

# Las cláusulas excepcionales en la actividad contractual de la administración pública: ¿autonomía de la voluntad o imposición del legislador?

NÉSTOR DAVID OSORIO MORENO<sup>1</sup>

## RESUMEN

Dentro de la actividad contractual de la administración pública en Colombia, se ha permitido, por disposición de la normativa constitucional y del legislador, la aplicación del principio de la autonomía de la voluntad, para que los sujetos contratantes dentro del negocio jurídico público construyan y establezcan las cláusulas que determinen las condiciones del contrato que celebran. El alcance de la autonomía de la voluntad debe ser analizado y sometido a una reflexión, frente a la institución de las cláusulas excepcionales al Derecho común, utilizadas por las entidades del Estado, dentro de la relación jurídica contractual que genera con el contratista. La existencia de las cláusulas excepcionales ha sido justificada por la consecución de los fines del Estado y, en especial, del interés público, pero no se ha reflexionado sobre la esencia de la figura. La aplicación de la institución en las relaciones contractuales del Estado se ha desarrollado sin determinar la naturaleza de la figura, como verdaderas cláusulas, originadas por la autonomía de la voluntad de las partes del contrato, o si se

1 Abogado. Universidad Externado de Colombia. Especialista en Derecho Público, Ciencia y Sociología Políticas, Universidad Externado de Colombia. Magíster en Derecho Público, Universidad Externado de Colombia. Candidato a Doctor en Derecho, Universidad Externado de Colombia. Asesor y Consultor. Docente de Derecho Administrativo de la Universidad de Cartagena (Colombia). Correo-e: osoriond@hotmail.com. Fecha de recepción: 15 de septiembre de 2013; fecha de aceptación: 25 de octubre de 2013. Para citar el artículo: Osorio Moreno, Néstor David (2013). "Las cláusulas excepcionales en la actividad contractual de la administración pública: ¿autonomía de la voluntad o imposición del legislador?", en *Revista Digital de Derecho Administrativo* N° 10. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pp. 95-108.

trata de privilegios conferidos e impuestos por el legislador, a la administración pública, como concreción del principio de legalidad. Este trabajo concluye que las cláusulas excepcionales al Derecho común, utilizadas en la actividad contractual de la administración pública, consisten en privilegios especiales que impone el legislador a las entidades estatales, dentro de la relación jurídica contractual, y que se contraponen a la esencia del verdadero concepto de cláusula y del principio de la autonomía de la voluntad.

**Palabras clave:** Autonomía de la voluntad, Cláusula, Cláusulas excepcionales, Contrato Estatal, Interés público, Ley.

## The exceptional clauses in the contractual activity on the public administration: freedom of choice or legislative imposition

### ABSTRACT

The contracting activity of public administration in Colombia has generally allowed, by order of constitutional and legislative norms, the application of the principle of autonomy, so that those subjects within a public legal transaction can build and establish the conditions governing their contract. The scope of the principle of autonomy must be analyzed and subjected to reflection, especially considering the institution of exception clauses in common law used by State agencies and their legal relationship with contractors. The existence of exception clauses has been justified by the interests of the State (and in particular the public interest) without strictly analyzing the essence of the figure. The application of this institution in contractual relations of the State has advanced greatly, but it is still uncertain if the true nature of the figure is caused by the autonomy of the parties in order to celebrate the contract, or if it comes as privileges conferred and imposed by the legislator as a way to concise the principle of legality. This paper concludes that exception clauses in common law, clearly applied in contractual activity within public administration, consist of special privileges imposed by the legislator to State entities, and are therefore opposed to the essence of the clause and the principle of autonomy.

**Keywords:** Freedom of choice, Clause, Exception Clauses, State Contract, Public interest, Law.

### I. INTRODUCCIÓN

Dentro de la actividad contractual de la administración pública en Colombia, se ha permitido, por disposición de la normativa constitucional y del legislador,

la aplicación del principio de la autonomía de la voluntad, para que los sujetos contratantes dentro del negocio jurídico público construyan y establezcan las cláusulas que determinen las condiciones del contrato que celebran. El alcance de la autonomía de la voluntad debe ser analizado y sometido a una reflexión, frente a la institución de las cláusulas excepcionales al Derecho común, utilizadas por las entidades del Estado, dentro de la relación jurídica contractual que genera con el contratista. La existencia de las cláusulas excepcionales ha sido justificada, por la consecución de los fines del Estado y, en especial, del interés público que, generalmente en Colombia, no se ha reflexionado sobre la esencia de la figura.

