

# Cláusulas excepcionales al derecho común: entre la inefectividad y el cumplimiento de los contratos estatales

MAURICIO ALEJANDRO ASCENCIO MORENO<sup>1-2</sup>

## RESUMEN

Las cláusulas excepcionales al derecho común contenidas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 pretenden ser la garantía del interés general en los contratos en los cuales pueden ser pactadas o se encuentran incluidas en el clausulado por ministerio de la ley. Asimismo, han sido creadas para evitar la paralización y asegurar el cumplimiento de los fines esenciales del Estado. El presente documento pretende analizar si las cláusulas excepcionales cumplen con dicha finalidad o si, por el contrario, su forma de aplicación facilita la suspensión del servicio que se pretende prestar con la ejecución del contrato, para lo cual se analiza su naturaleza jurídica, el ámbito de aplicación y, desde el punto de vista cuantitativo, si realmente son utilizadas por las entidades públicas para evitar la paralización del servicio público.

**Palabras clave:** cláusulas excepcionales al derecho común, cláusulas exorbitantes, potestades unilaterales, contratación estatal, responsabilidad del Estado.

- 1 Estudiante del Doctorado en Derecho de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia. Magíster en Consultoría de la Universidad de Salamanca, Salamanca, España. Magíster en Derecho contractual público y privado de la Universidad Santo Tomás, Bogotá, Colombia. Abogado en la Contraloría de Bogotá, Bogotá, Colombia. Enlace ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9650-2368>. Correo-e: mauricio.ascencio@est.uexternado.edu.co. Fecha de recepción: 1.º de julio de 2023. Fecha de modificación: 25 de septiembre de 2023. Fecha de aceptación: 9 de octubre de 2023. Para citar el artículo: Ascencio Moreno, Mauricio Alejandro. "Cláusulas excepcionales al derecho común: entre la inefectividad y el cumplimiento de los contratos estatales", *Revista Digital de Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, n.º 31, 2024, pp. 265-301. DOI: <https://doi.org/10.18601/21452946.n31.11>.
- 2 El presente artículo tiene sus bases en las investigaciones adelantadas durante los estudios de Maestría en Derecho contractual público y privado de la Universidad Santo Tomás, en el año 2019, en Colombia.

# Exceptional Clauses: Between Ineffectiveness and Compliance of Public Procurement Contracts

## ABSTRACT

The exceptional clauses contained within article 14 of Law 80 of 1993 intend to act as a guarantee of general interest in the contracts in which they can be agreed or when they are included in the clauses as an operation of the law. Likewise, they have been created to avoid paralysis and ensure compliance with the essential purposes of the State. The purpose of this document is to show whether the exceptional clauses comply with such purpose or whether, on the contrary, their application leads to the suspension of the service that is intended to be provided by the execution of the contract. To this end, this paper will analyze the legal nature and scope of application of the clauses, and, from a quantitative point of view, whether they are really used by public entities to avoid the suspension of public services.

**Keywords:** Exceptional Clauses to Ordinary Law, Exorbitant Clauses, Unilateral Powers, Public Contracts, State Liability.

## INTRODUCCIÓN

El presente trabajo pretende analizar desde una visión cuantitativa y cualitativa la eficacia de las cláusulas excepcionales al derecho común contenidas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993<sup>3</sup> como herramienta inmediata para evitar la paralización o interrupción de las obras o de la prestación de los servicios públicos en la ejecución de contratos que constituyan monopolios del Estado, obra, suministro, prestación de servicios, los relacionados con el Plan de Alimentación Escolar, concesión y asociaciones público privadas.

En los términos del citado artículo 14, la Administración tiene la dirección general del contrato y la función de vigilancia y control de su ejecución, motivo por el cual, en los referidos contratos, le otorgó las facultades de interpretación y modificación unilateral de las cláusulas y documentos contractuales y cuando las condiciones particulares del contrato lo ameriten, darlo por terminado de forma unilateral o, en caso de tratarse del incumplimiento grave del contratista, declarar la caducidad, así como revertir los

3 Modificada por el numeral 2 del artículo 52 de la Ley 2195 de 2022.

bienes necesarios para la explotación de bienes o monopolios estatales y someter el contrato a las leyes nacionales.

Sin embargo, su ámbito de aplicación está condicionado al cumplimiento de reglas y procedimientos que deben observar las entidades contratantes antes de ser decretadas, las cuales hacen que la actuación administrativa sea inoportuna por la concepción sancionatoria que le ha dado la jurisprudencia del Consejo de Estado, como ocurre en el caso de la declaratoria de caducidad, aunada a la existencia de herramientas procesales que pueden evitar o suspender el cumplimiento de los actos administrativos, que las hagan efectivas.

