación de bienes del Estado. Los otros se denominan, como lo hace la teoría jurídica, “contratos de derecho privado de la Administración”. Ellos están sometidos al derecho privado (civil, comercial o laboral) según su naturaleza. No obstante, cómo el trámite de expresión de la voluntad administrativa para la celebración de contratos y el de adjudicación suponen la puesta en marcha de normas de derecho público, se advierte, si ella da lugar a la expedición de actos administrativos, estos quedan sometidos a los recursos del procedimiento gubernativo”.*²⁹

Teniendo en cuenta que este decreto rigió bajo la vigencia del Estado monopólico público, al que tantas veces se ha hecho referencia y reconociendo la importancia del ejercicio de unificación y regulación realizado por el decreto extraordinario que se comenta, es de indicar que también adoleció de un excesivo reglamentarismo y de un perfil tramitológico y formal que complicó y alargó innecesariamente el desarrollo de la Contratación Estatal, aspectos que fueron posteriormente morigerados por la Ley 80 de 1993, obviamente perteneciente a la orientación estatal competitiva. Así las cosas, se diseñaron

²⁹ Anales del Congreso número 119 diciembre 16 de 1980.

procedimientos como el de la urna triclave³⁰ para depositar las ofertas en las licitaciones, en búsqueda de garantizar el principio de transparencia (numeral 5° artículo 30) que finalmente no lograba por sí solo protegerlo. Así mismo, los principios de igualdad, moralidad y transparencia pretendieron protegerse a través de la figura de fraccionamiento de contratos prohibiéndose la suscripción de dos o más de ellos con la misma persona y dentro de los seis meses siguientes. Lo que se observó fue que los funcionarios dejaban pasar un poco más de ese término y con ello, cumpliendo la ley de manera formal, violaban flagrantemente la transparencia dividiendo artificialmente las contrataciones sin que se les pudiese indilgar responsabilidad alguna (artículo 56)³¹.

Estas formalidades que claramente no impactaron beneficiosamente la Contratación Estatal en lo esencial, fueron posteriormente reemplazadas por los principios consagrados en el artículo 209 de la Constitución de 1991 y que fueron la base de la Ley 80 de 1993.

Como se dijo, el D. 222/83 clasificó los contratos y enlistó los denominados administrativos, en su artículo 16³², igualmente tal y como lo consagró el artículo 17, esta

³⁰ Decreto – Ley 222 de 1983. Artículo 30 #5 “*las propuestas se recibieran en sobre cerrados y sellados dentro del plazo fijado para la licitación. Se depositarán en una urna previamente cerrada y sellada, que tendrá tres (3) cerraduras distintas cuya apertura, para cada una, será responsabilidad respectivamente del jefe del organismo o su delegado, del Secretario general del mismo o su delegado y del Auditor fiscal o su delegado, quienes por tanto serán los únicos tenedores legítimos de cada llave.*”

³¹ *Ibíd.*, p.32 Artículo 56. “*queda prohibido fraccionar los contratos cualquiera que sea su cuantía. Hay fraccionamiento de contratos cuando se suscriben dos o más contratos entre las mismas partes, con el mismo objeto, dentro de un término de seis (6) meses.*”

³² *Ibíd.*, p.32 “*Son contratos administrativos:*

1. Los de concesión de servicios públicos; 2. Los de obras públicas; 3. Los de prestación de servicios; 4. Los de suministros; 5. Los interadministrativos internos que tengan estos mismos objetos; 6. Los de explotación de bienes del Estado; 7. Los de empréstito; 8. Los de crédito celebrados por la Compañía de Fomento cinematográfico -FOCINE-; 9. Los de conducción de correos y asociación para la prestación del servicio de correo aéreo; y 10. Los que celebren instituciones financieras internacionales públicas,

clasificación determinó la jurisdicción competente para conocer las controversias puesto que las suscitadas dentro de un contrato administrativo, fueron conocidas por la Jurisdicción Contencioso Administrativa, mientras que las provenientes de los denominados de derecho privado de la administración, fueron de competencia de la jurisdicción ordinaria. Esto tuvo gran relevancia, pues la razón de esta diferencia, significaba concretamente que los primeros, por su importancia en el interés general, requerían una especial vigilancia y control, pues se relacionaban directamente con lo público, mientras que los segundos, no. Ahora bien, si se incluía la cláusula de caducidad era del resorte de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.³³

El artículo 60 del Decreto extraordinario en análisis, señaló las cláusulas que forzosamente debían contener los contratos señalando que ellas eran ***“las relativas a caducidad administrativa; sujeción de la cuantía y pagos a las apropiaciones presupuestales; garantías, multas, penal pecuniaria, y renuncia a reclamación diplomática cuando a ello hubiere lugar.”*** De igual manera este artículo puntualizó que *“(…) en los contratos administrativo y en los de derecho privado de la administración en que se pacte la*

entidades gubernamentales de crédito extranjeras y los organismos internacionales, con entidades colombianas, cuando no se les considere como tratados o convenios internacionales.”

³³ *Ibíd.*, p.32 Artículo 17. “De la jurisdicción competente - *La calificación de contratos administrativos determina que los litigios que de ellos surjan son del conocimiento de la justicia contencioso administrativa; los que se susciten con ocasión de los contratos de derecho privado, serán de conocimiento de la justicia ordinaria.*

Parágrafo. *No obstante, la justicia contencioso administrativa conocerá también de los litigios derivados de los contratos de derecho privado en que se hubiere pactado la cláusula de caducidad.*

Igualmente, en los contratos de derecho privado de la administración, en cuya formación o adjudicación haya lugar a la expedición de actos administrativos, se aplicarán a éstos las normas del procedimiento gubernativo conforme a este estatuto, y las acciones administrativas que contra dichos actos sean viables, estarán sometidas a las. reglas de la justicia contencioso administrativa.”

caducidad, se incluirá como cláusulas obligatorias los principios previstos en el título IV de este estatuto.” (Terminación, Modificación e Interpretación Unilaterales, art. 18³⁴)

De lo dicho se pueden destacar varios comentarios, de utilidad para esta tesis. En efecto las garantías, las multas, la cláusula penal pecuniaria están específicamente denominadas como cláusulas exorbitantes al derecho común, así como la sujeción a la cuantía y pagos a las apropiaciones presupuestales, cláusulas éstas que no aparecen como excepcionales en la Ley 80/93, con los efectos que esto acarrea según se desarrollará más adelante.

Es necesario también indicar como, la figura de “incumplimiento” también estaba considerada como una cláusula exorbitante, de la cual se derivaba la posibilidad de cobrar la cláusula penal pecuniaria.

³⁴ *Ibíd.*, p.32. Artículo 18 “*Los contratos administrativos que se celebren con posterioridad a este estatuto, se rigen por los principios de terminación, modificación e interpretación unilaterales por parte de las entidades públicas que los suscriban, conforme a las disposiciones contenidas en los artículos siguientes.*”

3. LAS POTESTADES EXCEPCIONALES AL DERECHO COMÚN EN LA LEY 80 DE 1993, EN LA LEY 1150 DE 2007 Y REGLAMENTARIOS, SU IMPACTO EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL. TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL Y DOCTRINARIO. NUEVAS CLÁUSULAS ESPECIALES

En el presente capítulo, se analizará de manera más profunda la figura de las potestades excepcionales. En efecto, a partir de la nueva Carta Política se han expedido normas referentes a la Contratación Estatal que tratan específicamente el tema, como es la Ley 80 de 1993, normativa ésta que ha venido teniendo desarrollos a partir de la Ley 1150 de 2007 y sus Decretos Reglamentarios, en especial el 2474 de 2008. Este panorama legal plantea, en nuestro sentir, serios cuestionamientos que deben ser estudiados a fondo por el enorme impacto que tienen en la estructuración, ejecución y desarrollo de los negocios públicos, problemática que deviene no solamente de la norma y regulación misma sino de los, en veces, erráticos, confusos y polémicos pronunciamientos jurisprudenciales, frente a los cuales necesariamente debe tomarse una posición y fijar criterios claros que permitan repensar la figura de las cláusulas excepcionales en Colombia, su utilidad, su campo de aplicación y sus efectos en el manejo de la cosa pública.

3.1. Noción.

Dado el nuevo modelo constitucional del Estado colombiano de corte eminentemente competitivo, en el ámbito de la Contratación Estatal impera la aplicación del derecho

común; esto es, lo concerniente a la normatividad civil y comercial. Así las cosas, para lograr un entendimiento más profundo y coherente respecto de la regulación, es indispensable analizar lo ocurrido en 1991.

A partir del nuevo Estado estructurado en la Constitución de 1991, se dio un viraje frente a la Carta de 1886 y fundamentalmente, para el tema de estudio, en lo que se refiere a la prestación de servicios públicos. Con el mencionado cambio constitucional se hace una transición de un Estado Monopólico, donde el único que tenía la posibilidad de prestar los servicios públicos (hoy clasificados como domiciliarios), de manera exclusiva y excluyente era él mismo, a uno Competitivo en el que el particular se convierte en titular de su prestación, en libre concurrencia con todos los demás agentes económicos incluyendo el propio Estado.

En efecto, el artículo 333 de la Carta estableció en su texto la libre competencia económica como un derecho de todos; consagra a la Empresa como base de desarrollo de la economía. Fundamental en este artículo es la consagración del principio que dispone que toda actividad económica puede ejercerse de manera libre siempre y cuando se encuentren dentro de los límites del bien común. En el mismo cuerpo normativo, artículo 209, se señalan de manera precisa los Principios de la función administrativa que deben servir de guía y fundamento al ejercicio de la gestión estatal y principalísimamente de la contratación como medio para lograr los fines públicos.

El particular empieza a ejercer un papel fundamental en la actividad económica no solo en el ámbito privado, sino también en el público. Así las cosas, se observa como el artículo

365 de la Carta, en complemento de los ya citados, establece que si bien los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado y es su deber asegurar su prestación de forma eficiente, permite que sean prestados también por los particulares en condiciones de igualdad. Lo dicho es ilustrado de manera clara en la jurisprudencia. En el Auto 29745 el 18 de julio de 2007 del Consejo de Estado se ha expuesto:

“La Constitución de 1991 significó un gran cambio en cuanto se refiere a la concepción de servicios públicos, pues reconoce que el Estado y los particulares pueden concurrir, en condiciones de libre competencia, a su prestación, sin que ello signifique que renuncia a su condición de director general de la economía y garante del cumplimiento de la función social de la propiedad.”³⁵

Teniendo en cuenta el importantísimo cambio de orientación del Estado de monopólico a competitivo, se hizo menester que en la propia Carta fuese consagrado el artículo Transitorio 20 para poner en consonancia este nuevo rumbo, con la estructura estatal permitiendo con ello un desarrollo armónico y coherente de la sociedad. Resultante de lo anterior, en el año de 1992 y a través de la Consejería para la Modernización del Estado, se ajusta a la nueva realidad la estructura de la Rama Ejecutiva del poder público a nivel nacional a través de unos Decretos especialísimos con fuerza de Ley dictados por el Presidente de la República, sin pasar por el Congreso, para lo cual había sido autorizado por un periodo de dieciocho meses. Surtido el cambio constitucional y reestructurado el Estado se hizo urgente emprender la tarea de elaborar un Estatuto de Contratación que

³⁵ Consejo de Estado. Sección III. Auto del 18 de julio de 2007. Expediente: 29745. Consejero Ponente: Ruth Stella Correa Palacio

permitiera hacer realidad este nuevo planteamiento constitucional, como mecanismo que es de inversión pública y como el medio idóneo de mover la economía y la riqueza a través de los contratos y colaborar con el cumplimiento de los fines del Estado. El Consejo de Estado se ha pronunciado así:

*“En materia de contratación estatal, la situación vigente no es distinta, en tanto la Ley 80 de 1993, se expidió como respuesta a una nueva concepción constitucional del Estado en su relación con los particulares que percibe la necesidad de éstos para el cumplimiento de sus fines, estableciéndose entonces una relación de derecho económico que requiere así mismo de criterios de igualdad, entre dos de sus actores más importantes, esto es, el Estado y el particular empresario, uno como garante de la prestación de los servicios públicos³⁶ y el otro como propietario o facilitador de los bienes necesarios para la prestación de tales servicios y que ve en las necesidades del Estado otro campo de inversión del cual puede derivar beneficios económicos, para lo cual, la ley introdujo a la contratación estatal el concepto de autonomía de la voluntad”.*³⁷

Como ya se ha indicado, para la época previa a la expedición de la nueva Carta se encontraba en vigencia el Decreto- Ley 222 de 1983, que obedecía a la estructura monopólica del momento, norma extensa, reglamentarista, tramitológica, formal, contentiva de evidentes controles previos así como a todo lo largo y ancho del proceso

³⁶ Artículo 365 de la Constitución Política

³⁷ Consejo de Estado. Sección III. Sentencia del 20 de octubre de 2005. Rad. 14579. Consejero ponente: Germán Rodríguez Villamizar.

contractual y, principalmente de contenido altamente exorbitante y con fuertes y amplios poderes de imperio para el Estado.

Es en el año de 1993 cuando, como respuesta a lo anteriormente enunciado y a la urgente necesidad de darle a Contratación la orientación requerida para hacer del Estado una organización eficiente y eficaz, en el adelanto de negocios productivos y buscando altos índices de competitividad en el mercado, se expide la Ley 80, cuya característica fundamental es la de ser una norma de principios y no de trámites y formalidades, basada en la autonomía de la voluntad, la igualdad, la garantía de reglas homogéneas entre las partes y en el seguimiento de lo ordenado por el artículo 209 Superior, obviamente todo ello sin olvidar el interés general que caracteriza la actuación pública.

Como resultado de lo dicho, se consagró en el artículo 13³⁸ de la Ley 80, a nuestro juicio, uno de los más importantes de la nueva Ley, y que aun se encuentra vigente después de la expedición de la Ley 1150 de 2007, en lo pertinente, que la norma aplicable a la contratación estatal sería la misma vigente para los particulares en competencia, vale decir, el Código Civil y de Comercio. Es así, como de la simple lectura del artículo citado se puede concluir sin mayor dificultad que la norma aplicable a la Contratación Estatal, por obvias razones de competencia, es el Derecho Común, salvo lo expresamente consagrado en la Ley 80/93 y demás normas que la complementan y adicionan. Contiene pues aquellos

³⁸ Ley 80 de 1993. Artículo 13. “De la Normatividad Aplicable a los Contratos Estatales. Reglamentado parcialmente por los Decretos Nacionales 1896 y 2166 de 1994. Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2 del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta Ley”. (subrayado fuera de texto)

temas no contemplados en la legislación ordinaria y que tienen relación directa con la salvaguarda del interés general a cargo del Estado.

Con respecto a este tópico el tratadista José Luis Benavides³⁹ se ha referido en su libro de “*el Contrato Estatal*” de la siguiente manera:

“(...) la Ley 80 no se limita a reconocer la importancia del derecho privado sino que se prescribe que éste es el derecho común de los contratos estatales. El artículo 13 de la ley, sobre “la normatividad aplicable a los contratos estatales”, lo establece de manera perentoria: “Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2° del presente estatuto, se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas por esta ley”.

El derecho público se convirtió así en el derecho aplicable por excepción, y la lógica del contrato se vio profundamente modificada para abrir mayor campo a la comercialidad”

Así las cosas y en términos muy generales, la Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007 y sus respectivos decretos reglamentarios hacen referencia a los siguientes temas, no incluidos como se indicó, ni en el Código Civil ni en el Código de Comercio:

- Capacidad.
 - Régimen de inhabilidades e incompatibilidades y conflicto de intereses
 - Registro Único de Proponentes.
 - Consorcios y Uniones Temporales.

³⁹ BENAVIDES, José Luis. “El Contrato Estatal”. Entre el derecho público y el derecho privado. Segunda edición. Universidad Externado de Colombia, 2004. Pp., 78.

- Selección objetiva de contratistas.
 - Licitación pública
 - Contratación directa
 - Concurso de méritos
 - Selección abreviada
- Ejecución del contrato
 - Potestades excepcionales y nuevas cláusulas especiales
 - Manejo económico del contrato.
- Mecanismos de solución directa y alternativa de controversias.
 - Conciliación
 - Transacción
 - Amigable composición
 - Arbitramento

El artículo 14 (nota 4)^{IV} de la Ley 80/93, que valga precisar, no sufrió ninguna modificación con la expedición de la ley 1150 /07, señala cuales son taxativamente las cláusulas exorbitantes y que, por evidentes razones no se encuentra ni en el Código Civil ni en el Código de Comercio, rompiendo el principio de igualdad y de autonomía de la voluntad de las partes en los contratos.

Igualmente el mencionado artículo determina en que tipos de contrato el pacto de las potestades excepcionales es obligatorio, en cuáles de ellos aparecen de manera facultativa por voluntad de la Administración, y por último en cuáles de ellos está prohibido. El punto

de interés aquí está en definir qué pasa con todos los contratos que no están listados ni como prohibidos, ni como facultativos, ni como obligatorios. Se estima que debido al carácter excepcional de las cláusulas, aquellos contratos no mencionados en la ley se entenderá que estas potestades son de pacto prohibido.

Con relación a la excepcionalidad y la exorbitancia, la Ley 80 introdujo un cambio ideológico en la terminología utilizada. Para entender dichos conceptos es necesario remitirnos a la Real Academia Española de la Lengua la cual define exorbitante como “*exagerado y excesivo*” mientras que el término excepcional es entendido como una “*cosa que se aparta de la regla o condición general de las demás de su especie*”⁴⁰. Estas definiciones se encuentran acorde con la ideología de cada una de las orientaciones normativas. En efecto, en el Decreto 222 de 1983 se utilizaba el término “cláusulas exorbitantes” puesto que por el tipo de Estado, como se indicó, el Estado ejercía un mayor poder de imperio propio del ejercicio de su monopolio. Luego de la Constitución de 1991 el principio de igualdad se hace esencial como base de la competencia y, en tal virtud, las denominadas “cláusulas exorbitantes” pasaron a denominarse “potestades excepcionales” al derecho ordinario.