La aplicación de la institución en las relaciones contractuales del Estado se ha desarrollado sin determinar la naturaleza de la figura, como verdaderas cláusulas, originadas por la autonomía de la voluntad de las partes del contrato, o si se trata de privilegios conferidos e impuestos por el legislador, a la administración pública, como concreción del principio de legalidad. Este trabajo concluye que las cláusulas excepcionales al Derecho común, utilizadas en la actividad contractual de la administración pública, consisten en privilegios especiales que impone el legislador a las entidades estatales, dentro de la relación jurídica contractual, y que se contraponen a la esencia del verdadero concepto de cláusula y del principio de la autonomía de la voluntad.

Con el presente trabajo, nos proponemos analizar y abordar la naturaleza de las cláusulas excepcionales en la actividad contractual de la administración pública, en aras de aproximarnos a la precisión consistente en que sí son reglas derivadas de la autonomía de la voluntad o de privilegios impuestos por el legislador, a favor de una de las partes del contrato estatal. Para ello, primero, expondremos el concepto y alcance de la autonomía de la voluntad, y en segundo término, el alcance de las cláusulas excepcionales conferidas al Estado, para determinar si son verdaderas cláusulas o decisiones legislativas que se plasman en el negocio jurídico público. Y por último, esgrimiremos nuestras conclusiones sobre la verdadera naturaleza de las cláusulas excepcionales en la contratación estatal.

## II. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

Debemos, en primer lugar, abordar la concepción del principio de la autonomía de la voluntad, antes de adentrarnos en la naturaleza de las cláusulas en la teoría general del negocio jurídico, debido a que se convierte en el punto de partida para determinar la verdadera naturaleza de las denominadas cláusulas excepcionales, antiguamente exorbitantes, que se incluyen en los contratos de la administración pública.

El principio de la autonomía de la voluntad tiene relevancia jurídica tanto en el negocio jurídico privado como en el público, por la pretensión primigenia de los sujetos cocontratantes de crear, disponer y fijar las reglas que servirán

de parámetro en la relación jurídica contractual y determinen los efectos jurídicos de la regulación de los intereses inmersos en el acto jurídico naciente.

La relación inescindible que tiene el negocio jurídico con la autonomía privada, la manifiesta GHERSI (s.f.: 104), así: "El negocio jurídico es el instrumento de la autonomía privada, propuesto por la ley y a disposición de los particulares, a fin de que puedan servirse de él, no para invadir la esfera ajena, sino para ordenar la propia, en las relaciones recíprocas"<sup>2</sup>.

El reconocimiento de la autonomía de la voluntad representó, desde Roma, una firme evolución en el progreso jurídico, pues implicó el rompimiento de la "forma ritual" que lo constreñía, hasta el grado de no tener vida propia (ídem).

El principio de la autonomía de la voluntad surge, desde las concepciones kantianas<sup>3</sup>, como la fuente originaria de derecho, en el sentido de que determina el contenido y efectos del contrato, sin estar sujeto a la ley. En este sentido señala JOSÉ LUIS BENAVIDES (2010: 87): "La voluntad tiene el poder de generar los efectos jurídicos de la manera querida por las partes y, al mismo tiempo, garantiza la justicia de la obligación porque el hombre libre no puede actuar contra sus intereses".

El fundamento de la aparición de la autonomía de la voluntad en el Derecho privado, se concretiza en fundamentos filosóficos y económicos planteados en el siglo XVIII, en el sentido de que las obligaciones contractuales nacen producto de la libertad de los contratantes y que la libertad económica garantiza el equilibrio y la justicia económica en las relaciones de regulaciones de intereses entre los asociados (ídem).

El principio de la autonomía de la voluntad se identifica generalmente con la concepción del Código Civil napoleónico de 1804. Sin embargo, no fue enunciado sino al final del siglo XIX, y corresponde en realidad a una reacción frente al decaimiento del individualismo (ídem: 90).