Dichas prerrogativas públicas tienen por finalidad garantizar el cumplimiento del contrato y evitar la paralización o afectación grave en la prestación de los servicios públicos, motivo por el cual es preciso medir el cumplimiento de dicho objetivo en la actividad contractual del Estado colombiano, para lo cual se realizará un análisis documental y se abordará su estudio desde su naturaleza jurídica en Colombia y las reglas de procedimiento necesarias para su aplicación.

Por otra parte, se usarán elementos cuantitativos como son las sentencias expedidas por el Consejo de Estado en el período comprendido entre los años 2000 y 2018, en las que se resolvieron conflictos suscitados por la aplicación de las cláusulas excepcionales en contratos de obra pública y la información suministrada por algunas de las entidades con mayor índice de contratación de obra en el mismo lapso, con el fin de llegar a una conclusión que nos invite a cuestionarnos si el contar con estas prerrogativas unilaterales es realmente necesario o no.

## 1. NOCIÓN Y NATURALEZA JURÍDICA DE LAS CLÁUSULAS EXCEPCIONALES AL DERECHO COMÚN

Para abordar el tema es necesario partir de la definición dada por el artículo 14 de la Ley 80 de 1993<sup>4</sup>. En razón de esta descripción normativa, la doctrina

4 "Artículo 14. *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:

1.º 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 2o. 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.

ha construido todo un andamiaje teórico que en principio se pensaría pacífico, pero en tratándose de una figura tradicional y emblemática del derecho administrativo de inspiración francesa, a lo largo de este estudio puede verse que no es posible hablar de una naturaleza jurídica uniforme de las llamadas "cláusulas excepcionales al derecho común".

### 1.1. LAS CLÁUSULAS EXCEPCIONALES, COMO CRITERIO IDENTIFICADOR DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Como se señaló arriba, la cuna de los poderes exorbitantes del Estado es Francia, cuya concepción guarda una estrecha relación con la tradición jurídica construida en España y Argentina, sistemas normativos en los cuales el contrato administrativo no se identifica a partir del criterio subjetivo, sino que se clasifica por su objeto, por lo cual es prudente iniciar con la búsqueda del concepto a partir de su origen.

Algunos autores, como Jéze<sup>5</sup>, han sostenido que las cláusulas o poderes exorbitantes se caracterizan principalmente por ser el elemento determinante

En los actos en que se ejercite 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.

2.º 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, los contratos relacionados con el programa de alimentación escolar 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 excepcionales."

5 Gaston Jéze. *Principios generales de derecho administrativo*. Buenos Aires, Depalma, 1950.

e identificador del contrato administrativo; a su juicio no interesa si el objeto del contrato se refiere a la prestación de un servicio público, lo realmente importante es la inclusión de las estipulaciones objeto de esta investigación, dentro del clausulado del contrato, pero reconoce que el concepto de *exorbitante* no es claro, pues otorga una facultad unilateral a una parte y a la otra le impone una obligación extraña a las que se pactan libremente en el marco del derecho privado<sup>6</sup>.

Por otra parte, André de Laubadère<sup>7</sup> afirma que la naturaleza propia del contrato estatal es la presencia de las cláusulas exorbitantes, las cuales constituyen una prerrogativa unilateral propia del derecho público, puesta al servicio del contrato administrativo, y en consecuencia la competencia en materia de conflictos es del juez administrativo, quien aplicará reglas y principios diferentes al derecho privado.

A pesar del paso del tiempo y la expedición de la Ley MURCEF<sup>8</sup> y el Code des Marchés Publics<sup>9</sup>, en Francia, desde hace más de un siglo, la naturaleza jurídica de las cláusulas exorbitantes ha sido un criterio identificador del contrato administrativo y determinante de la jurisdicción competente para conocer de las controversias suscitadas con ocasión a éste, pues en el régimen francés, al someter el contrato al Code des Marchés Publics y pactar dichas estipulaciones, las partes han expresado su voluntad de someter el contrato a conocimiento de la jurisdicción administrativa<sup>10</sup>.

En el derecho español, algunos autores, como García de Enterría<sup>11</sup>, se han referido a las cláusulas exorbitantes denominándolas "prerrogativas de poder público", enfatizando que estas harían ilícito un contrato civil, pero al tener naturaleza de contrato estatal la ley le da a la Administración la potestad de decidir ejecutivamente sobre su aplicación.