Por lo anterior y bajo el entendido que las potestades excepcionales constituyen lo especial, es necesario concluir que para que sean extrañas a lo general, debían ser perfectamente

⁴⁰ Real Academia de la lengua Española. Vigésima segunda edición

determinadas, esto es que la ley las consagre taxativamente. Así el Consejo de Estado en reciente fallo⁴¹ las ha definido de la siguiente manera:

“En otros términos, los poderes exorbitantes son facultades regladas que emanan del poder público y se originan en la ley, con fundamento en las cuales la Administración puede dirigir, controlar, interpretar, modificar, terminar, sancionar y caducar, en forma unilateral, el contrato, los cuales deben ejercerse mediante actos administrativos motivados, de conformidad con un procedimiento establecido y dentro de ciertos límites fijados por el orden jurídico.”

Tal y como fue mencionado anteriormente, la utilización de potestades excepcionales, al implicar una limitación al ejercicio de la autonomía de la voluntad y ser causante de algún tipo de desigualdad entre las partes, deben estar dictadas expresamente por la ley. Es por esto que, como previamente se anotó, en el art. 14 de la Ley 80/93, se citan de manera taxativa estas potestades indicando que son las siguientes: caducidad; principios de interpretación, modificación y terminación unilaterales; reversión y la de sometimiento a las leyes nacionales. Es de resaltar que la Ley 1150 /07 no hace ninguna modificación a esta lista y no le añade por tanto a la tipificación ninguna otra potestad, con las consecuencias lógicas que ello acarrea. A nuestro juicio en la actualidad no pueden existir bajo la categoría de potestades excepcionales ninguna otra que no se encuentre prevista en

⁴¹ Consejo de Estado. Sección III. Sentencia de 20 de noviembre de 2008. Rad. 17031. Consejero Ponente: Ruth Stella Correa Palacio

el artículo en cita, que bien podría haber sido modificado y adicionado por la Ley 1150 de 2007, pero no lo fue.

Comprendido lo que hasta el momento se ha mencionado, es tiempo de explicar y describir concretamente, cuáles son las calidades y características de las potestades excepcionales, logrando así un profundo entendimiento y desarrollo. Puesto que es trascendental manejar y conocer los elementos que componen las mencionadas prerrogativas.

3.2. Características

Una vez han sido definidas las potestades excepcionales y sus fundamentos han sido explicados, es necesario exponer aquellas cualidades especiales que esta figura posee, que finalmente será lo que le da su especial carácter diferenciándola de otro tipo de figuras.

a. Son de consagración taxativa en la ley.

Tal y como fue expuesto previamente, debido a que constituyen un régimen excepcional al derecho privado el cual, a partir de la expedición de la Ley 80 de 1993 y en desarrollo de los nuevos lineamientos de la Constitución de 1991, se ha convertido en el régimen general, es necesario que sean consagradas de manera taxativa. Es fundamental que el legislador defina de manera precisa aquellas circunstancias en las que una entidad contratante pueda ejercer dichas potestades. Es así como el artículo 14 mencionado expone con claridad cuáles son aquellas potestades que por ser esencialmente ajenas al derecho civil y comercial, se consagran como excepcionales.

La importancia de la taxatividad, se ve reflejada en diferentes fallos del Consejo de Estado en donde se indica que:

“Específicamente en materia de contratación estatal, campo de actuación de la Administración en el que las competencias también deben estar específicamente determinadas, ha sido una constante la exigencia del cumplimiento del principio de legalidad en el ámbito de las prerrogativas del Poder Público, a tal punto, que resulta inconcebible el ejercicio de una facultad exorbitante o excepcional que no esté expresamente atribuida por la ley; se trata pues, de facultades regladas que la Administración debe ejercer de conformidad con los procedimientos establecidos por el ordenamiento jurídico y respetando los límites impuestos por el mismo”⁴²

El anterior planteamiento está claramente resumido en el escrito elaborado por la doctora Palacio Jaramillo quien sostiene que:

“Así las cosas y para ir dejando sentadas algunas conclusiones que creo de interés, es necesario indicar que las potestades excepcionales son precisamente eso: excepcionales, y por tanto su consagración debe constar no en el pacto sino en la ley, y tienen el fundamental carácter de ser taxativas y no meramente enunciativas. Si no fuese esta la pauta de oro, se convertirían

⁴² Consejo de Estado. Sección III. Sentencia 16 de febrero de 2006. Rad: 13414. Consejero Ponente. Ramiro Saavedra Becerra.

en regla general, perdiendo obviamente con ello su carácter de excepcional”⁴³

b. Tienen como objeto la salvaguarda del interés general.

La Constitución ha expuesto en su artículo 2° cuales son los fines⁴⁴ del Estado, es decir aquellos objetivos o motivos que deben ser obtenidos y preservados por el mismo. Para lograr dichos fines es necesaria la realización de cierta actividad estatal. Esta actividad se va a conformar por un conjunto de operaciones, facultades y tareas que le serán propias en pro del interés general. Las potestades excepcionales se ejercen no con el objeto de sancionar o disciplinar al contratista, aunque en algunas de ellas esto sea un efecto, sino para procurar que el proyecto contratado llegue a feliz término y cumpla el objetivo para el cual fue emprendido. Así las cosas, a través de estas facultades de excepción y en procura de proteger el interés colectivo la Administración logra la materialización del proyecto requerido y con ello se encamina a la consecución de los fines mismos del Estado. Esto ha sido expuesto por la Corte⁴⁵ de la siguiente manera:

“Como lo ha establecido esta Corporación “los contratos estatales no constituyen por sí mismos una finalidad sino que representan un medio para

⁴³ PALACIO JARAMILLO, María Teresa. Potestades excepcionales, nuevas prerrogativas de la administración pública y sus efectos en los procesos arbitrales. Ponencia: Jornadas de Contratación Estatal 2009. Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Bogotá, 2009.

⁴⁴ Constitución Política de Colombia. artículo 2. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo

⁴⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-1341 de 2001. M.P: Álvaro Tafur Galvis

“...la adquisición de bienes y servicios tendientes a lograr los fines del Estado en forma legal, armónica y eficaz...”⁴⁶”⁴⁷ 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 desarrollan a través de la contratación estatal mediante el reconocimiento a la Administración Pública, de un poder especial de orden administrativo”.

(Subrayado fuera de texto)

c. Son declaradas por medio de un Acto Administrativo motivado.

Las potestades excepcionales se materializan en un pronunciamiento escrito de la Entidad estatal que la ejerce (o del particular facultado para ello por la ley), denominado comúnmente como un acto administrativo de carácter particular y concreto en el que se plasma una decisión unilateral y exorbitante producida en ejercicio de la función administrativa, la cual se encuentra encaminada a producir efectos jurídicos. Por tanto serán actos administrativos emanados de la Administración, manifestando el poder de imperio del Estado. Tal y como lo señala

⁴⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-449/92. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero. Citada en Corte Constitucional. Sentencia T-1341 de 2001. M.P: Álvaro Tafur Galvis

⁴⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-154 de 1997. Magistrado Ponente: Hernando Herrera Vergara citada en Corte Constitucional. Sentencia T-1341 de 2001. M.P: Álvaro Tafur Galvis

la norma⁴⁸, estas deben ser declaradas mediante acto administrativo motivado, y es propio señalar que el artículo 14, tantas veces citado y no modificado, establece que contra dichos actos solo procede el recurso de reposición en vía gubernativa y la respectiva acción contractual en vía jurisdiccional. Desde ya se indica que los conflictos derivados de la aplicación de estas cláusulas no pueden ir a conocimiento de la jurisdicción arbitral según lo ha sostenido la Corte Constitucional en Sentencia C-1436 de 2000. De este tema nos ocuparemos en el capítulo siguiente. Todo lo anterior para mantener incólume el ejercicio del derecho de defensa y el debido proceso de aquel en quien ha recaído el ejercicio de la potestad de imperio.

El debido proceso es un derecho fundamental establecido en la Carta Política en el artículo 29 (nota 5)^V, y debe ser respetado en cualquier tipo de actuación administrativa.

Si bien las potestades están estatuidas con una finalidad específica, estas deben tener en cuenta siempre los derechos del contratista entre ellos, el derecho de defensa y el de contradicción, para así asegurar la eficacia y cumplimiento del debido proceso.

Al respecto, la Corte Constitucional en la Sentencia T-1341 de 2001 citada previamente, ha sostenido:

“Con las anteriores referencias se quiere significar que el ejercicio de las potestades excepcionales en materia contractual, comoquiera 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

⁴⁸ Ley 80 de 1993. Artículos 15 a 18.

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”

“(…) Por último, es importante resaltar que al ser el derecho al debido proceso un presupuesto esencial de la legalidad de las actuaciones y procedimientos administrativos, en los cuales se vea envuelta la garantía de la protección y realización de los derechos de las personas, su efectividad no puede apreciarse como algo estrictamente formal.

En efecto, el derecho al debido proceso satisface las exigencias que sean indispensables para asegurar la efectividad material de los derechos y de esta manera la prevalencia del derecho sustancial (CP, art. 288), fin esencial del Estado social de derecho (CP, art. 2o.). De esta manera, la garantía de la realización de una actuación o proceso adelantados en debida forma debe constituir una oportunidad material para que se otorgue adecuada protección de los derechos de las personas, mediante el ofrecimiento de todos los medios posibles y adecuados para lograr dicho fin.”⁴⁹. (Subrayado fuera de texto)

Y esto también ha sido reiterado por la misma Corporación de la siguiente manera:

⁴⁹ Corte Constitucional. Sentencia T-1341 de 2001. M.P: Álvaro Tafur Galvis

*“En materia contractual, la Sala manifiesta que el debido proceso debe ser observado teniendo en cuenta que, las actuaciones contractuales de las entidades estatales deben estar orientadas al cumplimiento de los fines estatales y constitucionales, y en consecuencia, dichos contratos, al servicio del interés general, “no constituyen por sí mismos una finalidad sino que representan un medio para “...la adquisición de bienes y servicios tendientes a lograr los fines del Estado en forma legal, armónica y eficaz...”⁵⁰”⁵¹ . En esta medida, constituye parte integral del respeto al debido proceso de los contratistas, que las actuaciones contractuales respondan a un interés general”.*⁵²

d. Están consagradas en normas de orden público.

La Ley que las consagra indica en que tipos de contratos su pacto es de carácter obligatorio, facultativo o prohibido; por tal motivo no es posible negociar sobre ellas sino solamente cuando la ley les otorga la calidad de facultativas (para el Estado), pero es menester aclarar que su negociación recae sobre su inclusión en el contrato no sobre la figura misma, ni sobre su aplicación.

⁵⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-449 de 1992. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero. Citada en la Sentencia T-677 de 2004. Corte Constitucional. M.P: Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁵¹ Corte Constitucional. Sentencia C-154 de 1997. Magistrado Ponente: Hernando Herrera Vergara. Citada en la Sentencia T-677 de 2004. Corte Constitucional. M.P: Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁵² Corte Constitucional. Sentencia T-677 de 2004. M.P: Marco Gerardo Monroy Cabra.

En respuesta a una consulta⁵³ realizada al Consejo de Estado este planteo lo siguiente:

“Las competencias derivadas del poder público, como son las propias de su condición de autoridad, son mandatos constitucionales o legales, y por consiguiente, irrenunciables; por tanto, aunque no lo exprese, dichas competencias no las pierde cuando asume la condición de entidad contratante porque ellas no son objeto de negociación a tal punto que el ordenamiento jurídico en asuntos contractuales, para algunos, incluido el de obra, las incorpora como cláusulas presuntas pese a que las partes no las consignen expresamente en el contrato (art. 14, numeral 2º, inciso segundo)”.

e. Su ejercicio tiene límites temporales

Así como el ejercicio de estas prerrogativas tiene límites materiales, también posee límites temporales. Es decir, que la ley consagra cuando pueden en el tiempo ejercerse dichas prerrogativas.

A esto se refiere, a modo de ejemplo, los artículos 15 y 16 de la Ley 80/93 en los que se establece que las potestades de interpretación y modificación serán ejercidas durante la ejecución del contrato. Esto quiere decir que es mientras se mantenga vigente el mismo, es decir que no haya terminado de forma normal ni anormal. Con mayor razón este límite se aplica al Principio de terminación Unilateral, puesto que no es posible terminar lo ya terminado.

⁵³ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consulta del diciembre catorce del año dos mil (2000). Rad. 1293. Consejero Ponente: Luis Camilo Osorio Isaza

El Consejo de Estado a este respecto manifiesta:

*“(…) Correlativamente, la administración estaba investida de función administrativa con relación a él, (cocontratista) dentro de unos límites entre ellos el temporal, el cual iba hasta la terminación normal del contrato: vencimiento del plazo o el cumplimiento del objeto del mismo; o hasta la terminación en forma anormal, por ejemplo aplicando la caducidad por incumplimiento.*⁵⁴

Lo anterior se puede explicar de la siguiente manera: las potestades excepcionales son ejercidas con ocasión de la función administrativa desplegada en una relación contractual y hasta la culminación de la misma. Por tanto, se puede afirmar que estas potestades solo pueden ser ejercidas mientras no haya terminado el contrato de forma normal o anormal. El tratadista Betancur Jaramillo se ha referido al límite temporal de la siguiente manera:

“Dentro del tema de los actos cabe hablar de la órbita de acción de la administración en este campo. Así, tanto la doctrina como la jurisprudencia han aceptado que la exorbitancia se manifiesta dentro de la operación contractual mediante la expedición de decisiones administrativas unilaterales o actos administrativos que, como ya explicamos, tienen un tratamiento especial dentro del código administrativo. También ha dicho la doctrina que esos poderes pueden

⁵⁴ Consejo de Estado. Sección III. Sentencia de 18 julio de 1997. Rad. 10703. Consejero Ponente: Juan de Dios Montes Hernández.

ejercerse desde la iniciación de la etapa precontractual hasta el vencimiento del contrato y que ellos encuentran su fundamento en la ley y en el contrato mismo”.⁵⁵ (Subrayado fuera de texto)

Con esto se quiere decir que no es posible interpretar, modificar, terminar ni tampoco caducar un contrato después del vencimiento del plazo para su ejecución. Este tema del límite temporal, ha sido bastantes veces tratado por la jurisprudencia del Consejo de Estado, en veces de manera desacertada en nuestro sentir.

Con relación a la cláusula de caducidad, el Consejo de Estado, a partir de la expedición de la sentencia del 13 de septiembre de 1999,⁵⁶ con Ponencia del doctor Ricardo Hoyos Duque, determinó que el límite temporal para declarar la caducidad podía ser incluso el de la liquidación del contrato; incurriendo con ello en un error desde nuestro punto de vista, por cuanto, cuando un contrato se está liquidando, es precisamente porque ya finalizó el plazo para su ejecución. Vale decir que si un acuerdo de voluntades se encuentra en proceso de liquidación, es precisamente porque ya ha terminado, si no fuese así, no se podría estar frente a una liquidación total, sino una parcial. No puede perderse de vista que la liquidación es una etapa destinada a hacer cuentas y determinar quien le debe a quien y cuanto, precisión que no es posible hacer, sino única y exclusivamente cuando el contrato que la origina ya se encuentra finalizado. Así las cosas y considerando que la caducidad tiene como uno de sus efectos el de terminar el contrato, sería absolutamente imposible

⁵⁵ BETANCUR JARAMILLO, Carlos. Derecho Procesal Administrativo. 4ª Edición, 1994, pág.201

⁵⁶ Consejo de Estado. Sección III. Sentencia de 13 de septiembre de 1999. Rad. 10264. Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque.

pretender su aplicación en una etapa posterior a la de su conclusión simplemente porque no se puede terminar lo ya extinto.

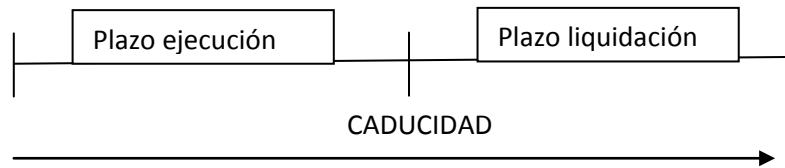
Para mayor claridad de lo aquí expuesto y siendo un aspecto de vital importancia, se estima que es fundamental citar el texto de la sentencia comentada así:

“El contrato que se celebra con el Estado tiene dos plazos: uno para la ejecución y otro para la liquidación y que no tiene jurídicamente el mismo alcance las expresiones contrato vencido y contrato extinguido, toda vez que frente al primero la administración tiene la potestad para exigir las obligaciones a cargo del contratista y evaluar su cumplimiento. La extinción del contrato por el contrario, se configura cuando éste ha sido liquidado, En este orden de ideas, no puede estar ausente en la etapa de liquidación del contrato la potestad de autotutela de la administración para declarar su incumplimiento.

(...)

Es verdad que vencido el plazo del contrato éste se coloca en la etapa de liquidación, pero no resulta razonable sostener que en esta fase la administración no pueda hacer de sus potestades sancionatorias frente al contratista, puesto que vencido el plazo del contrato es cuando la administración puede exigir y evaluar su cumplimiento y de manera especial definir si éste es satisfactorio; es cuando puede apreciar la magnitud de los atrasos en que incurrió el contratista.” (Subrayado fuera de texto)

Graficando lo que se plasma en la sentencia se tiene que:



Adicionalmente a lo comentado es necesario puntualizar con todo énfasis que ninguna de las potestades excepcionales, incluyendo la de caducidad, tiene como propósito sancionar al contratista sino garantizar la debida marcha y culminación del proyecto contratado, independientemente que la caducidad tenga, como uno de sus efectos, una sanción.