La utilización de la figura, en un sentido restringido y específico, obedece a la doctrina del Derecho internacional privado, acerca del cual, en 1886, WEISS hizo alusión del principio, para solucionar el debate del conflicto de leyes en materia contractual, en especial, la colisión normativa en el espacio.

Sobre la génesis de la autonomía de la voluntad en el Derecho privado, JORGE SUESCÚN MELO (1995: 11-12) señala:

En todos los Códigos europeos continentales expedidos a comienzos del siglo anterior, la estructura de la teoría de los contratos estaba basada en cuatro pilares fundamentales, a saber: el de la autonomía de la voluntad privada; el del

2 Este mismo autor considera que el negocio jurídico es un precepto de la autonomía privada, formada mediante la declaración de voluntad y el comportamiento.

3 Para el filósofo alemán, este principio tenía un contenido restrictivo consistente en la libertad de escogencia que tiene el hombre de dotarse de una ley moral y de someterse a ella (BENAVIDES, 2010: 86).

consensualismo; el principio "pacta sunt Servanda" o que el contrato es ley para las partes y finalmente el principio de ejecución de buena fe de los contratos.

La autonomía de la voluntad privada, en la forma en que la entendieron los codificadores del Siglo XIX, es proyección de un postulado más general que rige a la voluntad en cimiento de la organización jurídica toda, en la cual el Derecho es producto del mero querer de las personas, para lo cual se las dota con restricciones menores del máximo poder creador de sus propias relaciones, lo que logran a través del contrato...

Esta concepción voluntarista del contrato reposa sobre dos fundamentos: el de la igualdad y el de la libertad...".

Posteriormente, encontramos que la noción de la autonomía de la voluntad fue esbozada por GENY en su obra *Método de interpretación y fuentes del Derecho positivo*, como el poder de la voluntad de crear actos jurídicos<sup>4</sup>, pero concretizada en su esencia por GOUNOT, concebida como órgano productor de Derecho.

La concepción de la autonomía de la voluntad en el Derecho privado apareció como la defensa del individualismo y rechazo al intervencionismo, como garantía de la libertad de los contratantes.

Teniendo en cuenta el análisis que se ha esbozado sobre la conquista y aparición del principio de la autonomía de la voluntad, consideramos necesario, por razones metodológicas, transcribir lo expresado por JOSÉ LUIS BENAVIDES, en los siguientes términos:

La autonomía de la voluntad surgió primero como una noción política para adquirir luego su traducción jurídica. Ella no es inherente al contrato privado sino a una concepción ideológica de las relaciones entre los contratantes. Es necesario así analizar el Derecho positivo para deducir de él cuál es el significado real de esta noción.

Hemos podido constatar que la evolución del Derecho positivo busca dar a las partes un clima de igualdad real y no simplemente formal. Para lograr este resultado era necesario encuadrar, restringir y guiar la libertad de las partes. La autonomía de la voluntad es concebida hoy, no como un campo de soberanía privada, sino como el espacio de libertad ofrecido a los contratantes según los límites y las directivas impuestas por el Derecho positivo (ídem: 97).

Los particulares mismos, en sus relaciones recíprocas, proveen a la satisfacción de las necesidades propias, según su libre apreciación, mediante cambio de

4 En la época del culto al texto positivo y a la idea del derecho codificado, a partir de las previsiones del Código Civil, aparece GENY, en la obra citada, con la expresión de la autonomía de la voluntad, así: "La voluntad del hombre, tan flexible, tan variada, que se moldea según los hechos y se adapta a las diversas situaciones, genera ella misma consecuencias jurídicas y debe gozar, en principio, de la más amplia autonomía" (BENAVIDES, Ob. cit.: 92).

bienes o servicios, asociación de fuerzas, prestación de trabajo, préstamo o aportación común de capitales, etc. La iniciativa privada<sup>5</sup> es el mecanismo motor de toda conocida regulación recíproca de intereses privados (BETTI, s.f.: 40).

A partir de esa idea, se ha elaborado el concepto de la autonomía privada<sup>6</sup> en el sentido de que, consistente en el poder que tienen los particulares para autorregular sus propios intereses y determinar el contenido de los negocios jurídicos celebrados, dentro de las distintas relaciones económico-sociales en que se manifiestan (SCOGNAMIGLIO, 1991: 15-17). El elemento volitivo se convierte en el motor del ejercicio de la autonomía privada.