6 En el mismo sentido, Marceau Long *et al.* *Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa francesa*. Bogotá, Librería del Profesional, 2000, donde se afirma que a raíz de la expedición del fallo del 31 de julio de 1912, el Consejo de Estado francés reconoció a las cláusulas exorbitantes como el elemento determinante del contrato estatal.

7 André de Laubadère, Franck Moderne y Pierre Delvolvé. *Traité des contrats administratifs*. París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1983.

8 Ley 2001-1168 del 11 de diciembre, *Portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier*.

9 Décret 2001-201, del 7 de marzo de 2001.

10 Eva María Menéndez Sebastián. "El nuevo sistema legal francés en materia de contratación de las administraciones públicas. Hacia la unidad de jurisdicción", *Revista de Administración Pública*, n.º 158, 2002, pp. 449-475.

11 Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid, Thomson Reuters, 2006. Sobre la evolución del criterio de las cláusulas exorbitantes en Francia y España, véase Eduardo García de Enterría. "La figura del contrato administrativo", en *Revista de Administración Pública*, n.º 41, 1963.

La tradición española<sup>12</sup> ha aceptado la inclusión de cláusulas exorbitantes en los contratos administrativos, con el fin de garantizar el interés público y la eficacia administrativa, así como un criterio identificador del contrato sometido al control de la jurisdicción contencioso-administrativa, pero pese a la entrada de España en la Unión Europea, la discusión en materia de cláusulas excepcionales al derecho común, como elemento identificador del contrato administrativo, continúa, pues un sector de la doctrina sostiene que el contrato público no lo es por contener cláusulas exorbitantes sino que éstas se incorporan válidamente en razón de su naturaleza administrativa, además son aplicables así no se hayan previsto inicialmente en el pliego de condiciones, pues estas facultades se entienden incluidas en el contrato estatal<sup>13</sup>.

Por otra parte, se ha señalado que la diferencia entre contratos administrativos y privados de la administración no puede limitarse a la presencia de las facultades exorbitantes incompatibles con el Código Civil, el cual considera ilícito todo pacto que permita dejar a la voluntad de una de las partes contratantes la validez y el cumplimiento del contrato, sino que la distinción radica en la aplicación de las normas de derecho público que por naturaleza son impositivas sobre las de derecho privado de vocación dispositiva, que dan la posibilidad a las entidades del sector público de tener una normatividad contractual a su medida<sup>14</sup>.

En el caso argentino, Dromi<sup>15</sup> explica la naturaleza jurídica de las potestades exorbitantes de la Administración en materia de contratos administrativos, aclarando que los principios de igualdad y autonomía de la voluntad están supeditados o condicionados a la forma de selección del contratista, las disposiciones legislativas o administrativas aplicables al contrato y relación del objeto contractual al interés público.

Partiendo de esa desigualdad jurídica, la administración tiene competencia para ejercer facultades que serían inusuales<sup>16</sup> o inadmisibles en derecho privado por cuanto éstas rompen con los principios de igualdad entre las partes y libertad contractual, situación que haría ilícita tal estipulación, pero

12 José Antonio Moreno Molina y Francisco Pleite Guadamillas. *La nueva Ley de los Contratos del Sector Público- Estudio Sistemático*. Madrid, La Ley-Actualidad, 2010.

13 Gaspar Ariño. "El enigma del contrato administrativo", en *Revista de Administración Pública*, 2007, n.º 172, pp. 79-102.

14 Silvia del Saz. "La nueva ley de contratos del sector público. ¿Un traje con las mismas rayas?", *Revista de Administración Pública*, n.º 174, 2007, pp. 335-366.

15 Roberto Dromi. *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires, Editorial Ciudad Argentina, 1998.

16 El término inusual, implica que la estipulación le es extraña al derecho privado y su ejercicio no genera necesariamente un vicio de legalidad del negocio, sino que simplemente no se acostumbra en las relaciones contractuales entre particulares, como por ejemplo la facultad de dar instrucciones al contratista.

están implícitas en el clausulado así no se incluyan expresamente pues son la expresión del interés general sobre las intenciones particulares; y es esta condición la que le da su especificidad y existencia a los contratos públicos<sup>17</sup>.

Por su parte, para Cassagne<sup>18</sup> no existen las cláusulas exorbitantes implícitas, pues si no se incluyen en el clausulado, pero están reconocidas particularmente en el ordenamiento jurídico o son impuestas al contratista, ello no le quita su carácter contractual al ser evidente una aceptación de cláusulas predisuestas; pero si dichas facultades están reconocidas de forma general, ya la distinción entre facultad y cláusula no es tan clara.