En adición a lo manifestado con anterioridad, existe otro argumento de igual o mayor calibre, que nos aparta sustancialmente de la tesis expuesta en la sentencia transcrita. El artículo 18 de la Ley 80/93, no modificado por la Ley 1150/07 puntualiza no solo que uno de los efectos de la caducidad es dar por terminado el contrato, como ya se explicó, sino que se aplicará cuando el incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista afecte *“de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie **que puede conducir a su paralización (...)**”*. De la lectura de este artículo, no queda otra salida que concluir, que la misión de la caducidad es evitar la afectación grave de la ejecución del contrato o su paralización. La única manera de evitar la paralización contractual es encontrar caminos para que el proyecto pueda continuar sin inconvenientes, y ello implica lógicamente, que el mismo no esté terminado.

Desde otro ángulo de visión, interesante es hacer referencia a otro pronunciamiento del Consejo de Estado emitido en el año 2008.⁵⁷ Efectivamente mediante sentencia del 20 de noviembre se establece un claro límite temporal para que la Entidad Administrativa pueda dictar una caducidad. (Nota 6)^{VI}.

Se puntualiza que no es posible decretar la caducidad, por una entidad durante el plazo de liquidación del contrato, sino durante el plazo para su ejecución, pues es precisamente en ese momento donde se deben cumplir de manera oportuna las obligaciones adquiridas y el objeto contractual.

Lo pertinente de la sentencia que se invoca comenta lo siguiente:

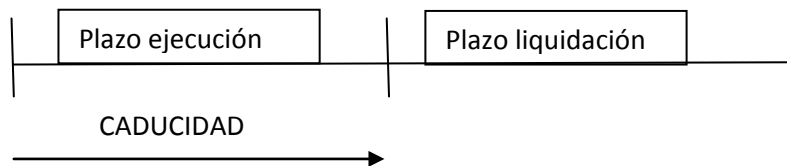
“La declaratoria de caducidad de un contrato por fuera del plazo de ejecución pactado en el contrato resulta ilegal, porque si dicho plazo ha finalizado, en ese estado, obviamente, es imposible que se presente la afectación grave y directa a su ejecución y la paralización del mismo exigida en la ley para su procedencia.

(...)Como se advirtió, la liquidación del negocio jurídico estatal no está instituida en la ley para sancionar al contratista con la caducidad del contrato, sino para efectuar un balance del estado en que quedaron los derechos y obligaciones de las partes y un corte económico de cuentas, declararse a paz y salvo en relación con las mismas y, por ende, para extinguirlo.

⁵⁷ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 20 de noviembre de 2008. Rad. 17031. Consejero Ponente: Ruth Stella Correa Palacio

En la etapa de la liquidación no es posible que se presente un incumplimiento de las obligaciones del contratista que pueda conducir a la paralización del contrato, toda vez que la etapa de ejecución del contrato se encuentra ya legal y convencionalmente terminada, precisamente, para que las partes puedan realizar ese corte de cuentas y el balance definitivo de las prestaciones a su cargo y así poder darlo por liquidado.⁵⁸(Subrayado fuera de texto)

Graficando lo que se plasma en la sentencia se tiene que:



La anterior decisión, en nuestro criterio es acertada dado que la liquidación procede y cumple su objetivo únicamente cuando el contrato ha finalizado y tiene como propósito hacer un balance económico entre las partes. Por tanto no sería conducente decretar una caducidad en un momento de la relación contractual donde no se está ejecutando el contrato, tal y como lo es en el plazo de liquidación. Por ello no es viable en contratos de ejecución instantánea pues estos terminan con la finalización del plazo de entrega.

Importante es también, para los efectos del presente estudio el fallo del Consejo de Estado del 5 de junio de 1992 en el que se indica lo siguiente:

⁵⁸ *Ibíd.* p.58

"La exorbitancia que puede ejercer la administración presenta, como lo ha dicho la jurisprudencia, límites temporales. Así, no podrá terminar o caducar el contrato, interpretarlo o modificarlo después de su vencimiento, so pena de que el acto quede afectado de nulidad. La liquidación sí por razones obvias, será posible luego de su terminación normal o anormal, en especial en los contratos de obra pública y suministros. Aunque aquí tampoco podrá ejercer su poder exorbitante más allá del término de caducidad para la formulación de la controversia contractual que pudiera instaurarse contra el contrato mismo, su responsabilidad o cumplimiento."⁵⁹ (Subrayado fuera de texto)

Así las cosas, es claro que el límite temporal del ejercicio de las potestades excepcionales es el plazo para la ejecución del contrato. Una vez vencido éste, desaparece la facultad de la Entidad para ejercerlas. De todas formas vale precisar que en el caso de la reversión la situación es completamente distinta por la naturaleza misma de la cláusula como se verá más adelante.

3.3. Estudio de las potestades excepcionales reguladas en el artículo 14 de la Ley 80/93.

⁵⁹ Consejo de Estado. Sección III. Sentencia de 5 junio de 1992. Rad. 6661. Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez

a. Principios de Interpretación, Modificación y Terminación unilaterales del contrato

Estas prerrogativas se encuentran consagradas en los artículos 15, 16 y 17 de la Ley 80/93 y fundamentalmente buscan evitar la paralización o afectación grave del servicio público que se pretende satisfacer con el contrato o dar respuesta oportuna a situaciones específicas de orden público.

Como elementos comunes a las tres potestades que se analizan se tienen los siguientes:

- Es requisito previo al ejercicio exorbitante y unilateral que la Entidad Estatal o quien la utilice, como en el caso de los particulares, busque un acuerdo con su cocontratante y únicamente en el caso de que éste no se logre se podrá hacer uso de la prerrogativa de que se trate. El desacuerdo deberá quedar debidamente probado en el expediente, previa presentación de formulas y salidas serias al contratista, dado que éstas no tienen como efecto una sanción.

- Una vez se materialice el no acuerdo para cualquiera de las tres potestades deberá expedirse un acto administrativo motivado, sometido a la vía gubernativa en el que se dejará plasmada la imposibilidad de acercamiento entre los cocontratantes y se tomará la determinación que corresponda según el principio de que se trate aclarando sí que, en ninguno de los tres casos, el efecto del acto administrativo será el de sancionar al contratista ni el de causarle perjuicio alguno económico o de cualquier otra índole. En tal virtud, la Administración deberá estar atenta para indemnizar o compensar a la otra parte para mitigar cualquier desbalance o daño antijurídico que pueda causarse, entendiendo si que el interés general prima sobre el particular razón última de ser de estas tres cláusulas excepcionales.

○ **Interpretación unilateral del contrato (artículo 15, Ley 80/93)**

Esta estatuida para evitar que las discrepancias suscitadas entre las partes de un Contrato Estatal con relación a sus estipulaciones puedan *“conducir a la paralización o a la afectación grave del servicio público que se pretende satisfacer con el objeto contratado”*.

La interpretación recaerá fundamentalmente sobre el clausulado del contrato o sobre los documentos que formen parte de él tales como los anexos, los denominados “otrosíes” o adiciones al contrato. En relación con este Principio el doctor Solano Sierra ha manifestado que *“Mediante esta cláusula se establece el poder de verticalidad legal de la entidad contratante de interpretar las estipulaciones convenidas en los contratos y en los documentos contractuales, cuando surjan discrepancias entre las partes que puedan llevar, en casos severos, a la paralización o afectación grave del servicio público que se pretende satisfacer con el objeto contratado”*.⁶⁰

Habrá lugar a la interpretación unilateral cuando exista una ambigüedad o contradicción en el contrato y esta situación genere un debate o discusión entre las partes

En cuanto a la fundamentación de la aplicación de la presente prerrogativa Rico Puerta⁶¹ ha expresado:

“Su aplicación debe estar precedida del razonamiento según el cual lo que se persigue mediante la contratación es la prestación eficaz de un servicio público, y solo en el evento de que ello corra riesgo, precisamente por

⁶⁰ SOLANO SIERRA, Jairo Enrique. Contratación Administrativa. Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, decretos reglamentarios. Cuarta Edición actualizada. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2010, pp.446.

⁶¹ RICO PUERTA, Luis Alonso. Teoría General y Práctica de la Contratación Estatal. Conforme con la ley 1150 de 2007. Edición 5°. Bogotá: Editorial Leyer. Pp.904.

discrepancias acerca del contenido o alcance de un término previsto en el contrato, que lleve al contratista a asumir una actitud que haga inminente su parálisis, deberá procederse a interpretarlo unilateralmente”

○ **Modificación unilateral del contrato (artículo 16, Ley 80/93)**

Esta potestad se aplica cuando existe la necesidad de introducir una variación en el contrato para modificarlo mediante la supresión o adición de obras, trabajos, suministros o servicios, en búsqueda del interés público y el cumplimiento de los fines del Estado.⁶² Dada la naturaleza de esta cláusula la norma contempla una previsión interesante en el sentido de permitir que el contratista renuncie al contrato sin que ello le acarree consecuencias negativas, siempre que la modificación altere el valor del acuerdo de voluntades en el 20 % o más del valor inicial, en cuyo caso, en el acto administrativo que la declara, se ordenará además la liquidación del contrato y la Entidad velará para que su objeto se cumpla a cabalidad. La Corte Constitucional en sentencia C- 949 de 2001⁶³ ha estipulado:

“Es decir, 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.

(...) Así las cosas, la modificación unilateral es una prerrogativa que se deriva de la responsabilidad de garantizar la continuidad del servicio

⁶² Consejo de Estado. Sección III. Sentencia 25 de febrero 2009. Rad. 15797. Consejero Ponente: Myriam Guerrero de Escobar. *“las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con la consecución de tales fines,”*

⁶³ Corte Constitucional. Sentencia C-949 de 2001, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

contratado, adquiriendo la administración las facultades necesarias para tomar las medidas que aseguren la continuidad en la ejecución del mismo”

○ **Terminación Unilateral del contrato (artículo 17, Ley 80/93)**

Esta figura tampoco fue modificada por la Ley 1150/07 y está caracterizada como potestad excepcional, con los efectos que ello trae. Se dispondrá por la administración para finalizar de modo anticipado el contrato cuando el servicio público lo exija o las situaciones de orden público lo impongan; por interdicción judicial de declaración de quiebra del contratista; por muerte o incapacidad física permanente del contratista o por disolución de la personalidad jurídica del contratista; cesación de pagos, concurso de acreedores o embargos judiciales del contratista que afecten de manera grave el cumplimiento del contrato. Sin embargo, el garante de la obligación puede continuar su ejecución en los eventos de quiebra del contratista, o su muerte, incapacidad física o disolución del contratista.

Vale la pena establecer también, que de conformidad con los arts. 44 y 45 de la Ley 80/93, aún vigentes, se dará por terminado el contrato de manera unilateral, mediante acto administrativo cuando se declaren nulos los actos en que se fundamente el contrato; cuando este se celebre contra expresa prohibición constitucional o legal o en el evento de que se celebre con personas incursas en inhabilidades o incompatibilidades.

Esta potestad esta comentada por Solano Sierra en su libro de Contratación Administrativa⁶⁴, de la siguiente manera:

“Se determina la facultad de la entidad contratante de terminar el contrato, cuando con posterioridad a su perfeccionamiento o celebración, sobrevenga, se presente u ocurra alguna de las situaciones que taxativamente contempla el artículo 17, y con el acervo probatorio que le dé soporte”.

b. Reversión

Esta prerrogativa se encuentra desarrollada por la Ley 80/93 en el artículo 19. Esta se entiende incorporada en los contratos de concesión o explotación de bienes del estado aunque las partes no la hayan pactado expresamente, por ser obligatoria su inclusión (numeral 2º artículo 14, Ley 80/93). Además la Corte Constitucional⁶⁵ la ha considerado como una característica esencial del contrato de concesión así:

“De acuerdo con la anterior definición, el citado contrato presenta las siguientes características:

*(...) g) Dada la naturaleza especial del contrato de concesión, **existen unas cláusulas que son de la esencia del contrato, como la de reversión,** que aunque no se pacten en forma expresa, deben entenderse ínsitas en el mismo contrato.” (Negrita y subrayado fuera de texto)*

Esta potestad tiene como propósito buscar que una vez terminado el contrato de concesión o explotación de bienes estatales, el concesionario traslade la propiedad, a la Entidad

⁶⁴ SOLANO SIERRA, *Op.cit.* p.62

⁶⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-250 de 1996. M.P: Hernando Herrera Vergara.

contratante, de todos aquellos bienes muebles o inmuebles que hayan sido utilizados por él en la ejecución del contrato y que por ende lo benefician directamente y son esenciales para la prestación del servicio; todo ello sin necesidad de realizar compensación alguna. Así, La Corte en la sentencia anteriormente citada definió esta figura de la siguiente manera:

“La reversión implica, pues, por la naturaleza del contrato de concesión, que al finalizar el término de la explotación o concesión, los elementos y bienes directamente afectados a la misma y colocados por el contratista para la explotación o prestación del servicio, se transfieran por parte del concesionario al Estado -que como es obvio, siempre tendrá la calidad de entidad contratante-, sin que por ello ésta deba efectuar compensación alguna”⁶⁶

Esta transferencia de los bienes, se encuentra plenamente justificada según la jurisprudencia en las siguientes razones:

“Jurídicamente la transferencia se justifica en la medida en que ella obedece a que el valor de tales bienes está totalmente amortizado, siempre y cuando se encuentren satisfechos los presupuestos del vencimiento del término. Ese valor de los bienes que se utilicen para el desarrollo y ejecución del contrato de concesión, se paga por el Estado al momento de perfeccionar la concesión.

(...)

⁶⁶ *Ibídem.*

Por consiguiente, el valor económico y pecuniario de los equipos y bienes que en razón de la cláusula de reversión se traspasan a la Administración, se encuentra plenamente compensado desde el momento de la firma del contrato, situación que no sucede con la expropiación, por cuanto en ésta, al decretarse por razones de equidad, el legislador previo el lleno de los requisitos constitucionales, adopta la decisión de expropiar el bien del cual es titular un particular, sin reconocer en beneficio de éste, indemnización ni compensación alguna”⁶⁷.(Subrayado fuera de texto)

Es de indicar que la consagración de esta cláusula no fue pacífica porque había quienes entendían, que su pretensión era despojar al contratista de bienes que le pertenecían, sin embargo, su razón de ser es evitar que una vez terminada la explotación o concesión de bienes del Estado estos queden desprovistos de los elementos que le son propios o necesarios para su normal funcionamiento. La circunstancia de que pasen a propiedad del estado, no implica, en momento alguno, un abuso a los derechos del particular ni una expropiación de los mismos dado que su precio debe ir descontándose a lo largo del contrato y durante todo su plazo. Así las cosas, es importante tener en cuenta y para evitar controversias y problemas futuros entre las partes, que la identificación de estos bienes se haga de manera clara tanto en los pliegos de condiciones, como en el contrato.

c. Caducidad

⁶⁷ *Ibídem.*

Esta es la potestad excepcional por excelencia y, como ya se indicó, viene consagrada en nuestro derecho positivo desde 1912, sufriendo algunas modificaciones durante el transcurso del tiempo siendo, por ejemplo de obligatorio ejercicio por parte de la entidad de derecho público durante la vigencia del decreto ley 222/83 y potestativa a partir de la ley 80/93.

La caducidad es la única potestad que tiene como uno de sus efectos la sanción del contratista dado que, como ya se dijo, estas potestades no buscan como finalidad última una penalidad al colaborador estatal, sino la continuación del proyecto o del objeto del contrato. En otras palabras la caducidad no persigue en sí misma una sanción sino hacer posible que el proyecto pueda llegar a feliz conclusión. En ese sentido la Corte Constitucional se ha manifestado al indicar que la caducidad es:

“(..) Una herramienta de uso excepcional cuya finalidad es evitar la paralización o afectación grave del servicio con prevalencia del interés público social, justificación que constitucionalmente se considera razonable y proporcional.”⁶⁸

La cláusula en mención se encuentra consagrada en el artículo 18⁶⁹ de la ley 80/93, vigente a la fecha, y que contiene elementos de sumo interés, que deben ser objeto de estudio.

⁶⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-949 de 2001, M.P. Clara Inés Vargas Hernández

⁶⁹ Ley 80 de 1993. Artículo 18. *“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.*

En caso de que la entidad decida abstenerse de declarar la caducidad, adoptará las medidas de control e intervención necesarias, que garanticen la ejecución del objeto contratado. La declaratoria de caducidad no

Es además un modo de terminar el contrato, por incumplimiento grave que sea capaz de poner en peligro la ejecución del contrato, así las cosas, el tema de la temporalidad de su ejercicio por parte de su titular, cobra un valor muy grande en su conceptualización, como se anotó.

En virtud de lo anterior, el objeto de la declaratoria de caducidad es precisamente continuar con el proyecto aunque esto implique la terminación contrato específicamente incumplido.

El Consejo de Estado lo ha definido de la siguiente manera:

“La caducidad es la potestad exorbitante que tiene la Administración para terminar unilateralmente un contrato estatal con efectos hacia el futuro, en ciertos eventos contemplados en la ley, dentro de los que se encuentra el incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista que repercute seriamente en la ejecución del contrato, con el propósito de desplazarlo o removerlo de manera que pueda asumir aquella directamente la construcción de la obra o la prestación del servicio objeto del mismo o por medio de un tercero que cumpla las exigencias de idoneidad y capacidad necesarias para desarrollarlo.”⁷⁰

impedirá que la entidad contratante tome posesión de la obra o continúe inmediatamente la ejecución del objeto contratado, bien sea a través del garante o de otro contratista, a quien a su vez se le podrá declarar la caducidad, cuando a ello hubiere lugar.”

⁷⁰ Consejo de Estado. Sección III. Sentencia de 17 de marzo de 2010. Rad. 18394. Consejero Ponente: Ruth Stella Correa Palacio.

Por su parte la alta Corporación⁷¹ al desarrollar esta potestad en sus fallos, ha establecido cuales son los efectos principales de la imposición de la caducidad de parte de una Entidad a un contratista así:

- La entidad podrá tomar posesión de la obra o continuar su ejecución por sí misma o a través de un tercero.
- No habrá indemnización para el contratista
- Dicho acto será constitutivo del siniestro de incumplimiento y se hará efectiva la garantía correspondiente.
- Podrá hacerse efectivo el cobro de la cláusula penal.
- Se tendrá que liquidar el contrato en el estado en que se encuentre.
- Se sancionará al contratista con una inhabilidad para celebrar contratos con el Estado por cinco (5) años.