En esa medida, la autonomía privada permite la creación de relaciones jurídicas y el ordenamiento jurídico solamente se circunscribe a concederles a los administrados la potestad de nutrir las situaciones que generarían vínculos entre los mismos, y además, se convierte en fuente de normas jurídicas que integra el orden jurídico vigente (GHERSI, Ob. cit: 105).

En virtud de esta concepción, los particulares, en el desarrollo de sus relaciones y necesidades económicas y sociales, tienen la libertad de disponer sobre la regulación de sus intereses, revestidos de una atribución y facultad que les otorga el movimiento dinámico-social y el ordenamiento jurídico del Estado (BIGLIAZZI, 1995).

El negocio jurídico comprendido como el instrumento que materializa la autorregulación y disposición de intereses de los sujetos contratantes<sup>7</sup>, permite la inclusión de estipulaciones que nacen producto de la voluntad de las partes, que se denominan cláusulas, y que determinan el contenido y las condiciones de la relación contractual<sup>8</sup>.

Las cláusulas del contrato se derivan del ejercicio de la autonomía de la voluntad y garantizan la igualdad de condiciones de los cocontratantes, en el

5 Nuestra normativa Constitucional garantiza esta iniciativa, de acuerdo con lo consagrado en el artículo 333: "La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley...". En este sentido se pronunció el Juez Constitucional, de la siguiente manera: "...Es cierto que la Constitución consagra explícitamente la libertad de empresa, la libre competencia y el derecho a la libertad de asociación, al igual que los valores fundamentales de solidaridad e igualdad, obviamente dentro del contexto del Estado social de Derecho..." (Corte Constitucional. Sentencia C-040 de 1993).

6 "Se trata de un principio que puede ser catalogado como el *summum* de la contratación, ya que, si no hay una clara disposición de autonomía de la voluntad frente a los intereses contrapuestos que enmarca el vínculo de una relación contractual ajena a todo vicio en su consentimiento, no se puede afirmar contundentemente que estamos ante un contrato, acuerdo, convención, pacto o convenio..." (EXPÓSITO VÉLEZ, 2007: 304 y ss.).

7 Sobre el particular, ver HINESTROSA (1983: 328-329).

8 Al respecto, SCOGNAMIGLIO (1991: 15-16) señala: "...Sino que, conforme a su más correcto significado y prescindiendo de la posición que quiera adoptarse frente al concepto de negocio, alude al poder de los particulares para darse de por sí reglas en el campo de las relaciones económico-sociales (distinguiéndose así esta autonomía de la libertad interna y moral del sujeto)...".

sentido de que reflejan los términos e intenciones establecidos por los mismos, para determinar el contenido y alcance de la relación jurídica originada por sus intereses.

Esta apreciación relacionada con la génesis de las cláusulas contractuales, ha sido esbozada por Sconamiglio (Ob. cit.: 16-17), así: "*...En gracia de este precepto, las partes están ante todo autorizadas para determinar libremente el contenido de los contratos (negocios) regulados por la ley o nominados. A ellas les corresponde rellenar, por así decirlo, los esquemas negociales que el propio ordenamiento acoge... y aun completando eventualmente el contenido del acto, enriqueciéndolo con cláusulas, condiciones, términos, etc. compatibles con el tipo de negocio contemplado...*" (cursivas fuera de texto).

De esa manera, consideramos que las cláusulas pactadas dentro de un contrato, deben obedecer exclusivamente a la voluntad de las partes contratantes, como manifestación del principio de la autonomía de la voluntad, que debe imperar en la relación jurídica contractual.

Este principio de la autonomía de la voluntad se encuentra previsto en el ordenamiento jurídico colombiano, y en especial, en la actividad contractual de la administración pública, de conformidad con lo establecido en los artículos 32 y 40 de la Ley 80 de 1993<sup>9</sup>, que permite la aplicación íntegra y efectiva del mismo, en todos los actos jurídicos generadores de obligaciones, donde sea parte una entidad estatal, con la finalidad de determinar y establecer las reglas y condiciones que rijan el negocio jurídico público.

Ahora bien, creemos que merece especial atención y reflexión el alcance de la expresión de cláusulas excepcionales utilizada en la actividad contractual de la administración pública, atendiendo la esencia y efectos del principio de la autonomía de la voluntad expuesto y, en especial, el concepto de cláusula citado, y que abordaremos a continuación.