Por otra parte, otra corriente doctrinal<sup>19</sup> afirma que la diferenciación entre cláusulas virtuales o implícitas y expresas o especiales es de vital importancia para identificar si se trata de un contrato administrativo o un contrato de derecho privado de la administración, pues si el negocio no tiene una naturaleza definida expresamente en el ordenamiento jurídico, caso de los contratos administrativos por razón de su propio objeto, se sabe que si incluye cláusulas exorbitantes está sometido al derecho público. Tanto así, que esta condición se les puede aplicar a los contratos de derecho privado y cambiaría su naturaleza al contar con las cláusulas expresas.

Así las cosas, en Argentina ocurre lo mismo que en Francia y España, donde se acoge el criterio objetivo para diferenciar los contratos de derecho privado de la administración de los contratos administrativos propiamente dichos; en estos últimos se crea una relación de poder público entre las partes, rompiendo la igualdad al incluirse cláusulas exorbitantes ilícitas en el derecho privado y sometidas al control jurisdiccional del juez contencioso administrativo, cosa que no ocurre en los primeros.

## 1.2. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS CLÁUSULAS EXCEPCIONALES EN EL DERECHO NACIONAL

Como se señaló en la introducción, con la expedición de la Ley 80 de 1993 se acogió el criterio subjetivo para identificar el contrato estatal<sup>20</sup>, motivo

17 Roberto Dromi. *Ecuaciones de los contratos públicos*. Buenos Aires, Editorial Ciudad Argentina, 2008.

18 Juan Carlos Cassagne. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, 2002.

19 Miguel Marienhoff. *Tratado de derecho administrativo*. Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, 2011.

20 Bajo el régimen de la Ley 80 de 1993, se pasó de contratos administrativos y de contratos de derecho privado de la administración contenidos en el artículo 16 del Decreto Ley 222 de 1983 a la categoría genérica de contratos estatales, lo cual implica que sin importar el régimen aplicable al contrato y si cuenta con cláusulas excepcionales, tal categoría la tendrá cualquier acto jurídico donde una de las partes sea una entidad

por el cual la determinación del contrato y su régimen jurídico no depende de la presencia de las cláusulas excepcionales al derecho común, las cuales además perdieron su naturaleza exorbitante, al cambiar la relación de poder público entre Administración y administrado, por una situación negocial entre el Estado y sus colaboradores en igualdad de condiciones y obligaciones en los términos del artículo 32 del Estatuto, vínculo regido por los principios de autonomía de la voluntad, buena fe y equilibrio obligacional, en virtud de lo dispuesto en el artículo 28 *ibidem*.

Asimismo, y siguiendo a Santofimio<sup>21</sup>, los contratos suscritos por el Estado están motivados por el interés público<sup>22</sup> y su ejecución es financiada con recursos del erario; razón por la cual se ha justificado<sup>23</sup> dentro de los contratos señalados en el numeral 2 del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, la inclusión de cláusulas que podrían romper la igualdad<sup>24</sup> entre las partes,

pública, sin distingo de su naturaleza jurídica. Véase Juan Ángel Palacio Hicapié. *La contratación de las entidades estatales*. Medellín, Librería Sánchez R., 2014, pp. 36-37, y Mónica Ibagón. *El principio de Estado de derecho y los contratos estatales: la forma escrita de los contratos en Colombia y Alemania*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014.

- 21 Jaime Orlando Santofimio. "El carácter conmutativo y por regla general sinalagmático del contrato estatal y sus efectos respecto de la previsibilidad del riesgo y del mantenimiento de su equilibrio económico", *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n.º 1, 2009, propone la siguiente definición de contrato estatal: "Entendemos entonces por contrato del Estado o estatal todo negocio jurídico, de contenido económico, consecuentemente oneroso, celebrado, por regla general, bajo los presupuestos del principio de igualdad, en aras del interés público o general, en el cual una de las partes es una entidad estatal, un particular que cumple funciones administrativas en los términos de la ley o cualquier otra persona que involucre en el mismo recursos públicos, y en razón del cual se generan, de manera discrecional, ponderada, proporcional y previsible, obligaciones por regla general recíprocas, de dar, hacer o no hacer alguna cosa entre las partes intervinientes, construyendo, regulando o extinguiendo entre ellas relaciones jurídicas patrimoniales individuales no generales, debidamente planificadas, obligaciones que se miran como equivalentes conforme a las provisiones objetivas iniciales acordadas por las partes al momento de proponer o de contratar", pp. 13-14.
- 22 Interés público que a nuestro juicio se encuentra estrechamente ligado con el cumplimiento de los fines esenciales del Estado y la prestación de los servicios públicos a cargo de éste. Sobre el punto, según Pedro Lamprea. *Contratos estatales*. Bogotá, Editorial Temis, 2009, el contrato estatal es un acuerdo de voluntades que a la luz del cumplimiento de los fines esenciales del Estado, genera responsabilidades frente a los diferentes órganos de control de la función pública.
- 23 Benjamín Herrera. *Contratos públicos*. Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2005.
- 24 Igualdad, entendida desde la concepción clásica formal en virtud del cual, las partes en paridad de condiciones pueden acordar en términos de igualdad, las condiciones del contrato. Según el recuento histórico del concepto de contrato hecho por el profesor chileno Jorge López Santa María: "El segundo de los presupuestos ideológicos de la concepción moderna del contrato se encuentra en la idea de la sustancial igualdad de las partes contratantes. El contrato es el medio mejor de arreglo de los intereses privados, porque es una obra común de dos contratantes que se encuentran en igual situación y