Aunque dicha Corporación ha reiterado que la figura de caducidad es una sanción, y que esta puede ser incluso la peor sanción que se le puede imponer a un determinado contratista, se estima que la misma no es una sanción en si misma sino solo una manera de garantizar el éxito del proyecto. Sus efectos son terminar el contrato y sancionar al contratista, por su incumplimiento grave.

Como todas las exorbitantes y máxime ésta que tiene como efecto de la aplicación de la discrecionalidad de la administración unas graves penalidades al contratista incumplido, el sujeto activo debe tener sumo cuidado en su ejercicio para evitar arbitrariedades que

⁷¹ Consejo de Estado. Sección III. Sentencia de 20 de noviembre de 2008. Rad. 17031. Consejero Ponente: Ruth Stella Correa Palacio

puedan conducir al maltrato de los derechos del particular y a la pérdida de cuantiosas demandas jurisdiccionales, como ya se ha presentado en el pasado. Al decir del profesor Juan Carlos Cassagne en su obra⁷² “(...) *pero la discrecionalidad no implica un arbitrio ilimitado ni absoluto. Antes bien, se encuentra circunscripta tanto por los límites sustanciales y formales del ordenamiento positivo, tales como las reglas que prescriben la competencia de los órganos o entes y, fundamentalmente, por los principios generales del derecho.*”

Como se indicó, la caducidad es una prerrogativa contractual de la administración y por ende no es de obligatoria declaración, es por eso que en el segundo inciso del artículo 18 se utiliza las palabras “*decida abstenerse*” refiriéndose a la posibilidad que tiene la administración de efectivamente tomar una determinación sobre su declaratoria. Frente a este tema Solano Sierra en su libro de “*Contratación Administrativa*”⁷³ opina lo siguiente:

“La entidad contratante, para optar por esta determinación, debe hacer un balance real y objetivo de sus visitas y supervisiones, relativas al desarrollo del contrato, tendientes a evitar los abusos o las ligeras interpretaciones, y dentro de un prudente juicio, declarar la medida o abstenerse a hacerlo”.

Lo importante aquí es entender que la caducidad tiene como objetivo básico la búsqueda del interés colectivo y el cumplimiento que de los fines del estado corresponde a la contratación Estatal. Así las cosas y antes de ser declarada debe realizarse un concienzudo análisis de gestión para que, a través de ella, se logre el propósito buscado y no se convierta

⁷² CASSAGNE, Juan Carlos. El Principio de Legalidad y el Control Judicial de la Discrecionalidad Administrativa. Primera edición. Buenos Aires. Marcial Pons. 2009

⁷³ SOLANO SIERRA, **Op.cit.** p.62, p.604

en un arma de doble filo, que termine perjudicando la continuidad del proyecto, el interés general y las arcas públicas.

Ejemplo de ello es el caso que se está viviendo en la actualidad en nuestro país, Transmilenio fase tres, calle 26, tramo en el que frente a un absoluto y grave incumplimiento del contrato y dándose las condiciones fácticas para declarar la caducidad, el Instituto de Desarrollo Urbano (IDU) optó por dar su aprobación a la cesión del contrato, propuesta por la Compañía de Seguros, garantizando con ello la continuación del proyecto previa verificación del cumplimiento de las condiciones requeridas por parte del nuevo contratista. Es posible dentro del análisis de riesgos que se requiere en estos casos, dadas las condiciones climáticas del momento, el precario desarrollo de la obra y la existencia de múltiples contratos de los incumplidos con la Nación y el sector descentralizado, que haber declarado la caducidad a la unión temporal, hubiese sido perjudicial pues habría implicado la terminación del contrato, complicando la gravemente la culminación del proyecto, en espera quizá de una declaratoria de urgencia o de otro proceso de selección. Así mismo, la inhabilidad al contratista hubiese impactado gravemente la continuación de los sus contratos en los otros niveles nacional y territorial, todo ello en contravía del sentido último de la caducidad y los principios de la función pública, consagrados en el art. 209 de la Constitución.

Por último, como ya se trató en acápite anterior de este trabajo, la declaratoria de caducidad tiene límite temporal para su imposición, siendo éste el plazo de ejecución. En consecuencia, al ser la terminación del contrato uno de los efectos de la declaratoria de caducidad no sería lógico pensar, que pueda declararse cuando ya se terminó el contrato por

vencimiento del plazo contractual, amén de que no es viable afirmar que a un contrato finalizado, se le pueda minimizar el riesgo de que se ponga en peligro su ejecución. Es obvio pues, que si el acuerdo de voluntades terminó incumplido ya no está en peligro sino siniestrado, en cuyo caso, no cabría la declaratoria de caducidad. Así las cosas, se estima improcedente afirmar, como lo sostuvo varias veces el Consejo de Estado sección tercera, que la caducidad pueda ser ejercida por parte de la entidad dentro de la liquidación del contrato de que se trata, si se tiene en cuenta que la liquidación no forma parte de la ejecución de contrato.

Ilustrativo lo señalado en sentencia del 20 de noviembre de 2008 al establecer:

“En este orden de ideas, la Sala precisa que luego de terminado el plazo de ejecución del contrato, desaparece la facultad exorbitante de la Administración para declarar la caducidad y, en tal virtud, en caso de que se descubra o detecte el incumplimiento de alguna obligación con posterioridad a esa etapa, lo procedente, actualmente como se establece en la reforma que introdujo al régimen de contratación pública la Ley 1150 de 2007, será la declaratoria unilateral de incumplimiento del contratista por parte de la entidad pública contratante para hacer efectiva la cláusula penal y a la vez las garantías que amparen el contrato, como constitutivo ese hecho del siniestro que las hace exigibles, además, por supuesto, podrá ejercerse la acción contractual”⁷⁴

⁷⁴ Consejo de Estado. Sección III. Sentencia de 20 de noviembre de 2008. Rad. 17031. Consejero Ponente: Ruth Stella Correa Palacio

d. Sometimiento de leyes nacionales

La sujeción a la ley colombiana para los contratos que se celebren con personas extranjeras, que se encontraba también consagrado en el Decreto extraordinario 222 de 1983, se plasma en el artículo 14, numeral 2° de la Ley 80 de 1993, no modificado por la Ley 1150/07.

Esta cláusula consiste fundamentalmente en advertir que el contrato, su ejecución, interpretación, e incluso extinción, se va a regir por las normas vigentes en el ordenamiento colombiano, régimen que será aplicable tanto para los contratistas nacionales como extranjeros siempre que sean celebrados y ejecutados en el territorio nacional.

Ahora bien, es de interés señalar que en lo que hace referencia a la aplicación de la ley colombiana a los contratos que se celebren con las personas extranjeras y que van a ser ejecutados en el territorio nacional, el parágrafo del numeral 2 del artículo 14 de la Ley 80 de 1993 y siguiendo armónicamente el planteamiento que se ha venido esbozando, en los contratos que se celebren con personas publicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia, así como en los interadministrativos, los de empréstito, donación y arrendamiento y los demás listados en este parágrafo, no se podrán pactar las potestades excepcionales típicas y respecto a las nuevas de multa y clausula penal pecuniaria, propias del Código Civil y de Comercio, podrán pactarse previo acuerdo de voluntades como ya se ha indicado.

A su turno, el artículo 20 de ley 1150 de 2007 relacionado con la contratación con organismos internacionales⁷⁵, podrán someterse a los reglamentos de tales entidades, pero en caso contrario se regirán por los procedimientos establecidos en la ley 80 de 1993. En este punto es de señalar que esta remisión a la ley de contratos es únicamente para los procedimientos y que, de conformidad con lo ya mencionado se estima que no se les aplica lo relativo a las cláusulas excepcionales contenidas taxativamente en el artículo 14 de este cuerpo normativo.

Nótese que hasta aquí han sido enunciadas y analizadas con algún detalle las potestades excepcionales contempladas, de manera taxativa en la Ley 80/93, únicas que en nuestro criterio pueden tener esta denominación y el tratamiento propio de las cláusulas exorbitantes, dado lo cual, se cree importante abocar el capítulo siguiente de manera

⁷⁵ Ley 1150 de 2007. **Artículo 20.** *De la contratación con organismos internacionales. Los contratos o convenios financiados en su totalidad o en sumas iguales o superiores al cincuenta por ciento (50%) con fondos de los organismos de cooperación, asistencia o ayudas internacionales, podrán someterse a los reglamentos de tales entidades. En caso contrario, se someterán a los procedimientos establecidos en la Ley 80 de 1993. Los recursos de contrapartida vinculados a estas operaciones podrán tener el mismo tratamiento.*

Los contratos o convenios celebrados con personas extranjeras de derecho público u organismos de derecho internacional cuyo objeto sea el desarrollo de programas de promoción, prevención y atención en salud; contratos y convenios necesarios para la operación de la OIT; contratos y convenios que se ejecuten en desarrollo del sistema integrado de monitoreo de cultivos ilícitos; contratos y convenios para la operación del programa mundial de alimentos; contratos y convenios para el desarrollo de programas de apoyo educativo a población desplazada y vulnerable adelantados por la Unesco y la OIM; los contratos o convenios financiados con fondos de los organismos multilaterales de crédito y entes gubernamentales extranjeros, podrán someterse a los reglamentos de tales entidades.

Las entidades estatales no podrán celebrar contratos o convenios para la administración o gerencia de sus recursos propios o de aquellos que les asignen los presupuestos públicos, con organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacional.

Parágrafo 1°. *Los contratos o acuerdos celebrados con personas extranjeras de derecho público, podrán someterse a las reglas de tales organismos.*

Parágrafo 2°. *Las entidades estatales tendrán la obligación de reportar la información a los organismos de control y al Secop relativa a la ejecución de los contratos a los que se refiere el presente artículo.*

Parágrafo 3°. *En todo Proyecto de cooperación que involucre recursos estatales se deberán cuantificar en moneda nacional, los aportes en especie de la entidad, organización o persona cooperante, así como los del ente nacional colombiano. Las contralorías ejercerán el control fiscal sobre los proyectos y contratos celebrados con organismos multilaterales.*

independiente, remarcando con ello que las potestades consagradas en el artículo 17 de la ley 1150/07 no son y no pueden ser por lógica y coherencia jurídica, potestades excepcionales al derecho común.

3.4. Cláusulas especiales consagradas en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007.

El artículo 17 de la Ley 1150/07⁷⁶ plantea para los efectos de este trabajo, asuntos de enorme importancia y trascendencia. En efecto, trata específicamente del tema de la cláusula de multas y de la de incumplimiento con el objeto de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria. Empiécese por determinar que estas dos figuras son propias del derecho privado y allí encuentran todo su desarrollo legal y jurisprudencial. Así las cosas, se recordará que en el Decreto Extraordinario 222/83 aparecían como cláusulas exorbitantes y evidentemente no fueron recogidas con esta denominación en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 en cumplimiento lógico y armónico de la nueva orientación competitiva del Estado

⁷⁶ Ley 1150 de 2007. Artículo 17. *“Del derecho al debido proceso. El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.*

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

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

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

colombiano, a partir de la expedición de la Constitución de 1991. No obstante lo anterior, aparecen de manera bastante extraña consagradas en el artículo 17 de la Ley 1150/07 que aquí se analizará.

La multa se consagra como una cláusula que tiene por objeto conminar, compeler o apurar al contratista a cumplir con sus obligaciones frente a un caso de mora o de incumplimiento parcial de las mismas. En palabras de Ospina Fernández:⁷⁷ “(...) *el servicio que presta dicha estipulación estriba en la presión que amenaza la pena y se ejerce sobre la voluntad del deudor, induciéndole a cumplir la obligación principal por el temor de incurrir en aquella.*”

Por su parte, la cláusula penal pecuniaria, en los términos expuestos en el artículo 17 en comento, se constituye en una tasación anticipada de perjuicios. Evita pues la estimación judicial de estos porque son apreciados por las partes desde el mismo contrato. Según cita de Jorge Ortega Torres⁷⁸ en el Código Civil, “(...) *autores como Demogue, Colin y Capitant, Planiol y Ripert, Josserand han dicho: “la cláusula penal no es otra cosa que el avalúo hecho por las partes de los perjuicios a que pueda dar lugar la inejecución o el retardo en la ejecución de las obligaciones”*”.

En reciente jurisprudencia del Consejo de Estado⁷⁹ se han diferenciado estas dos instituciones de la siguiente manera:

“ Aunque las multas y la cláusula penal pecuniaria tienen una finalidad común -en lo sustancial-, que se concreta en el logro de los objetivos

⁷⁷ OSPINA FERNÁNDEZ; Guillermo. Régimen General de las Obligaciones. Octava Edición. Bogotá, Editorial Temis S.A, 2005.p.p 146 s.s.

⁷⁸ ORTEGA TORRES, Jorge. En el Código Civil. Editorial Temis, 1957. Pp.640

⁷⁹ Consejo de Estado. Sección III Sentencia 13 de noviembre de 2008. Rad. 17009. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.

propuestos en el contrato; se diferencian en que la multa por regla general es conminatoria del cumplimiento de las obligaciones en razón al acaecimiento de incumplimientos parciales; la cláusula penal constituye en principio una tasación anticipada de perjuicios, a raíz de la declaratoria de caducidad o del incumplimiento definitivo del contrato, es decir, que se impone por un incumplimiento severo y grave de las obligaciones. Con la imposición y ejecución de la cláusula penal se penaliza al contratista, por el incumplimiento grave del contrato, constituyendo una verdadera indemnización, que aunque parcial es definitiva, pues con ella se resarcen los perjuicios, o parte de ellos, a favor de la parte que ha cumplido el negocio.”

Igualmente se distinguen en cuanto hace relación a su límite temporal, al respecto ilustra Rico Puerta⁸⁰ ha mencionado lo siguiente:

“Están regidas por una misma circunstancia contractual: el incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato, pero al paso que la multa ha de establecerse mediante graduación de la dimensión del incumplimiento, la cláusula penal es consecuencia de uno tal que ameritó la terminación del contrato. En otras palabras, a diferencia de lo que ocurre con la cláusula penal cuya exigibilidad por razones obvias sólo es procedente una vez terminado el contrato, las multas han de imponerse durante su vigencia dado que se orientan a sancionar inactividades o incumplimientos cuya densidad no pone en riesgo el fin de la Contratación Estatal, pero representan una

⁸⁰ RICO PUERTA, **Op.,cit.** p.62, Pp. 942

sustracción ilegal del contratista al cumplimiento de sus obligaciones”.

(Subrayado fuera de texto)

Una vez enmarcado el concepto de estas cláusulas en el ordenamiento, es indispensable explicar la controversia que ha suscitado su presencia, inclusión e imposición de parte de la Entidad en la Contratación Estatal.

A partir de la expedición de la Ley 1150 de 2007, *“por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos”*, se intentó saldar una discusión que venía dándose en el mundo de la Contratación Pública con relación a las multas y a la cláusula penal pecuniaria.

Al expedirse la Ley 80 de 1993, como bien se anotó anteriormente en este trabajo, se expuso de manera expresa cuales eran las potestades excepcionales y en este listado no se mencionó ni las multas ni el incumplimiento para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, cláusulas que si figuraban en el cuerpo normativo del Decreto 222 de 1983. Lo anterior trajo como consecuencia directa que estas cláusulas, antes definidas taxativamente como exorbitantes, se consideraran con la expedición de la Ley 80/93 como cláusulas convencionales, de posible pacto entre los particulares y regidas por el derecho ordinario, sin que recayeran sobre ellas el poder de imperio estatal.

Hay que recordar que la Ley 80/93 instituyó como régimen general aplicable al contrato el derecho común y como excepción lo estatuido por ella misma en los temas ya enunciados en capítulo anterior (artículo 13). Por tal motivo, al ser la multa y la cláusula penal figuras propias del derecho privado, las excluyó del régimen excepcional de potestades para que así

dependieran de la mera voluntad de pacto de las partes y se rigieran por las normas donde se encuentran estatuidas, vale decir el derecho privado. Esto ha sido expuesto por el Consejo de Estado en el siguiente texto:

*“Lo primero que debe tenerse en cuenta es que la cláusula de multas no es excepcional al derecho común y está muy seguramente fue la razón por la cual la ley 80 de 1993 no la incluyó en el art. 14. Y no lo es, sencillamente porque aparece prevista en las normas de derecho privado (artículos 1592 del Código Civil y 867 del Código de Comercio)”*⁸¹(Subrayado fuera de texto)

La Doctora Palacio Jaramillo,⁸² frente al tema ha opinado de la siguiente manera:

“De la sola lectura de la normativa que se compara se evidencia que la Ley 80 de 1993 no contempló como exorbitante la cláusula de “multas” ni la de “incumplimiento”, entiéndase esta última, como ya se profundizará como aquella potestad ejercitable por la Administración una vez vencido el plazo del contrato o término que se haya pactado para su finalización, entendimiento este que, desde ya comento, no es aceptado de manera unánime y pacífica por los doctrinantes”

No cabe duda que la Ley 80 de 1993 en su artículo 14 no contempló como potestades excepcionales las cláusulas que se estudian y su pacto se difirió a la autonomía de la voluntad, sin embargo, la jurisprudencia asumió posiciones bien disimiles y complejas con

⁸¹ Consejo de Estado. Sección III. Auto del 4 de junio de 1998. Expediente: 13988. Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque

⁸² PALACIO JARAMILLO; María Teresa. Potestades Excepcionales y su Nueva Regulación Legal y Reglamentaria – Poderes de la Administración. Reforma al Régimen de Contratación Estatal. Universidad de Los Andes. Ediciones Uniandinas, 2010. Pp. 343 a 358.

relación a si estas podían ser exigidas a través del imperio estatal, mediante acto administrativo ejecutivo y ejecutorio y apelando a facultades que le otorgaban al Estado la posibilidad al de imponerlas de manera unilateral y sin acudir al juez del contrato. Frente a este tema controversial hubo varios pronunciamientos del Consejo de Estado que vale la pena reseñar.