## II. CLÁUSULAS EXCEPCIONALES

Las cláusulas excepcionales al Derecho común son prerrogativas que ostenta la administración pública<sup>10</sup>, dentro de la relación jurídica contractual, y que conllevan a privilegiar a uno de los sujetos de la relación negocial, bajo criterios de interés público<sup>11</sup> o por decisión del legislador.

9 La norma señala que el principio de la autonomía de la voluntad, se aplica tanto para los contratos estatales típicos y atípicos, y por lógica, en la construcción del clausulado que nutre a los mismos.

10 Cfr. GARRIDO FALLA (s.f.).

11 Sobre el particular, la Corte Constitucional, mediante sentencia C-620 del 2012, señaló que el interés público determina la posición de los sujetos contratantes y la relación entre las mismas, dentro del contrato estatal, y además, justifica la preeminencia de la posición de la administración pública. El intérprete constitucional considera que el otorgamiento de

Han sido concebidas como poderes derivados de la exorbitancia reconocida a la administración pública, en el ejercicio de su función administrativa, con el fin de salvaguardar el interés público o garantizar el cumplimiento de las finalidades del Estado<sup>12</sup>.

Igualmente, existe una concepción atinente a que son prerrogativas públicas que le otorgan al Estado un beneficio y trato favorable en sus distintos ámbitos de acción, derivada de la premisa de que la administración, normalmente, se presenta como titular de un *poder soberano* (poder de *imperio*) frente a los particulares<sup>13</sup>.

El intérprete constitucional colombiano ha reconocido las cláusulas excepcionales como prerrogativas conferidas a las entidades públicas, derivadas del poder público de la administración pública y que obedecen a la finalidad misma perseguida en los contratos públicos, como es el interés público, y que no tienen aplicación en los negocios jurídicos del Derecho privado<sup>14</sup>.

Dentro de la actividad contractual de la administración pública en Colombia, se aplica la figura denominada cláusulas excepcionales, con fundamento en lo dispuesto en los artículos 14, 15, 16, 17, 18 y 19 de la Ley 80 de 1993<sup>15</sup>,

las cláusulas excepcionales al Derecho común, a la administración pública, descansa sobre la premisa del cumplimiento de los fines del Estado y por ende, del interés público.

12 En esa línea, la característica más relevante del régimen de los contratos públicos es precisamente la de las prerrogativas de las administraciones públicas. Éstas se encuentran justificadas, sobre todo, por la finalidad pública de los contratos administrativos y por el carácter de *potentior personae* del ente público contratante, que se traslada lógicamente a la relación jurídico-contractual (Cfr. BERMEJO VERA, s.f.: 336).

13 Ver al respecto, ALESSI (1970: 181).

14 Corte Constitucional. Sentencia C-620 de 2012 En esta providencia se señaló: "...Las cláusulas exorbitantes son prerrogativas derivadas del poder público de la Administración pública y que no podrían aplicarse en un contrato de derecho privado<sup>[129]</sup>. Estas cláusulas se derivan fundamentalmente de la presencia del interés público en los contratos estatales y de la especial naturaleza de los mismos, permitiendo a la entidad ejercer determinadas prerrogativas que no podrían aplicarse en una relación contractual de carácter privado<sup>[130]</sup>. "Al respecto esta Corporación ha señalado que las cláusulas exorbitantes implican "el reconocimiento de poderes excepcionales a la administración que le permiten extinguir el vínculo contractual para asegurar la primacía de los intereses públicos o sociales que están vinculados a la realización del objeto del contrato"<sup>[131]</sup>.

15 Al respecto, el Consejo de Estado ha señalado: "...En materia de contratación, el legislador ha investido a las entidades estatales de ciertas potestades excepcionales, concebidas como medios de los cuales dispone la Administración para asegurar el cumplimiento del objeto contractual y por ende de los fines buscados con la contratación. El artículo 14 de la Ley 80 de 1993, en su numeral 1º establece la potestad excepcional de las entidades estatales para interpretar, modificar o terminar unilateralmente los contratos estatales, mediante actos administrativos debidamente motivados que serán susceptibles de impugnación mediante el recurso de reposición y por vía judicial mediante la acción contractual. La misma norma en su numeral 2º establece la obligatoriedad de pactar en los contratos estatales, cláusulas excepcionales al derecho común, de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad del contrato, cuando

entendidas como prerrogativas o poderes especiales conferidas a favor de las entidades públicas, con la finalidad de salvaguardar el cumplimiento del objeto contractual y, en especial, la satisfacción del interés general, que se encuentra ínsito en las actuaciones contractuales del Estado.