En Auto de 4 de Junio de 1998⁸³ se expuso lo siguiente:

“Para la Sala la administración si tiene competencia para imponer por sí y ante sí, sin necesidad de acudir al juez, las multas pactadas en un contrato estatal, en virtud del carácter ejecutivo que como regla otorga el art. 64 del decreto ley 01 de 1984 a todos los actos administrativos.

(...)

Si la contratación estatal en los términos del artículo 3º de la ley 80 de 1993 se dirige a que se cumplan “los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados”, bien podrá la entidad pública contratante utilizar la cláusula de multas pactada en el contrato para sancionar en forma directa la tardanza o el incumplimiento del contratista”. (Subrayado fuera de texto)

Esta tesis del Consejo de Estado, en nuestro sentir equivocada como lo analizaremos, en virtud de la cual aceptaba la competencia que tenía la Administración para imponer las multas por sí y para sí sin necesidad de acudir al Juez y sin que sea una potestad

⁸³ Consejo de Estado. Sección III. Auto del 4 de junio de 1998. Expediente: 13988. Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque

excepcional, fue plasmada no solo en el fallo previamente citado sino en los autos del 6 de agosto (Expediente 14558)⁸⁴ y 14 de diciembre también del 2008 (Expediente 14504), así como en la sentencia del 20 de junio de 2002 (expediente 19488)⁸⁵.

Nos apartamos completamente de esta posición dado que, como se ha expuesto a lo largo del presente trabajo, la actuación administrativa está regida siempre por el principio de legalidad y para que estas cláusulas puedan ser ejercidas de manera exorbitante, con poder de imperio estatal y de forma unilateral con fuerza ejecutiva y ejecutoria, requiere que la ley expresamente faculte a la Entidad para ello. La Ley 80/93 expresamente excluyó la multa y la cláusula penal pecuniaria, como cláusulas exorbitantes y por tanto no podría dársele el carácter de tales. Igualmente no contempló en ninguno de sus acápites la figura del incumplimiento.

En el año 2005 la jurisprudencia modificó su posición de manera adecuada, en nuestro criterio, recogiendo sus posiciones anteriores. En efecto mediante sentencia del 20 de octubre de 2005⁸⁶ expresó:

“No obstante lo anterior, no quiere ello decir que las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad no las puedan pactar, tal y como se manifestó en precedencia y fue establecido por esta Sala mediante providencias de 4 de junio de 1998⁹ y del 20 de junio de 2002¹⁰, pero lo que no puede hacer, y en

⁸⁴ Consejo de Estado. Sección III. Auto del 6 de agosto de 1998. Expediente: 134558. Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque

⁸⁵ Consejo de Estado. Sección III. Sentencia 20 de junio de 2002. Rad. 19488. Consejero Ponente: Germán Rodríguez Villamizar

⁸⁶ Consejo de Estado. Sección III. Sentencia del 20 de octubre de 2005. Rad. 14579. Consejero ponente: Germán Rodríguez Villamizar

este sentido se recoge la tesis consignada en éstas mismas providencias, es pactarlas como potestades excepcionales e imponerlas unilateralmente, pues según se vio, dicha facultad deviene directamente de la ley y no del pacto o convención contractual y, a partir de la ley 80, tal facultad fue derogada. Por tanto, cuando quiera que habiendo sido pactadas las multas o la cláusula penal conforme a la legislación civil y comercial vigente, la administración llegare a percibir un incumplimiento del contrato, deberá acudir al juez del contrato a efectos de solicitar la imposición de la correspondiente multa o cláusula penal, en aplicación de lo previsto por el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, pues, se insiste, carece el Estado de competencia alguna para introducirlas en el contrato como cláusulas excepcionales al derecho común y, de contera, para imponerlas unilateralmente.” (Subrayado fuera de texto)

Esta postura jurisprudencial determina que estas cláusulas pueden ser pactadas libremente por las partes precisamente por ser figuras del derecho civil y comercial, pero no es viable que las Entidades declaren el incumplimiento y cobren las multas y la cláusula penal de manera exorbitante, ejerciendo su poder de imperio y con fuerza ejecutiva y ejecutoria, puesto que ésta facultad no fue concedida por la ley.

Con la expedición en el año de 2007 de la Ley 1150, se pretendió zanjar la discusión existente respecto de si efectivamente la multa y cláusula penal pecuniaria son potestades excepcionales o no y cuál es el efecto de una y otra postura.

El artículo 17 de la ley en cita, que no modifica ni adiciona el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, expone que las Entidades podrán imponerlas directamente al contratista, sin la necesidad de acudir ante la jurisdicción.⁸⁷ Esto quiere decir que la ley le otorga a la multa y la cláusula penal, todas las características de las potestades excepcionales y como es obvio al estar contenidas en el mencionado cuerpo, su consagración es legal. Sin embargo, claramente y al no estar contempladas taxativamente como exorbitantes, estas no lo son ni pueden serlo.

A pesar de lo dicho, la jurisprudencia siguió presentando posiciones bien disímiles y verdaderamente confusas. Véase: el Consejo de Estado⁸⁸ realizó el siguiente pronunciamiento:

“¿La imposición unilateral de multas pactadas, por parte de la entidad estatal contratante, constituye entonces una exorbitancia administrativa? La respuesta debe ser afirmativa, en concordancia con lo sostenido por la Sala en la sentencia de 20 de octubre de 2005. Sin duda alguna las multas que se analizan, son contempladas por el estatuto de la contratación estatal, como una capacidad de la entidad frente al contratista privado y no viceversa. Es entonces la naturaleza pública de una de las partes del contrato, la que justifica que en virtud de la función de dirección control y vigilancia, resulten

⁸⁷ Parágrafo Artículo 17 Ley 1150 de 2007. “La cláusula penal y las multas así impuestas, se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva.”

⁸⁸ Consejo de Estado. Sección III. Sentencia del 31 de julio de 2007. Rad: 21574. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.

procedentes las multas. La Ley 80 de 1993 como se observó no contempla a la imposición de multas como una cláusula excepcional, pero consagra la posibilidad de que pueda ser pactada.” (Subrayado fuera de texto)

Pretender convertir en exorbitante una cláusula por la sola unilateralidad de la misma es para nosotros inaceptable y confunde dos conceptos distintos pues, como ya se trató, todo lo exorbitante puede ser unilateral pero no viceversa. Para que se pueda dar la exorbitancia de una cláusula, no solamente tiene que haber consagración legal sino taxatividad en la estipulación que las contenga. A hoy, este hecho se da en las expresamente listadas como excepcionales en el artículo 14 de la Ley 80/93 no modificado por el artículo 17 de la Ley 1150/07 tantas veces citado. Aunque para algunos estudiosos⁸⁹ y en relación al artículo 17 “*la norma que se comenta ha solucionado la controversia jurisprudencial comentada, al habilitar de manera expresa a la entidad contratante para imponer las multas o declarar el incumplimiento total o parcial del contratista a efecto de hacer efectiva la cláusula penal*”, muy lejos está una verdadera respuesta coherente y clara sobre el tema en cuestión.

Se pretende ahora sostener que para dar claridad y suficiencia al tema basta con la previsión del artículo 17 que menciona las multas y el incumplimiento para hacer efectiva la cláusula penal, bajo el extraño título “del debido proceso”, y con la posibilidad de imponerlos mediante acto administrativa y previo cumplimiento de algunos requisitos como audiencias públicas (artículo 87 del Decreto 2474 de 2008). En verdad el problema sigue en plena vigencia por la simple y sencilla razón que el artículo 14 de la Ley 80/93 que

⁸⁹SUAREZ BELTRÁN, Gonzalo. Reforma al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Comentarios a la Ley 1150 de 2007. Editorial Legis, 2007. Pp114

contiene taxativamente la enumeración de las potestades excepcionales, no fue adicionado con estas cláusulas que podrían denominarse especiales o de manera diferente pero de ninguna forma exorbitantes⁹⁰.

Obsérvese que en el desarrollo de este debate lo sostenido por el Consejo de Estado en sentencia de 31 de julio de 2007⁹¹:

“Como se observa, a partir de la expedición de la Ley 1150 de 2007, no solamente se consagró la posibilidad de imponer las multas pactadas, de manera unilateral, por parte de la entidad estatal contratante, sino que se le atribuyó a tal posibilidad, un efecto retrospectivo, permitiendo que su imposición pueda hacerse, aún en atención de contratos celebrados antes de la entrada en vigencia de esta ley, siempre que en ellos se hubiese consagrado “la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas””.

Es de señalar que otra parte de la doctrina entiende que estas nuevas cláusulas no son exorbitantes, por la necesidad de la taxatividad y su no consagración en el artículo 14 de la ley 80/93. Ahora bien, la razón fundamental por la que estas no se incluyeron dentro del nuevo régimen, fue debido a que pertenecían por esencia al régimen de los particulares, es decir, al Código Civil y el Código de Comercio en concordancia con la nueva estructura competitiva de la Constitución de 1991.

⁹⁰ PALACIO JARAMILLO; **Óp., cit. p.80**, Pp. 343 a 358

⁹¹ Consejo de Estado. Sección III. Sentencia del 31 de julio de 2007. Rad: 21574. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.

Haciendo un recuento de lo dicho hasta ahora, en la Contratación Estatal podría pensarse que existen varios tipos de cláusulas: unas excepcionales que se encuentran reguladas expresamente por la Ley 80 de 1993 y son esas y nada más que esas; unas especiales multa e incumplimiento-cláusula penal que para efectos de este trabajo y según las conclusiones a las que se llegan, no se consideran como potestades excepcionales al no estar enunciadas en el artículo 14 de la citada ley y no ir de acuerdo a con la ideología y fundamentos de la Constitución de 1991 y la Ley 80 de 1993.

No puede olvidarse sí, que existen otras actuaciones administrativas que también se hacen efectivas mediante acto administrativo motivado y que tampoco consideramos que sean potestades excepcionales como por ejemplo, la liquidación unilateral del contrato.

En la exposición de motivos de la Ley 80 de 1993 se definió la liquidación de un contrato de la siguiente manera:

“La liquidación es el procedimiento a través del cual una vez concluido el contrato, las partes verifican en qué medida y de qué manera cumplieron las obligaciones recíprocas de él derivadas con el fin de establecer si se encuentran o no a paz y salvo por todo concepto relacionado con su ejecución.

Como lo ha sostenido reiteradamente la jurisprudencia, se trata de un trámite cuyo objetivo primordial consiste en determinar quién le debe a quién, qué o cuánto le debe, y por qué se lo debe, todo lo cual, como es apenas obvio, supone que dicho trámite únicamente procede con posterioridad a la terminación del contrato”. (Subrayado fuera de texto)

Ahora bien , la liquidación unilateral según el artículo 61 de la mencionada norma expone que procederá fundamentalmente en dos casos: en primer lugar, si el contratista no presenta la liquidación dentro de los cuatro meses previstos para este trámite; en segundo lugar, cuando no se ha llegado a un acuerdo entre las partes sobre el contenido de esta liquidación. Bajo estos dos supuestos la Entidad de manera unilateral, liquidará el contrato directamente a través de un acto administrativo motivado, acto sobre el cual se puede ejercer la respectiva vía gubernativa.

En este punto también se observa confusión respecto a la naturaleza jurídica de esta figura que aunque implica unilateralidad de la Administración, no es exorbitante no obstante constar en un acto administrativo motivado ejecutivo y ejecutorio. La razón de ello es que su contenido es declarativo y no constitutivo. El Consejo de Estado al respecto ha sostenido que:

“Y en este punto resulta necesario tener en cuenta que el acto administrativo de liquidación unilateral de los contratos es una potestad pública otorgada por la ley a las entidades contratantes, que frente a las posibilidades de decisión que poseen las partes del negocio jurídico respecto de su finiquito, constituye una facultad exorbitante, en el sentido de que se trata de una prerrogativa que el ordenamiento jurídico le confiere exclusivamente a los entes públicos, como expresión de la supremacía jurídica que ostenta la Administración Pública en las relaciones jurídicas en que interviene y que constituye por lo tanto una institución de orden público que reviste los

caracteres de inalienable, irrenunciable e imprescriptible”⁹²(subrayado fuera de texto)

Como se señaló nos apartamos del citado pronunciamiento, compartiendo por el contrario la siguiente afirmación también del Consejo de Estado al decir:

*“Como se verifica, entonces, la simple constatación de unos efectos jurídicos de una manifestación unilateral de la administración pública en la ejecución de un contrato, no convierte a dicha situación en una exorbitancia, pues esta debería significar una situación inviable en el derecho común.”*⁹³(Subrayado fuera de texto).

⁹² Consejo de Estado Sección III. Sentencia del 21 de abril de 2004. Rad: 10875. Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra.

⁹³ Consejo de Estado. Sección III. Sentencia del 31 de julio de 2007. Rad: 21574. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero

4. POTESTADES EXCEPCIONALES, CLÁUSULAS ESPECIALES Y SUS EFECTOS EN LOS PROCESOS ARBITRALES

Luego de todo lo expuesto, resulta interesante relacionar el tema que ocupa este estudio con el concerniente a la resolución de conflictos a través del mecanismo alternativo de solución de controversias, como es el del arbitraje.

La Constitución Política colombiana a partir del artículo 116 permite que los particulares puedan administrar justicia de manera transitoria en calidad de árbitros.⁹⁴ Así mismo, la ley 446 de 1998⁹⁵ define el arbitraje de la siguiente manera:

“El arbitraje es un mecanismo por medio del cual las partes involucradas en un conflicto de carácter transigible, defieren su solución a un tribunal arbitral, el cual queda transitoriamente investido de la facultad de administrar justicia, profiriendo una decisión denominada laudo arbitral”.(Subrayado fuera de texto)

Es decir solo podrán los árbitros decidir acerca de los conflictos que recaigan sobre materias, en principio, susceptibles de transacción⁹⁶ y solo será procedente cuando exista una cláusula compromisoria o un compromiso arbitral de por medio⁹⁷. Frente a estos

⁹⁴ Constitución Política de Colombia. Artículo 116: (...) “Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley.

⁹⁵ Ley 446 de 1998. Artículo 111.

⁹⁶ Código Civil. Artículo 2469. “concepto. La transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven uno eventual.

No es transacción el acto que solo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa.”

⁹⁷ Esto mismo ha sido mencionado por el Decreto 1818 de 1998 en su artículo 115.

límites la jurisprudencia de la Corte Constitucional, coherente también con la del Consejo de Estado, ha anotado lo siguiente:

“La competencia de los árbitros está limitada no sólo por el carácter temporal de su actuación sino por la naturaleza del asunto sometido a su conocimiento, pues sólo aquellas materias susceptibles de transacción pueden ser definidas por los árbitros. Los particulares investidos de la facultad de administrar justicia no pueden pronunciarse sobre asuntos que involucren el orden público, la soberanía nacional o el orden constitucional, asuntos que en razón de su naturaleza, están reservados al Estado, a través de sus distintos órganos”⁹⁸ (subrayado fuera de texto)

En materia de contratación estatal, los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993 tratan acerca de la cláusula compromisoria y del compromiso arbitral, especificando que podrá incluirse en el contrato o pactarse con posterioridad la intervención de árbitros que dirimirán las diferencias que pudieren *“surgir por razón de la celebración del contrato y de su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación”* (nota 7)^{VII}. La Corte Constitucional en Sentencia⁹⁹ acerca de la constitucionalidad y exequibilidad de los artículos citados y que por tanto tiene fuerza de ley, indicó con toda claridad lo siguiente:

“El análisis sobre la validez de los actos que dicta la administración no puede quedar librado a la decisión de árbitros.

(...)

⁹⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-1436 de 2000. Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra.

⁹⁹ Ibid.

*En virtud de lo dicho, esta Corporación habrá de declarar exequibles los artículos 70 y 71 de la ley 80 de 1993, bajo el entendido que los árbitros nombrados para resolver los conflictos suscitados como consecuencia de la celebración, el desarrollo, la terminación y la liquidación de contratos celebrados entre el Estado y los particulares, **no tienen competencia para pronunciarse sobre los actos administrativos dictados por la administración en desarrollo de sus poderes excepcionales**". (Negrilla fuera de texto)(nota8)^{VIII}*

En el mismo sentido se pronunció el Consejo de Estado al señalar:

"En tal virtud, como el ejercicio de poder público no es una materia susceptible de transacción, no es posible que la justicia arbitral pueda decidir acerca de la legalidad de los actos administrativos en los cuales la administración ejerce las potestades exorbitantes que en materia de contratación le atribuye la ley... ni tampoco le es factible pronunciarse sobre los efectos de este tipo de actos, y menos restarle eficacia, toda vez que, sólo es posible someter a la decisión de un Tribunal de Arbitramento aquellas controversias contractuales que versen sobre aspectos susceptibles de transacción",¹⁰⁰ (subrayado fuera de texto)

Así las cosas y teniendo en consideración que las potestades excepcionales no pueden ser objeto de transacción ni sujetas a arbitraje, cobra importancia capital el hecho de poder establecer, sin lugar a equívocos, cuáles son exactamente estas cláusulas exorbitantes, para

¹⁰⁰ Consejo de Estado. Sección III. Sentencia del 23 de febrero de 2000, Rad. 16.394. Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra.

sustraer los conflictos suscitados en razón de ellas, de la justicia arbitral, dado que su conocimiento es función exclusiva de los jueces administrativos, según se ha señalado.

En este orden de ideas, sería dable concluir que cuando el Consejo de Estado, en los múltiples pronunciamientos citados, indica que la cláusula de multas, la de incumplimiento para hacer efectiva la penal pecuniaria y la de liquidación unilateral son potestades excepcionales, no tendría otro remedio que predicar que ninguno de los conflictos surgidos de éstas podrían ir al conocimiento de los árbitros, desenlace que prácticamente conduciría a la mengua de la Institución arbitral en Colombia.

Honda preocupación causa esta perspectiva en el ámbito de la inversión extranjera, que busca una solución ágil y dinámica de sus diferencias contractuales, mediante la utilización de mecanismos alternativos, con regulación más universal y cercana a su comprensión.

La inseguridad jurídica que causa la falta de claridad sobre cuáles cláusulas tienen la categoría de excepcionales y cuáles no, constituye un riesgo alto para los negocios públicos, que puede afectar negativamente la participación, no solamente de los extranjeros, sino también de los mismos nacionales. Este punto de vista, no se queda en la teoría, sino que pasa a lo práctico. El país ya ha vivido situaciones complejas al verse precisado a declarar desiertas licitaciones por falta de participación de oferentes, debido a la carencia de inclusión en los pliegos de condiciones, de cláusulas compromisorias.

Despejar las anteriores dudas, resulta vital para la economía colombiana, máxime si se tiene en cuenta la gran importancia que tiene la contratación pública, como mecanismo de inversión que es. Razón le asiste a la doctora Susana Montes de Echeverri cuando sostiene que: *“a nadie escapa la importancia de la Contratación Administrativa tiene en la vida del*

*país, por su gran capacidad de impulso, de inversión y, por consiguiente, de desarrollo de los diversos sectores económicos”*¹⁰¹

Aportando a enriquecer el tema propuesto, y poniendo sobre la mesa su complejidad debe citarse el contenido de la sentencia del Consejo de Estado, del junio de 2009 que estableció:

*“(…)la Sala modifica la tesis que ha venido sosteniendo jurisprudencialmente para sostener entonces que con excepción de los actos administrativos que sean proferidos en ejercicio de los poderes excepcionales previstos de manera expresa en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 – a los cuales la Corte Constitucional circunscribió el condicionamiento del cual hizo pender la exequibilidad de los artículos 70 y 71 de la ley 80 de 1993 -, todos los demás actos administrativos contractuales que expidan las entidades del estado – independientemente de que en la concepción de la mayoría de esta Corporación, según ya se explicó ampliamente, esos otros actos administrativos contractuales **también puedan considerarse como especies del genero de los poderes o cláusulas excepcionales o exorbitantes** – bien pueden ser sometidos al conocimiento de la denominada justicia arbitral en procura de obtener los pronunciamientos a que haya lugar sobre la valides y los efectos del mismo.*

(…)

Esta Sala, por el contrario, considera que forman parte del género de los “poderes excepcionales” todas aquellas facultades, atribuciones o

¹⁰¹ MONTES DE ECHEVERRY, Susana. Actualidad en temas de Derecho Administrativo. “Hacia la Modificación del Decreto 222 de 1983”.

prerrogativas que autorizan o permiten a las entidades estatales contratantes la adopción de actos administrativos contractuales, incluidos aquellos a los que se refiere el artículo 14 de la Ley 80 pero sin limitarse a ellos, por manera que además de las referidas competencias para adoptar decisiones unilaterales vinculantes en virtud de a) la interpretación unilateral; b) la modificación unilateral; c) la terminación unilateral; d) la caducidad administrativa; e) el sometimiento a las leyes nacionales, y f) la reversión, también deben entenderse como parte de los “poderes excepcionales o exorbitantes” –pero no para efectos del entendimiento y aplicación de la sentencia C-1436 de 2000–, los demás actos administrativos contractuales como son, por ejemplo, los que imponen multas, de conformidad con las previsiones del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007; los que declaran la terminación unilateral del contrato por la configuración de alguna de las causales de nulidad absoluta consagradas en alguno de los numerales 1, 2 o 4 del artículo 44 de la Ley 80, según los dictados del artículo 45 del mismo Estatuto de Contratación Estatal; los que corresponden a la liquidación unilateral de los contratos, de conformidad con las previsiones del artículo 61 de la misma Ley 80; los que determinan u ordenan la exigibilidad de las garantías constituidas para amparar diversos riesgos de naturaleza contractual; etc.”¹⁰² (Negrilla y subrayado fuera de texto)

¹⁰² Consejo de Estado. Sección III. Sentencia 36252. Magistrado Ponente. Mauricio Fajardo Gómez

La tesis esbozada en la sentencia que se transcribe es comentada por la doctora Palacio Jaramillo, en su escrito¹⁰³ al indicar *“Esta es una tesis que en mi sentir es inaceptable pues, como ya se ha tratado a lo largo de este escrito, las potestades de excepción son precisamente eso, excepcionales, y por ello mismo taxativas pues de lo contrario, vale decir si fuesen esas o cualquiera otras o si, como sostiene la providencia son de género y hay especies indeterminadas, perderían por completo su calidad de excepcionales y se convertirían en la regla general. Comparto sí que todos los actos administrativos contráctales, a diferencia de las propiamente dichas cláusulas exorbitantes contenidas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 no modificado, pueden ser conocidas por la jurisdicción arbitral.”*

Cabe pensar en razón de lo anterior que las potestades excepcionales al ser de orden público no podrían ser objeto de transacción y por ende tampoco materia de arbitraje. Desde ya se anticipa que no se está de acuerdo con esta postura, por no ir en consonancia con la nueva estructura del Estado en donde se busca la promoción de la libre competencia tanto del sector público como privado, nacional o extranjero. Y esto no va a poder ser posible si en un principio se le supedita al contratista a aceptar de entrada una subordinación al imponérsele las potestades y además se le obligue a que toda controversia que se suscite en relación a este tema deba ser resuelto por lo contencioso administrativo y no por formas más efectivas y ágiles como lo son los mecanismos alternativos de solución de controversias, como lo es el arbitraje.

¹⁰³ PALACIO JARAMILLO, **Óp.**, cit. p.48

Así mismo, en el pronunciamiento previamente citado se expone que no es posible que los particulares investidos transitoriamente con la facultad para administrar justicia realicen exámenes de legalidad sobre los actos administrativos contractuales puesto que esto es una función exclusiva de los jueces administrativos, y por ende a estos primeros solo les compete decidir sobre aquellos aspectos en los que las partes puedan disponer. Por otro lado se trae a colación el párrafo del artículo 116¹⁰⁴ de la ley 446 de 1998^{IX} en donde se autoriza expresamente que los árbitros puedan pronunciarse sobre la existencia y validez de los contratos. Esta circunstancia deja mucho para pensar, pues por un lado se tiene una disposición que permite realizar un examen de legalidad nada más y nada menos sobre el contrato, pero por otro lado existe una prohibición en donde se impide realizar dicho examen sobre los actos contractuales. Ahora bien esto fue reiterado por lo contencioso administrativo de la siguiente manera:

“Podría pensarse, en principio, que uno de los asuntos sobre los cuales carecen de competencia los tribunales de arbitramento para pronunciarse, por tratarse de un asunto no transigible, es la validez y existencia de los contratos; (...) El artículo 116 de la Ley 446 de 1998, de manera expresa, determinó algunas de las materias sobre las cuales el legislador consideró

¹⁰⁴ Ley 446 de 1998. Artículo 116: artículo 116. “Cláusula Compromisoria. el decreto 2279 de 1989 tendrá un artículo nuevo del siguiente tenor:

"Artículo 2A. Se entenderá por cláusula compromisoria, el pacto contenido en un contrato o en documento anexo a él, en virtud del cual los contratantes acuerdan someter las eventuales diferencias que puedan seguir con ocasión del mismo, a la decisión de un Tribunal Arbitral.

Si las partes no determinaren las reglas de procedimiento aplicables en la solución de su conflicto, se entenderá que el arbitraje es legal.

PARAGRAFO. La cláusula compromisoria es autónoma con respecto de la existencia y la validez del contrato del cual forma parte. En consecuencia, podrán cometerse <sic> al procedimiento arbitral los procesos en los cuales se debatan la existencia y la validez del contrato y la decisión del tribunal será conducente aunque el contrato sea nulo o inexistente.

*que se podían pronunciar los Tribunales de Arbitramento; en efecto, estableció que los tribunales de arbitramento pueden conocer procesos en los cuales se debata la existencia y validez del contrato. Así, la ley expresamente faculta a los árbitros para pronunciarse sobre las materias mencionadas. La disposición no admite inteligencia distinta; no solo porque sus términos son absolutamente claros en el sentido de que "podrán someterse al procedimiento arbitral los procesos en los cuales se debatan la existencia y la validez del contrato", sino porque sería un contrasentido consagrar la autonomía de la cláusula compromisoria respecto de la validez del contrato, si no se autorizara, al mismo tiempo, la posibilidad que tienen los tribunales de arbitramento para decidir sobre ella. El legislador estableció, por una parte, como regla general, que pueden ser objeto de arbitramento los asuntos transigibles y, por otra, como regla especial, que los tribunales de arbitramento pueden pronunciarse sobre la validez y existencia de los contratos, a pesar de no cumplirse, en tal caso, aquella condición."*¹⁰⁵

(Subrayado fuera de texto)

Con base en lo anterior, si es viable realizar por los árbitros un examen de legalidad sobre la existencia y validez de los contratos, cabe preguntarse ¿si no constituye un contrasentido no poder hacer lo mismo con los actos administrativos contractuales, máxime cuando ellos dependen y están sujetos a la existencia del contrato?

¹⁰⁵ Consejo de Estado. Sección III. Auto del 14 de agosto del 2003. Rad: 24344. Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

De otra parte es de comentar que, el artículo 69 del Código Contencioso Administrativo en el cual se consagra que los actos administrativos pueden extraerse del ordenamientos jurídico, por los mismos funcionarios que los expidieron, ya sea de oficio o a solicitud de parte, cuando sean opuestos a la Constitución o a la ley, o si no están conforme o vayan en contra del interés público, o cuando causen un daño injustificado a una persona. En estos eventos, el funcionario podrá revocar directamente cualquier tipo de acto administrativo que se presente en su función, por tanto entendiendo que las potestades excepcionales, a modo de ejemplo, se expiden a través de actos administrativos, es posible que siempre que se incurra en alguna de estas causales un funcionario podrá revocarlos directamente extrayéndolos del ordenamiento jurídico. En otras palabras este servidor público está ejerciendo exámenes de legalidad sobre actos administrativos a tal punto que los puede eliminar del ordenamiento, sin embargo se recalca, esto no lo puede hacer un árbitro que posee funciones transitorias para administrar justicia, en virtud del pronunciamiento de la Corte Constitucional, lo que es absolutamente ilógico e inaceptable por carecer de coherencia.

Por lo dicho se concluye con un amplio desacuerdo con lo señalado por la Corte Constitucional en la sentencia C-1436 de 2000 en donde se limita la competencia de los árbitros al prohibir el pronunciamiento sobre los actos administrativos producto del ejercicio de las facultades exorbitantes. Las razones por las cuales no se comparte esta tesis se resumen en tres, así:

- El arbitraje es un mecanismo alternativo y ágil para solucionar los conflictos, contemplados como jurisdiccional en la propia Constitución. Así las cosas con la nueva estructura en donde la libre competencia es el motor de la economía y donde concurren diferentes agentes, es necesario facilitar los escenarios para que dicha inversión se estimule y logre los propósitos buscados empezando por la solución pronta de sus controversias. Al limitar las materias sobre las cuales puede recaer un arbitraje limita la voluntad de las partes para buscar soluciones alternativas; desestimulando así la inversión y por ende el crecimiento económico de nuestro país.

Ya es suficiente con que el inversionista, futuro contratista, se subordine y admita una desigualdad frente a la Entidad al admitir unas cláusulas que exorbitan al derecho común y sobre las que la Entidad con la que contrata puede imponerlas unilateralmente convirtiéndose en juez y parte de la relación, como para que ahora se le sume la prohibición de concurrir ante un árbitro para solucionar los conflictos sobre determinados actos, incrementando así la desconfianza en el momento de invertir en este territorio. Pues tal como lo expone José Luis Benavides en su libro de *“El contrato estatal”*¹⁰⁶:

“Sin embargo la Ley 80 dio mayor importancia al arbitraje en la solución de las controversias contractuales.

(...)

¹⁰⁶ BENAVIDES, Op., cit. p 41 Pp., 248

291. Una garantía para los inversionistas extranjeros. Además, el legislador promovió el arbitraje para brindar mayores seguridades a las empresas extranjeras contratistas”.

- Si un servidor público, que no tiene competencia para administrar justicia, y en uso de la facultad de la revocatoria directa puede retirar del ordenamiento un acto administrativo, y con ello está realizando un juicio de legalidad sobre el mismo, es impensable que un árbitro que sí tiene funciones jurisdiccionales aunque transitorias, no pueda hacerlo.
- Por otro lado si se faculta a los árbitros para conocer sobre la existencia y validez de un contrato (artículo 116, Ley 446 de 1998), teniendo en cuenta que es una materia no transigible, ¿cuál sería la razón para prohibirle pronunciarse sobre asuntos que involucren cláusulas excepcionales? Cabe pensar que el legislador en un futuro pueda modificar dicha postura y permitir que sean objeto de arbitraje como lo es la existencia y validez del contrato de donde derivan dichos actos.

Ahora bien resulta de gran importancia analizar brevemente acerca de la competencia de la justicia arbitral para conocer de controversias suscitadas sobre discusiones de carácter patrimonial surgidas en la expedición de un acto administrativo determinado. Así la Corte Constitucional en la sentencia C-1436, tantas veces citada en el presente texto, expone lo siguiente:

“Por otra parte, las consecuencias patrimoniales que se pueden derivar de aplicación de estas cláusulas, no pueden ser fundamento suficiente para que

se considere procedente la derogación de la jurisdicción contenciosa administrativa. Las consideraciones de tipo económico no pueden justificar una separación de competencias entre la jurisdicción contenciosa y los árbitros, que permita a estos últimos pronunciarse sobre el aspecto económico de la decisión unilateral de la administración, dejando en cabeza de la jurisdicción contenciosa el pronunciamiento sobre la validez del acto respectivo. La unidad de jurisdicción en este punto debe prevalecer, como manifestación no sólo de un poder que es indelegable, sino en la seguridad jurídica que debe darse a los asociados.

Significa lo anterior que cuando la materia sujeta a decisión de los árbitros, se refiera exclusivamente a discusiones de carácter patrimonial que tengan como causa un acto administrativo, éstos podrán pronunciarse, como jueces de carácter transitorio. Más, en ningún caso la investidura de árbitros les otorga competencia para fallar sobre la legalidad de actos administrativos como los que declaran la caducidad de un contrato estatal, o su terminación unilateral, su modificación unilateral o la interpretación unilateral, pues, en todas estas hipótesis, el Estado actúa en ejercicio de una función pública, en defensa del interés general que, por ser de orden público, no puede ser objeto de disponibilidad sino que, en caso de controversia, ella ha de ser definida por la jurisdicción contenciosa administrativa, que, como se sabe, es el juez natural de la legalidad de los actos de la administración, conforme a lo dispuesto por los artículos 236, 237 y 238 de la Carta Política. Tal es la

orientación, entre otras, de las sentencias de 15 de marzo de 1992 y 17 de junio de 1997, proferidas por la Sección Tercera del Consejo de Estado”.

Por tanto en virtud de este fallo los árbitros en ejercicio de su función transitoria de impartir justicia pueden pronunciarse y conocer de todos aquellos efectos patrimoniales que tienen como causa un acto administrativo, sin embargo por ningún motivo pueden entrar a analizar y mucho menos fallar sobre la legalidad del mismo, en virtud de los argumentos dados anteriormente. Y la razón para poder pronunciarse sobre los efectos patrimoniales emanados de un acto administrativo o de un contrato estatal, valga recordar, es por la sencilla razón que estos son objeto de transacción y por ende pueden ser materia de arbitraje.

De la misma manera se ha pronunciado el Consejo de Estado estableciendo que la justicia arbitral puede pronunciarse sobre los efectos de los actos administrativos más no de la legalidad y validez de los mismos. Así la Sección tercera ha sostenido que:

“Es cuestión incontrovertible que la legalidad o ilegalidad de los actos administrativos originados en un contrato cuyo juzgamiento se radica en sede arbitral, no puede ser materia sometida a juzgamiento de árbitros, desde luego que tal juicio de valor no constituye objeto de transacción; dicho de otra manera, solamente el Juez de lo Contencioso Administrativo resulta ser el competente para juzgar la legalidad o ilegalidad de tales actos emanados de las potestades exorbitantes de la administración. Pero también resulta comprensible que las causas y efectos relacionados con tales actos administrativos, sí puedan ser solucionados por la justicia arbitral, cuando

las partes los sometan a su resolución y, por otra parte, no exista normatividad que prohíba su eventual solución a través del negocio jurídico transaccional. ¹⁰⁷(Subrayado fuera de texto)

En otra oportunidad ha expuesto lo siguiente:

*“Puede afirmarse que en el proceso arbitral caben las disposiciones sobre las diferencias suscitadas entre las partes acerca de la cuantificación concreta que la administración haga como consecuencia de las declaraciones de caducidad o terminación, modificación e interpretación unilaterales, porque lo que la norma prohíbe es que se discuta la aplicación de tales cláusulas y sus efectos jurídicos, más no las consecuencias económicas de dichos efectos. [...]”*¹⁰⁸

Sin embargo, frente a este punto surgen varias dudas. ¿Cómo puede un arbitro resolver sobre los efectos patrimoniales que tienen como causa un determinado acto administrativo sin saber si en realidad dicho acto es legal o no? Es decir, a modo de ejemplo si se le impone una multa a un contratista o se le declara una caducidad no es posible que el árbitro resuelva y falle sobre los efectos patrimoniales que se generan con dichas decisiones de la Administración sin determinar o verificar la legalidad de dichos actos, puesto que es posible que haya sido expedido con una falsa o indebida motivación, o falta de competencia, causales que como bien se sabe hacen ilegal y nulo el acto administrativo. Sin embargo, en fallo del año 2000 el Consejo de Estado, varió su línea jurisprudencial y aclaró de manera expresa que la justicia arbitral no podrá conocer de los efectos patrimoniales si

¹⁰⁷ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 11 de noviembre de 1993, Rad. 7809.