La esencia de la institución de las cláusulas excepcionales debe ser analizada y contrastada con lo previsto en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993<sup>16</sup>, en el sentido de que en el texto legal citado, el legislador establece, como concreción del poder de dirección que tiene la administración pública, sobre el desarrollo y cumplimiento del contrato estatal, y en especial, del objeto contractual, la posibilidad de utilizar las denominadas *cláusulas* de caducidad, terminación, interpretación y modificación unilateral, sometimiento a las leyes nacionales y de reversión.

El texto normativo establece de forma clara la procedencia de la utilización de las cláusulas excepcionales al Derecho común, dentro de la actividad contractual de la administración pública, como una política legislativa dentro de la dinámica de la función administrativa del Estado, y que se concretiza con la concesión de un poder privilegiado a las entidades públicas, dentro de las relaciones jurídicas negociales que puedan crear, en el tráfico de las actividades y competencias conferidas por el ordenamiento jurídico, para el logro de los cometidos que les imponen las normas jurídicas habilitadoras de su gestión administrativa.

En nuestro criterio, la aparición de la institución de las cláusulas excepcionales al Derecho común, en el mandato contenido en la Ley 80 de 1993, obedece a una imposición del legislador<sup>17</sup>, a favor de la administración pública

dichos contratos tengan por objeto la explotación de un monopolio estatal, la prestación de servicios públicos, la explotación y concesión de bienes del Estado, o cuando se trate de un contrato de obra...".

16 El precepto consagra: "...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.

"Parágrafo. En los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos; en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2º de este artículo, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguro tomados por las entidades estatales, se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones".

17 Este aspecto ha sido analizado por el Honorable Consejo de Estado, de la siguiente manera: "...En lo relacionado con las cláusulas excepcionales al derecho común de termina-

y que genera una posición jurídica especial en el negocio jurídico público, del Estado frente al sujeto co-contratante, que en nada interviene en la discusión y construcción de la supuesta *cláusula*, como debería ocurrir, en aplicación del principio de la autonomía de la voluntad.

De la redacción del precepto que consagra la figura de las cláusulas excepcionales al Derecho común, pudiese generar la interpretación, a nuestro parecer, confusa, de que en ciertos tipos contractuales, como es el contrato de suministro y de prestación de servicios, las partes del contrato estatal tendrían la posibilidad de decidir, voluntariamente, la inclusión de las cláusulas excepcionales en el respectivo contrato, pero esta concepción resulta errada, debido a que la posibilidad parte de la habilitación de la ley, es decir, de una opción creada por el legislador<sup>18</sup>, que, además, circunscribe los únicos tipos de contratos estatales, en los cuales podrían los sujetos del negocio jurídico, adoptar la decisión de pactar las cláusulas excepcionales, sin que sea una regla originada exclusivamente en la voluntad de las partes contratantes.

El legislador es el que determina e impone, en la actividad contractual de la administración pública en Colombia, los escenarios y eventos donde procede la inclusión y aplicación de la institución de las cláusulas excepcionales al Derecho común, como se puede apreciar en el mandato contenido en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993. Cuando la norma legal señala la posibilidad de pactar las cláusulas excepcionales, en los contratos de suministro y de prestación de servicios, no lo hace para materializar el principio de la autonomía de la voluntad, sino como concreción del poder imperativo propio del Congreso, porque de lo contrario, tendrían la facultad los sujetos co-contratantes de decidir la inclusión de esas *cláusulas*, en otros tipos contractuales, e inclusive, en los de-

ción, interpretación y modificación unilaterales, el numeral 2 del mencionado artículo 14 regula su ejercicio en atención al tipo de contrato de que se trate. Así, el legislador exigió su imposición en aquellos contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituye 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. De igual forma, la normativa facultó a la administración para pactar dichas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios. Así mismo, la norma establece que las entidades podrán prescindir de la utilización de estipulaciones excepcionales en los contratos que se celebren con personas públicas internacionales o de cooperación, ayuda o asistencia y en los contratos interadministrativos, de empréstito, de donación, de arrendamiento y de aquellos que tengan por objeto actividades comerciales, industriales, científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguro tomados por las entidades estatales".