¹⁰⁸ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 15 de mayo de 1992, Rad.5326. Consejero Ponente: Daniel Suarez Hernández

proviene de un acto administrativo donde la Administración está ejerciendo alguna de las potestades excepcionales. Dicho aparte ha sido citado previamente en el presente trabajo.¹⁰⁹ Desde nuestro punto de vista este fallo¹¹⁰ es algo controversial puesto que en dicho pronunciamiento se resalta de manera expresa que la justicia arbitral solo puede recaer o limitarse a las materias objeto de transacción, tesis que aún compartimos, sin embargo añade que los actos administrativos expedidos en ejercicio de alguna potestad excepcional no son transigibles y por ende sus efectos tampoco. Esto implica como bien fue señalado previamente, que hoy en día la justicia arbitral no puede pronunciarse sobre los efectos patrimoniales provenientes de un acto administrativo cuando la Administración está ejerciendo dichas potestades, al no considerarse materia objeto de transacción.

Una vez entendida la discusión anterior es preciso analizar la trascendencia del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 en materia de arbitraje. El panorama es el siguiente: por un lado se tiene a la jurisprudencia y parte de la doctrina considerando a la multa y a la cláusula penal como potestades excepcionales de la Administración; y por otro lado está la otra parte de la doctrina, parte con la cual se comparten los argumentos, que si bien considera que son unas cláusulas especiales pero que por diferentes motivos explicados previamente, no son potestades exorbitantes. Ahora bien, teniendo en cuenta lo expuesto anteriormente en

¹⁰⁹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 23 de febrero del 2000. Rad., 16394. Consejero Ponente: Rodríguez Villamizar

¹¹⁰ Dicho fallo citado previamente en la pagina 92 expone lo siguiente: “En tal virtud, como el ejercicio de poder público no es una materia susceptible de transacción, no es posible que la justicia arbitral pueda decidir acerca de la legalidad de los actos administrativos en los cuales la administración ejerce las potestades exorbitantes que en materia de contratación le atribuye la ley... ni tampoco le es factible pronunciarse sobre los efectos de este tipo de actos, y menos restarle eficacia, toda vez que, sólo es posible someter a la decisión de un Tribunal de Arbitramento aquellas controversias contractuales que versen sobre aspectos susceptibles de transacción” (Subrayado fuera de texto)

relación al arbitraje, dependiendo si son consideradas potestades excepcionales o no podrán ser materia de arbitraje.

Por ahora al tenor de lo sostenido por la jurisprudencia, la multa y la cláusula penal son potestades exorbitantes lo cual trae como consecuencia que el árbitro no pueda pronunciarse sobre este tema en virtud de lo consagrado por la sentencia C-1436 tantas veces traída a colación. Consecuencia que no se considera acertada pues siendo figuras propias del derecho privado, que además son susceptibles de transacción que no puedan ser materia de un arbitraje parece sin sentido. Pero bueno no queda más que aceptarlo dicho por la jurisprudencia, sin embargo debe ser un tema de profunda reflexión, así de existir una posible modificación legislativa se disipen las dudas en relación a la naturaleza de estas cláusulas y así saber si pueden ser materia de arbitraje o no; o incluso que a raves de la legislación se modifique la mas materias sobre las cuales el árbitro tendrá competencia para pronunciarse, así se generará una mayor seguridad jurídica para los contratistas y de esta manera se incentive la inversión en Colombia.

No hay duda, como se ha señalado a lo largo de esta investigación que a mayor riesgo asumido mayor costo para quien lo asume, así las cosas, es perfectamente claro determinar que aquellos contratos que contienen las potestades excepcionales o las especiales, en los que, como se indicó, quien las aplica adquiere con ello la condición de juez y parte en su propio conflicto decidiendo por sí y para sí, en sede administrativa, el rumbo que tomará el contrato sometido a estas potestades y según su objeto. Se impone al contratista de manera exorbitante, unilateral, y sin más recursos que la vía gubernativa, la voluntad de la Administración convirtiendo la relación igualitaria y de autonomía de voluntad en un

asunto de imposición de la voluntad pública lo que, sin remedio, coloca al contratante en posición de imperio y al contratista en una verdadera sumisión producto de la aplicación del *Ius Variandi*.

Esta circunstancia, no muy común en las normas contractuales en derecho comparado desvirtúan la igualdad de la autonomía negocial y es por ello que, en este aspecto específico, la exorbitancia estatal se regula a través de potestades excepcionales al derecho ordinario, al derecho común de los contratos y por ende, al Código Civil y de Comercio.

Esta sola circunstancia potencializa el riesgo del contratista que se ve afectado por la imposición pública y por el acto administrativo que se hará ejecutivo y ejecutorio con la sola firmeza del acto administrativo que lo impone sin que, como se señaló, exista ninguna otra posibilidad de no cumplimiento en sede administrativa y traiga como consecuencias, por ejemplo inhabilidades para contratar con el Estado, cobros por la vía coactiva, efectividad de las garantías o simplemente la Modificación, Interpretación o Terminación Unilateral y excepcional de un acuerdo de voluntades.

Lo dicho constituye, sin lugar a equívocos, un riesgo inconmensurable para el contratista privado pero más riesgoso aún, y es el motivo de este trabajo de grado, que en nuestro país y en este mundo globalizado y de libre competencia, el particular que quiere acceder a los negocios públicos no tenga claridades tan elementales como la de saber, y tener la seguridad jurídica previa a plantear el negocio, cuáles son las potestades que la administración que lo contratará puede esgrimirle e imponerle imperativamente. Más impactante aún en la inversión y en la voluntad de participar como contratista en nuestro

país es no tener claridad alguna de cuál será el juez que dirimirá sus controversias y que su determinación, independientemente del clausulado del contrato, se entrega de forma absoluta al manejo del ente público quien está en posibilidad, incluso frente al pacto de clausula de arbitramento, de sacar el conflicto de esta jurisdicción con la sola expedición de un acto administrativo.

En otras palabras, la inseguridad jurídica, la falta de claridad normativa y un terreno nebuloso en la aplicación de un poder de imperio que puede llegar a arrodillar literalmente a un contratista se constituyen en feroces enemigos de la inversión en Colombia no solamente para extranjeros sino también para nacionales. Este punto ha sido debatido en múltiples foros especialmente en las VI Jornadas de Contratación Estatal¹¹¹ por varios panelistas¹¹² así como en el foro de contratación administrativa de la Universidad del Rosario compilado en el libro titulado “La ley 1150 de 2007. ¿Una respuesta a la eficacia y transparencia en la contratación estatal?” específicamente en la ponencia de la doctora María Teresa Palacio Jaramillo.

Así el doctor De Vivero, en cuanto a la inseguridad jurídica ha expuesto lo siguiente a modo de ejemplo:

“La facultad para imponer multas mediante acto administrativo se extiende de manera retroactiva, es decir, se aplica a contratos suscritos con anterioridad a la entrada en vigencia de esta normativa, en julio de 2007. Tal

¹¹¹ Dichas jornadas fueron compiladas en el libro : “Reforma al Régimen de Contratación Estatal” cuyo compilador fue el doctor Felipe de Vivero Arciniegas.

¹¹² Entre ellos los doctores Patricia Mier Barros, María Teresa Palacio Jaramillo; Felipe de Vivero Arciniegas entre otros.

aplicación retroactiva de la ley nos parece igualmente inconstitucional y es evidente que la duda razonable que genera este aspecto es nuevamente causa de inseguridad jurídica.” (Subrayado fuera de texto)

En este aspecto vale la pena comentar dos autos de interés expedidos en diversos tribunales de Arbitramento y que muestran la enorme confusión que existe en este tema que se trata

i)Auto de 28 de noviembre de 2001 perteneciente al Tribunal de Arbitramento convocado por el Antiguo ICEL (IPSE) en el que existió un acto administrativo con posterioridad a la notificación de la demanda arbitral, acto administrativo correspondiente a una declaratoria de incumplimiento y liquidación del contrato. El Tribunal determinó mediante el auto anotado que se encontraba impedido para pronunciarse sobre el fondo de la cuestión por existir un “obstáculo infranqueable” para que el reseñado Tribunal pudiese avocar conocimiento de la demanda, precisamente por existir un acto administrativo aparentemente excepcional de por medio.

No obstante lo anterior decide compulsar copias a la Fiscalía, a la Procuraduría y al Consejo Superior de la Judicatura por conducta censurable de la Administración. ii) Mediante Auto de 27 junio de 2001, en el mismo año del auto anteriormente citado, en el Tribunal de Arbitramento de la Comisión Nacional de Televisión y Diego Fernando Londoño se presenta después de la notificación de la demanda arbitral, un acto administrativo de liquidación unilateral frente al cual, el Tribunal determina que el mismo non puede impedir al Tribunal Arbitral de actuar por no tratarse del ejercicio de una potestad excepcional y por tanto asume competencia.

Esta es apenas una muestra de la problemática que se presenta frente al tema de los actos administrativos de imperio de la Administración y específicamente de la confusión sobre cuáles son las potestades exorbitantes del Estado.

El temor o riesgo que puede generar la estipulación y/o aplicación de las cláusulas exorbitantes o de aquellas que pretenden serlo es más que evidente en nuestro mundo jurídico de la contratación estatal y causa enormes miedos a los posibles oferentes frente a temas que carecen por completo de claridad legislativa y jurisprudencial.

CONCLUSIONES

1. Luego de una mirada analítica y crítica de la historia reciente relativa a la Contratación Estatal en nuestro país se observa que tiene su origen, como tema independiente al mundo privado y de la autonomía de la voluntad desde principios del Siglo XX., situación que coincide igualmente con la creación del Consejo de Estado como suprema autoridad jurisdiccional contenciosa administrativa y dentro de un Estado mayoritariamente de corte liberal Manchesteriano clásico.

Con el paso de los años y la importancia de la contratación a cargo del Estado como herramienta de inversión pública y de movimiento de la riqueza, se dio la unificación de la normativa en un estatuto que consagró la totalidad de su regulación armonizando y ampliando la contratación estatal. En efecto, el Decreto Extraordinario 150 de 1976 jugó un papel preponderante en el sentido ya anotado y fue la base para la expedición del Decreto- Extraordinario 222 de 1983 que reprodujo buena parte del anteriormente citado, aclarando y ampliando la regulación en un todo acorde con las adiciones ordenadas en la Ley 19 de 1982, que fue precisamente la que otorgó facultades al ejecutivo para la expedición de este Decreto Extraordinario.

Estas normas contractuales públicas han obedecido, a un específico y particular tipo de Estado, vale decir y principalmente después de la Reforma constitucional de 1968, a las de un Estado fundamentalmente monopólico público en el que éste, de manera exclusiva y excluyente, manejaba lo relacionado con los servicios públicos, hoy denominados domiciliarios. Así las cosas, y como respuesta a esta orientación constitucional, el

Decreto 222 de 1983 jugó un papel de gran importancia para organizar, estructurar y definir las reglas aplicables a los contratos estatales, dividiendo su clasificación entre los administrativos y los de derecho privado de la Administración. Los primeros, correspondían a los que tenían pactadas las cláusulas exorbitantes y el conocimiento de sus conflictos estaba deferido a la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Por su parte, los de derecho común que celebraba la administración carecían de las mencionadas cláusulas exorbitantes o de imperio estatal, y su juez de conocimiento era el ordinario. Teniendo en consideración que la norma buscaba mantener y proteger el monopolio público este estatuto se distinguió por ser extenso, tramitológico y formal, reglamentarista y fundamentalmente protector de los privilegios estatales.

Así las cosas, las cláusulas exorbitantes estaban taxativamente definidas y dentro de ellas se consagraban las multas, el incumplimiento para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, las garantías, los pagos a las apropiaciones presupuestales, la caducidad administrativa y los principios de terminación, modificación y terminación unilaterales.

Con la expedición de la nueva Constitución de 1991 la estructura y rumbo del Estado colombiano varió diametralmente pasando de uno monopólico público a uno en el que la competencia se definió como un derecho de todos. Para armonizar la legislación con este sustancial cambio de rumbo, se hizo necesaria la variación en la estructura del Estado mediante el Artículo Transitorio 20 de la Constitución, buscando con ello dar respuesta a la nueva realidad constitucional. Realizado este ajuste aparece la necesidad urgente de

modificar el estatuto de contratación para concordar el nuevo Estado con la realidad del comercio y prepararlo para esa nueva competencia.

En tal virtud, aparece como texto fundamental el artículo 13 de la referida Ley 80 de 1993, en el que se establece con claridad que las normas aplicables a la contratación del Estado serán las mismas que rigen la actividad particular, vale decir, el Código Civil y el Código de Comercio. Adicionado a ello la normativa consagrada en la ley 80/93, que, obviamente, es ajena al derecho privado de los contratos.

Entre las regulaciones propias del mundo público y no contenidas en la ley civil o comercial se encuentra el de las potestades excepcionales, antiguas cláusulas exorbitantes, base de ese estudio de grado

2. Con el objeto de enriquecer el análisis del tema propuesto se han escogido cuatro países (Francia, España, Argentina y Chile) que por su importante influencia tanto en nuestro derecho doméstico, como en el de la región, merecen la pena de ser analizados en lo que hace relación con el tratamiento que le dan a las cláusulas en análisis. En los regímenes estudiados se observa un elemento común, consistente en que las mismas son de carácter excepcional al derecho ordinario y de aplicación restringida y por tanto, su consagración es taxativa y de prohibido pacto entre los particulares. Aspectos tales como si su inclusión marca o no la diferencia entre un contrato estatal o uno de derecho privado de la administración y si esta circunstancia influye en la jurisdicción competente, no son de unánime tratamiento en los países en estudio, aunque en la mayoría de ellos la jurisdicción aplicable no depende de la existencia o no de estas cláusulas.

3. Tratamiento de las potestades excepcionales en la Ley 80 de 1993, contentiva del Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, regula básicamente aquellos aspectos no contemplados en la ley civil y comercial que son en términos generales los siguientes:

- Capacidad.
 - Régimen de inhabilidades e incompatibilidades y conflicto de intereses
 - Registro Único de Proponentes.
 - Consorcios y Uniones Temporales.
- Modos de selección objetiva de contratistas.
 - Licitación pública
 - Contratación directa
 - Concurso de méritos
 - Selección abreviada
- Ejecución del contrato
 - Potestades excepcionales y nuevas cláusulas especiales
 - Manejo económico del contrato.
- Mecanismos de solución directa y alternativa de controversias.
 - Conciliación
 - Transacción
 - Amigable composición
 - Arbitramento

De esta lista, se analiza el tema relacionado con las potestades excepcionales y las nuevas cláusulas especiales, estas últimas se consagraron en la ley 1150 de 2007 como prerrogativas públicas *sui generis*, en nuestro criterio.

En el trabajo se llega a la conclusión fundamental que las potestades exorbitantes son por definición excepcionales al derecho ordinario. Lo excepcional y obviamente por principio, es aquello que se sale de lo que es común o general, y por tal razón, debe ser de consagración taxativa teniendo en cuenta que, si fuese meramente enunciativo, se convertiría en la regla general perdiendo así su carácter excepcional. De esta premisa se parte para diferenciar lo “unilateral” de lo “exorbitante” afirmándose que todo lo exorbitante es unilateral pero no viceversa, premisa ésta muy valiosa para llegar a las conclusiones del presente estudio.

En desarrollo de la premisa anterior se afirma que el artículo 14 de la Ley 80/93 es precisamente el que lista de manera taxativa las potestades excepcionales y no contiene las relativas a las multas, al incumplimiento para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, y mucho menos la liquidación unilateral del contrato. Esta no incorporación tiene consecuencias directas y fundamentales en el desarrollo de este trabajo, especialmente en lo que hace a la posibilidad o no de llevar sus conflictos ante la justicia arbitral.

Se comprende de manera perfecta la razón que condujo a los redactores de la Ley 80/93 a no incluir como excepcionales a las multas ni al incumplimiento-cláusula penal pecuniaria, pues son figuras propias del derecho civil y comercial y por tanto allí radica su regulación, están claramente establecidos sus efectos y su pacto deviene de la

autonomía de la voluntad, incluso al concederle una parte a la otra la facultad unilateral de cobro. Esto no implica en momento alguno que el acreedor de una multa o de una cláusula penal pecuniaria tenga la posibilidad de ser juez y parte de su propio conflicto y por ello, cuando se presente un incumplimiento será absolutamente necesario acudir al juez del contrato para hacerlo efectivo.

La liquidación unilateral, aunque su ejercicio se hace a través de un acto administrativo motivado éste no tiene la característica de ser exorbitante no solo porque no está enlistado en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, sino por cuanto su contenido es meramente declarativo y no constitutivo.

4. Tratamiento de las cláusulas excepcionales y cláusulas especiales en la ley 1150.

Teniendo el anterior aspecto totalmente definido, se emprende el estudio de las nuevas cláusulas señaladas en el artículo 17 de la ley 1150 de 2007 para indicar que no pueden ser consideradas como potestades excepcionales, por tal razón no deberían poder ser declaradas y ejercidas a través del poder de imperio del Estado y mediante acto administrativo ejecutivo y ejecutorio.

Si la cláusula de multas y el incumplimiento-cláusula penal pecuniaria fueran exorbitantes deberían estar listadas de manera taxativa como tales, haciéndose énfasis que el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 no ha sido modificado ni adicionado, con las consecuencias jurídicas que ello acarrea.

Estas cláusulas *sui generis* y especiales no tienen la vocación de convertir lo unilateral en excepcional y por tanto, son simplemente parte de una regla general de

concertaciones contractuales provenientes de la autonomía de la voluntad y propias del régimen ordinario.

5. Potestades excepcionales y su relación con el mecanismo alternativo de solución de controversias-arbitramento.

La Constitución Política colombiana a partir del artículo 116 permite que los particulares puedan administrar justicia de manera transitoria en calidad de árbitros. Esta habilitación quedó consagrada expresamente en los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993 en el sentido que, en los contratos estatales puede incluirse la cláusula compromisoria para someter a decisión de árbitros las diferencias que surjan con ocasión de la celebración, ejecución, desarrollo, terminación y liquidación de los acuerdos o suscribir compromiso arbitral para los mismos efectos.