18 Esta apreciación la ha esgrimido el Consejo de Estado (Exp.35827), bajo el criterio de que el principio de legalidad impera en la actividad contractual de la Administración Pública, haciendo nugatorio el principio de la autonomía de la Voluntad en los contratos del Estado. En ese sentido, señaló: "...lo anterior, toda vez que el principio de autonomía de la voluntad no puede invadir la esfera reservada para el principio de legalidad, máxime si la discusión gira en torno a una potestad o cláusula de tipo excepcional al derecho común, que permite a la administración contratante ejercer determinaciones que modifican el contrato...".

nominados atípicos, en aplicación integral de la autonomía de la voluntad, sin estar atados, exclusivamente, al listado de contratos enunciados por la ley<sup>19</sup>.

Consideramos que, de la forma como se introduce en el ordenamiento jurídico colombiano, la institución de las cláusulas excepcionales corresponde a disposiciones normativas previamente definidas por el legislador, y que reflejan políticas legislativas de posiciones privilegiadas y ventajosas para una de las partes del contrato estatal, como es la administración pública<sup>20</sup>.

Atendiendo las premisas establecidas en la Ley 80 de 1993 y lo expuesto tanto por la jurisprudencia constitucional, como la derivada de la jurisdicción contenciosa administrativa, existe una errónea apreciación, en nuestro criterio, sobre la justificación de la institución analizada, en relación con el interés público y la satisfacción del mismo, debido a que, de manera coherente con el concepto esgrimido de cláusula, esa figura en comento tendría que concebirse y sustentarse como producto originado por la voluntad de los sujetos cocontratantes, y no con base en la finalidad de la actividad de la administración pública, como es la satisfacción del interés general que, además, se convierte en el fin del contrato estatal, pero no como la esencia de las reglas creadas por las partes del negocio jurídico, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad.

Los principios de la autonomía de la voluntad e igualdad jurídica de las partes quedan subordinados en el contrato de la administración. Es el interés público el que prevalece sobre los intereses de los particulares. En consecuencia, la administración aparece investida de una posición de superioridad jurídica y de prerrogativas en cuanto a interpretación, modificación y resolución del contrato en virtud de las cláusulas exorbitantes del Derecho común que éste contiene<sup>21</sup>.

De esa manera, encontramos que las cláusulas excepcionales, antes denominadas exorbitantes, no encuadran dentro del concepto de cláusula, debido a que no corresponden a un producto de creación voluntaria de las partes de un contrato, sino que, por el contrario, son mandatos imperativos previamente

19 Al respecto, el máximo órgano de la jurisdicción contenciosa administrativa, expuso: "...Es por ello que de la lectura del texto anterior, (art. 14 de la Ley 80 de 1993 ) se tiene que el contrato de consultoría no está contenido en ninguno de los grupos identificables a partir de la citada regulación normativa, esto es: i) en los que se entienden pactadas las cláusulas exorbitantes; ii) en los que las partes pueden estipularlas expresamente, y iii) en los que no resulta o deviene procedente su estipulación, por expresa prohibición legal. En consecuencia, frente a un número plural de contratos estatales de diversa índole, no existe regulación expresa por cuanto no se encuentran mencionados en el citado artículo 14 *ibídem*. En esa perspectiva, la autonomía de la voluntad, entendida esta última como uno de los principios básicos del liberalismo moderno, no puede transgredir los postulados legales..." (Consejo de Estado, Exp.35827).

20 Ver al respecto, ESCOBAR GIL (2003: 263-266).

21 Cfr. DROMI (Ob.cit.).

definidos por el legislador, que materializan el principio de legalidad y hacen nugatorio el principio de la autonomía de la voluntad, dentro del contenido del negocio jurídico público.

## CONCLUSIONES

El principio de la autonomía de la voluntad consiste en el poder que tienen los particulares para autorregular sus propios intereses y determinar el contenido de los negocios jurídicos celebrados, dentro de las distintas relaciones económico-sociales en que se manifiestan.