La Corte Constitucional en Sentencia 1436 de 2000 referida a la constitucionalidad y exequibilidad de los artículos citados, estableció la imposibilidad de llevar a la jurisdicción arbitral todos aquellos asuntos provenientes de la aplicación de las cláusulas exorbitantes o potestades excepcionales. La argumentada intransigibilidad de estos conflictos plantea la necesidad urgente de tener claridad meridiana sobre qué cláusulas son exorbitantes al derecho común y cuáles no lo son, con el fin de dar la suficiente seguridad jurídica a los operadores e inversionistas sobre un aspecto tan fundamental como es si los conflictos van a ser juzgados solamente por la jurisdicción de lo contencioso administrativo o pueden serlo también por el mecanismo alternativo de solución de controversias como es el arbitramento.

Luego de un extenso análisis de las diversas posiciones jurisprudenciales, se determina que las cláusulas contenidas en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 no son exorbitantes y por tanto si pueden ser objeto de pronunciamiento arbitral en los conflictos que de ellas surjan.

La única manera viable de involucrar como potestades excepcionales las multas, la cláusula penal, la liquidación unilateral o cualquiera otra sería modificando el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 y agregándolas a su enumeración taxativa. Cualquier otro camino traerá la confusión y la perplejidad que hoy causa la redacción del artículo 17 de la Ley 1150/07 dado que no basta la consagración legal para convertir una cláusula en excepcional al derecho común, sino que debe ser taxativamente nominada como tal, para que con ello tenga los efectos legales propios de la figura.

BIBLIOGRAFIA

DOCTRINA

- BENAVIDES, José Luis. “El Contrato Estatal”. Entre el derecho público y el derecho privado. Segunda edición. Universidad Externado de Colombia, 2004
- BETANCUR JARAMILLO, Carlos. Derecho Procesal Administrativo. 4ª Edición, 1994.
- CASSAGNE, Juan Carlos. El Principio de Legalidad y el Control Judicial de la Discrecionalidad Administrativa. Primera edición. Buenos Aires. Marcial Pons. 2009
- CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo. “La Misión de Contratación. Hacia una Política para la Eficiencia y la Transparencia en la Contratación”. Departamento Nacional de Planeación (DNP). Julio, 2002.
- Exposición de Motivos de la Ley 80 de 1993.
- GÜECHÁ MEDINA, Ciro Roberto. Falacia de las Cláusulas Exorbitantes antes en la Contratación Estatal. En: *Opinión Jurídica*, (julio – diciembre, 2006) año/vol. 5, numero 010. Universidad de Medellín. Medellín, Colombia, 2006.
- MONTES DE ECHEVERRY, Susana. Actualidad en temas de Derecho Administrativo. “Hacia la Modificación del Decreto 222 de 1983”.
- OSPINA FERNÁNDEZ; Guillermo. Régimen General de las Obligaciones. Octava Edición. Bogotá, Editorial Temisis S.A, 2005

- PALACIO JARAMILLO, María Teresa. Potestades excepcionales, nuevas prerrogativas de la administración pública y sus efectos en los procesos arbitrales. Ponencia: Jornadas de Contratación Estatal 2009. Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Bogotá, 2009.
- PALACIO JARAMILLO; María Teresa. Potestades Excepcionales y su Nueva Regulación Legal y Reglamentaria – Poderes de la Administración. Reforma al Régimen de Contratación Estatal. Universidad de Los Andes. Ediciones Uniandinas, 2010. Pp. 343 a 358.
- Real Academia Española (RAE)
- RICO PUERTA, Luis Alonso. Teoría General y Práctica de la Contratación Estatal. Conforme con la ley 1150 de 2007. Edición 5°. Bogotá: Editorial Leyer.
- RODRIGUEZ, Gustavo Humberto. Nuevos Contratos Estatales. Comentarios a la ley 80 de 1993; con doctrinas y jurisprudencias. Primera Edición. Bogotá: Librería Jurídicas Wilches, 1994.
- SOLANO SIERRA, Jairo Enrique. Contratación Administrativa. Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, decretos reglamentarios. Cuarta Edición actualizada. Bogotá: Ediciones Doctrina y ley Ltda., 2010
- SUAREZ BELTRÁN, Gonzalo. Reforma al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Comentarios a la Ley 1150 de 2007. Editorial Legis, 2007.
- VILLAR PALASÍ y VILLAR ESCURRA. Principios de Derecho Administrativo, T. III, Universidad de Madrid, Madrid España 1984.

JURISPUDENCIA

- Consejo de Estado. Sección III. Sentencia de 5 junio de 1992. Rad. 6661. Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez
- Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 15 de mayo de 1992, Rad.5326. Consejero Ponente: Daniel Suarez Hernández
- Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 11 de noviembre de 1993, Rad. 7809.
- Consejo de Estado. Sección III. Sentencia de 18 julio de 1997. Rad. 10703. Consejero Ponente: Juan de Dios Montes Hernández.
- Consejo de Estado. Sección III. Auto del 4 de junio de 1998. Expediente: 13988. Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque
- Consejo de Estado. Sección III. Auto del 6 de agosto de 1998. Expediente: 134558. Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque
- Consejo de Estado. Sección III Sentencia de 13 de septiembre de 1999. Rad. 10264. Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque.
- Consejo de Estado. Sección III. Sentencia del 23 de febrero de 2000. Rad. 16.394. Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra
- Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consulta del 14 de diciembre del 2000. Rad. 1293. Consejero Ponente: Luis Camilo Osorio Isaza
- Consejo de Estado. Sección III. Sentencia del 4 de julio de 2002. Rad. 19.333. Consejero Ponente: Germán Rodríguez Villamizar

- Consejo de Estado. Sección III. Sentencia 20 de junio de 2002. Rad. 19488.
Consejero Ponente: Germán Rodríguez Villamizar
- Consejo de Estado. Sección III. Auto del 14 de agosto del 2003. Rad. 24344.
Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez.
- Consejo de Estado Sección III. Sentencia del 21 de abril de 2004. Rad. 10875.
Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra
- Consejo de Estado. Sección III. Sentencia del 20 de octubre de 2005. Rad 14579.
Consejero ponente: Germán Rodríguez Villamizar.
- Consejo de Estado. Sección III. Sentencia 16 de febrero de 2006. Rad. 13414.
Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra.
- Consejo de Estado. Sección III. Auto del 18 de julio de 2007. Expediente: 29745.
Consejero Ponente: Ruth Stella Correa Palacio
- Consejo de Estado. Sección III. Sentencia del 31 de julio de 2007. Rad: 21574.
Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.
- Consejo de Estado. Sección III Sentencia 13 de noviembre de 2008. Rad: 17009.
Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.
- Consejo de Estado. Sección III. Sentencia de 20 de noviembre de 2008. Rad. 17031.
Consejero Ponente: Ruth Stella Correa Palacio
- Consejo de Estado. Sección III. Sentencia 25 de febrero 2009. Rad. 15797.
Consejero Ponente: Myriam Guerrero de Escobar.
- Consejo de Estado. Sección III. Sentencia de 10 de junio de 2009. Rad.36252.
Consejero Ponente. Mauricio Fajardo Gómez

- Consejo de Estado. Sección III. Sentencia de 17 de marzo de 2010. Rad: 18394. Consejero Ponente: Ruth Stella Correa Palacio.
- Corte Constitucional. Sentencia C-449 de 1992. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional. Sentencia C-250 de 1996. M.P: Hernando Herrera Vergara.
- Corte Constitucional. Sentencia C-154 de 1997. Magistrado Ponente: Hernando Herrera Vergara
- Corte Constitucional. Sentencia C-400 de 1999. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa
- Corte Constitucional. Sentencia C-1436 de 2000. Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra.
- Corte Constitucional. Sentencia C-949 de 2001, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.
- Corte Constitucional. Sentencia T-1341 de 2001. M.P: Álvaro Tafur Galvis
- Corte Constitucional. Sentencia T-677 de 2004. Corte Constitucional. M.P: Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Corte Constitucional. Sentencia T- 1088 de 2006. M.P: Álvaro Tafur Galvis.
- Consejo de Estado Francés. Sentencia del 20 de octubre de 1950. Fallo Stein
- Consejo de Estado Francés. Sentencia 19 de junio de 1952. Arret Societé des Combustibles et Carburants nationaux. Apud. Citado en VEDEL, George. Derecho Administrativo. Ediciones Aguilar. Madrid, 1980.
- Consejo de Estado Francés. Fallo 'Sociedad de granitos porfídicos de vosges' de 31 de julio de 1912.

LEGISLACIÓN NACIONAL

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA.

Código Civil

Código de Comercio

Ley 53 de 1909

Ley 110 de 1912.

Ley 61 de 1921

Ley 106 de 1931

Ley 4 de 1964

Ley 36 de 1966

Ley 80 de 1993

Ley 142 de 1994.

Ley 446 de 1998

Decreto 1818 de 1998

Ley 1150 de 2007

Decreto Extraordinario 2880 de 1959

Decreto Extraordinario 3130 de 1968

Decreto Extraordinario 150 de 1976

Decreto Extraordinario Ley 222 de 1983

Decreto Reglamentario 2474 de 2008

LEGISLACIÓN EXTRANJERA

Real Decreto del 11 de junio de 1886 (España)

Directiva 1989/665/CEE

Directiva 2004/18/CE

Directiva 2004/17/CE

Directiva 1992/13/CEE

Ley 13 de 1995 modificada por el Real Decreto Legislativo 2 de 2000(España)

Ley 19.886 de 2003 (Chile)

Ley 30 de 2007 (Chile)

Decreto 1023 de 2001 (Argentina)

Decreto 666/2003 (Argentina)

Decreto 75 de 2004 (Chile)

PAGINAS WEB

- IÑIGUEZ DE SALINAS, Elizabeth. Contratos administrativos.
http://www.tribunalconstitucional.gob.bo/descargas/articulos/ca_eis.pdf.
- <http://www.senado.gov.co/>
- <http://www.bogota.gov.co/portel/libreria/php/01.27.html>
- <http://www.consejodeestado.gov.co/>

NOTAS AL FINAL

(Nota 1)^I A continuación se exponen todas las directivas vigentes sobre la contratación Estatal en la Unión Europea.

Acto	Entrada en vigor	Plazo de transposición en los Estados miembros	Diario Oficial
Directiva 2004/18/CE [adopción: codecisión COD/2000/115]	30.4.2004	31.1.2006	DO L 134 de 30.4.2004
Acto(s) modificativo(s)	Entrada en vigor	Plazo de transposición en los Estados miembros	Diario Oficial
Directiva 2005/75/CE	9.12.2005	31.12.2006	DO L 323 de 9.12.2005
Reglamento (CE) n° 2083/2005	1.1.2006	-	DO L 333 de 20.12.2005
Directiva 2006/97/CE	1.1.2007	1.1.2007	DO L 363 de 20.12.2006
Reglamento (CE) n° 1422/2007	1.8.2008	-	DO L 317 de 5.12.2007
Directiva 2009/81/CE	21.8.2009	21.8.2011	DO L 216 de 20.8.2009
Reglamento (CE) n° 1177/2009	1.1.2010	-	DO L 314 de 1.12.2009

(FUENTE: Síntesis de la legislación de la UE.

http://europa.eu/legislation_summaries/internal_market/businesses/public_procurement/l22009_es.htm)

(Nota 2)^{II} **Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. (Vigente hasta el 30 de abril de 2008)**

Artículo 59. Prerrogativas de la Administración.

1. Dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley, el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, acordar su resolución y determinar los efectos de ésta.

Los acuerdos correspondientes pondrán fin a la vía administrativa y serán inmediatamente ejecutivos.

En el correspondiente expediente se dará audiencia al contratista.

2. En la Administración General del Estado, sus organismos autónomos, las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social y demás entidades públicas estatales, los acuerdos a que se refiere el apartado anterior deberán ser adoptados previo informe del Servicio Jurídico correspondiente, salvo en los casos previstos en los [artículos 41](#) y [96](#).

3. No obstante lo anterior, será preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos de:

- a. Interpretación, nulidad y resolución, cuando se formule oposición por parte del contratista.
- b. Modificaciones del contrato, cuando la cuantía de las mismas, aislada o conjuntamente, sea superior a un 20 % del precio primitivo del contrato y éste sea igual o superior a 1.000.000.000 de pesetas (6.010.121,04 euros).

(Nota 3) ^{III} Establece pues, el artículo 3 de la mencionada ley, que para la contratación de personal de las entidades, los contratos interadministrativos, los contratos efectuados de acuerdo con el procedimiento específico de un organismo internacional, aquellos relacionados con la compraventa de valores y el contrato de ejecución y concesión de obra pública, entre los más destacados, no aplicará la ley 19. 886.

(Nota 4) ^{IV} Artículo 14 de la Ley 80 de 1993. “De los Medios que pueden utilizar las Entidades Estatales para el Cumplimiento del Objeto Contractual. Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:

1o. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de 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 2 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.

En los actos en que se ejerciten algunas de estas potestades excepcionales deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial.

Contra los actos administrativos que ordenen la interpretación, modificación y terminación unilaterales, procederá el recurso de reposición, sin perjuicio de la acción contractual que puede intentar el contratista, según lo previsto en el artículo 77 de esta Ley.

2o. Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión.

Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios.

En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aun cuando no se consignen expresamente.”

(Nota 5) ^V Constitución Política de Colombia. ARTÍCULO 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.

(Nota 6) ^{VI}En principio, este fallo se diferencian, en cuanto al plazo, los contratos estatales en: los contratos de tracto sucesivo (plazo suspensivo y extintivo) y los de ejecución instantánea (plazo es único). En aquellos de tracto sucesivo es necesario aclarar que por regla general el plazo en la contratación estatal es suspensivo, pues en los respectivos pliegos se establecerá una fecha cierta para hacer exigibles las obligaciones adquiridas; y de manera excepcional el término será extintivo, es decir aquel hecho futuro y cierto que de cumplirse extinguirá las obligaciones

(nota 7) ^{VII} **ARTÍCULO 70. DE LA CLÁUSULA COMPROMISORIA.** En los contratos estatales podrá incluirse la cláusula compromisoria a fin de someter a la decisión de árbitros las distintas diferencias que puedan surgir por razón de la celebración del contrato y de su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación.

El arbitramento será en derecho. Los árbitros serán tres (3), a menos que las partes decidan acudir a un árbitro único. En las controversias de menor cuantía habrá un sólo arbitro.

La designación, requerimiento, constitución y funcionamiento del tribunal de arbitramento se regirá por las normas vigentes sobre la materia.

Los árbitros podrán ampliar el término de duración del Tribunal por la mitad del inicialmente acordado o legalmente establecido, si ello fuere necesario para la producción del laudo respectivo.

En los contratos con personas extranjeras y en los que incluyan financiamiento a largo plazo, sistemas de Pago mediante la explotación del objeto construido u operación de bienes para la prestación de un servicio público, podrá pactarse que las diferencias surgidas del contrato sean sometidas a la decisión de un tribunal de arbitramento designado por un organismo internacional.

ARTÍCULO 71. DEL COMPROMISO. Cuando en el contrato no se hubiere pactado cláusula compromisoria, cualquiera de las partes podrá solicitar a la otra la suscripción de un compromiso para la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento a fin de resolver las diferencias presentadas por razón de la celebración del contrato y su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación.

En el documento de compromiso que se suscriba se señalarán la materia objeto del arbitramento, la designación de árbitros, el lugar de funcionamiento del tribunal y la forma de proveer los costos del mismo.

(Nota 8)^{viii} *Aportes de la Sentencia C- 1436 de 2000. Corte Constitucional. Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra.*

“Los particulares, investidos de la facultad transitoria de administrar justicia, en su calidad de árbitros, no pueden hacer pronunciamiento alguno que tenga como fundamento determinar la legalidad de la actuación estatal, por cuanto corresponde al Estado, a través de sus jueces, emitir pronunciamientos sobre la forma como sus diversos órganos están desarrollando sus potestades y competencias. En este orden de ideas, esta potestad no puede quedar librada a los particulares, así éstos estén investidos transitoriamente de la facultad de administrar justicia, por cuanto a ellos sólo les compete pronunciarse sobre aspectos que las partes en conflicto pueden disponer, y el orden jurídico, en este sentido, no es objeto de disposición, pues se entiende que cuando la administración dicta un acto administrativo lo hace en uso de las potestades que la Constitución y la ley le han asignado, sin que a los particulares les pueda asistir la facultad de emitir fallos sobre ese particular.”

El pronunciamiento en este campo, es exclusivo de la jurisdicción, por tratarse de aspectos que tocan con el orden público normativo, que no es susceptible de disposición alguna.”

(...)

Por consiguiente, y como manifestación del poder público del Estado, el examen en relación con el ejercicio de las cláusulas exorbitantes por parte de la administración, no puede quedar librado a los particulares.

(...)

Significa lo anterior que cuando la materia sujeta a decisión de los árbitros, se refiera exclusivamente a discusiones de carácter patrimonial que tengan como causa un acto administrativo, éstos podrán pronunciarse, como jueces de carácter transitorio.

(Nota 9)^{ix} ley 446 de 1998. artículo 116. “Cláusula Compromisoria. el decreto 2279 de 1989 tendrá un artículo nuevo del siguiente tenor:

"Artículo 2A. Se entenderá por cláusula compromisoria, el pacto contenido en un contrato o en documento anexo a él, en virtud del cual los contratantes acuerdan someter las eventuales diferencias que puedan seguir con ocasión del mismo, a la decisión de un Tribunal Arbitral.

Si las partes no determinaren las reglas de procedimiento aplicables en la solución de su conflicto, se entenderá que el arbitraje es legal.

PARAGRAFO. La cláusula compromisoria es autónoma con respecto de la existencia y la validez del contrato del cual forma parte. En consecuencia, podrán cometerse <sic> al procedimiento arbitral los procesos en los cuales se debatan la existencia y la validez del contrato y la decisión del tribunal será conducente aunque el contrato sea nulo o inexistente."