El negocio jurídico comprendido como el instrumento que materializa la autorregulación y disposición de intereses de los sujetos contratantes, permite la inclusión de estipulaciones que nacen producto de la voluntad de las partes, que se denominan cláusulas, y que determinan el contenido y las condiciones de la relación contractual.

Las cláusulas del contrato se derivan del ejercicio de la autonomía de la voluntad y garantizan la igualdad de condiciones de los cocontratantes, en el sentido de que reflejan los términos e intenciones establecidos por los mismos, para determinar el contenido y alcance de la relación jurídica originada por sus intereses.

Dentro de la actividad contractual de la administración pública en Colombia, se aplica la figura denominada cláusulas excepcionales, con fundamento en lo dispuesto en los artículos 14, 15, 16, 17, 18 y 19 de la Ley 80 de 1993, entendidas como prerrogativas o poderes especiales conferidos a favor de las entidades públicas, con la finalidad de salvaguardar el cumplimiento del objeto contractual y, en especial, la satisfacción del interés general, que se encuentra ínsito en las actuaciones contractuales del Estado.

En nuestro criterio, la aparición de la institución de las cláusulas excepcionales al Derecho común, en el mandato contenido en la Ley 80 de 1993, obedece a una imposición del legislador, a favor de la Administración Pública y que genera una posición jurídica especial en el negocio jurídico público, del Estado frente al sujeto cocontratante, que en nada interviene en la discusión y construcción de la supuesta *cláusula*, como debería ocurrir, en aplicación del principio de la autonomía de la voluntad.

De esa manera, encontramos que las cláusulas excepcionales, antes denominadas exorbitantes, no encuadran dentro del concepto de cláusula, debido a que no corresponden a un producto de creación voluntaria de las partes de un contrato, sino que, por el contrario, son mandatos imperativos previamente definidos por el legislador, que materializan el principio de legalidad y hacen nugatorio el principio de la autonomía de la voluntad, dentro del contenido del negocio jurídico público.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALESSI, RENATO (1970). *Instituciones de Derecho Administrativo*, t. 1. Barcelona: Bosch, Casa Editorial.
- BENAVIDES, JOSÉ LUIS (2010). *El Contrato Estatal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- BERMEJO VERA, JOSÉ (s.f.). *Derecho Administrativo Básico*. Parte General. Pamplona (España): Civitas. Thomson Reuters.
- BETTI, EMILIO (s.f.). *Teoría General del Negocio Jurídico*. Torino.
- BIGLIAZZI GERI, LINA y otros (1995). *Derecho Civil. Hechos y Actos Jurídicos*, t. 1, vol. 2. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- DROMI, ROBERTO (1999). *Licitación Pública*. Buenos Aires: Ciudad Argentina.
- DROMI, ROBERTO (2006). *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Ciudad Argentina.
- ESCOBAR GIL, RODRIGO (2003). *Teoría general de los contratos de la administración pública*. Bogotá: Legis.
- EXPÓSITO VÉLEZ, JUAN CARLOS (2007). *Configuración del contrato estatal en el Derecho colombiano y español*. Bogotá: Universidad Externado De Colombia.
- GARRIDO FALLA, FERNANDO (s.f.). *Tratado de Derecho Administrativo*, t. II. Madrid: Editorial Tecnos.
- GHERSI, CARLOS ALBERTO (s.f.). *Contratos civiles y comerciales*. Parte General y especial, t. I. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- HINESTROSA, FERNANDO (1983). *Escritos varios*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- MATALLANA CAMACHO, ERNESTO (2013). *Manual de Contratación de la Administración Pública*. Reforma de la Ley 80 de 1993. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- SCONAMIGLIO, RENATO (1991). *Teoría General del Contrato*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- SUESCÚN MELO, JORGE (1995). "La aplicación del postulado de la Autonomía de la Voluntad en la contratación de las entidades estatales", en *Revista de Derecho Privado* nº 16. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 1 de diciembre del 2008. M.P. ENRIQUE GIL BOTERO. Exp.35827.

Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-620 del 9 de agosto de 2012. M.P. JORGE PRETELT CHALJUB.

Corte Constitucional. Sentencia C-040 del 11 de febrero de 1993. M.P. CIRO ANGARITA BARÓN.