al poner a la Administración en una situación de superioridad respecto al contratista, bien sea por ser incluidas o pactadas por expresa orden legal, es decir, son una prerrogativa estatal cuya finalidad es servir de garantía del cumplimiento del contrato y la prestación efectiva, continua y eficiente de los servicios públicos y la función administrativa de la entidad contratante. Por tanto, son facultades que surgen del poder público del Estado y tienen su origen en la ley.

Dicha postura doctrinal justifica la posible ruptura de la igualdad entre las partes, en la calidad de colaborador de la administración que tiene el contratista, quien puede verse afectado con la aplicación de las cláusulas excepcionales, motivo por el cual es necesario garantizarle la reparación de los perjuicios a que haya lugar conforme a los principios de equidad y buena fe, cuyo monto deberá estar contenido en el acto administrativo en el que se haga efectiva una cláusula excepcional, como indemnización o compensación<sup>25</sup>.

Por otra parte, Correa<sup>26</sup> resaltó que la existencia de dichas prerrogativas rompe el principio de igualdad entre las partes de la relación contractual, pero sin llegar a la discrecionalidad absoluta, lo cual obliga a hacerlas efectivas mediante actos administrativos motivados y sujetos al control jurisdiccional. Por tanto, estableció tres perspectivas para definir las cláusulas excepcionales al derecho común, así:

La primera corresponde al ejercicio del derecho público, la cual se materializa a través de actos administrativos reglados en ejercicio de la función administrativa, con la finalidad de ejercer el seguimiento, vigilancia y control del cumplimiento del contrato.

La segunda perspectiva, como una restricción a la libertad negocial de los contratos celebrados por el Estado con los particulares, donde, en atención del interés general y el orden público, en algunos contratos no es posible prescindir o renunciar a éstas en la medida en que operan por el propio ministerio de la ley, siendo inadmisibles el pacto en contrario de ellas.

Finalmente, la tercera perspectiva se refiere a que la aplicación de las cláusulas excepcionales sólo podrá realizarse en el marco de la actuación administrativa inherente a la contratación pública, en virtud del principio de legalidad.

en un mismo plano económico. Es un arreglo entre iguales". Jorge López Santa María. *Los contratos. Parte general*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1986, p. 49.

25 Sobre el particular, Samuel Yong. *El contrato estatal en el contexto de la nueva legislación*. Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2012, señala que las cláusulas excepcionales constituyen una especie de potestad pública y tienen una naturaleza virtual, es decir que existen casos taxativos en la ley, en las cuales operan dichas cláusulas en la relación contractual así no se hayan pactado.

26 Ruth Stella Correa Palacio. "El ejercicio de los poderes del Estado en el contrato estatal", *Reforma al régimen de contratación estatal*. Felipe de Vivero Arciniegas, Bogotá, Universidad de los Andes, 2010.

A este respecto, Dávila<sup>27</sup> señala que las cláusulas excepcionales son estipulaciones contractuales al hacer parte del texto de un contrato estatal, pero también son prerrogativas de la Administración que surgen por ministerio de la ley, por cuanto en el caso del contrato de obra, monopolios estatales, prestación de servicios, exploración y concesión de bienes del Estado, dichas estipulaciones contractuales se entienden incluidas en el contrato así no se hayan pactado expresamente. Pero en otros casos, como el contrato de suministro o de prestación de servicios, las partes, en aplicación del principio de autonomía privada de la voluntad, pueden pactarlas<sup>28</sup>.

A su turno, Benavides<sup>29</sup> define las cláusulas como poderes inexistentes en el régimen del derecho contractual privado que, desde el punto de vista del servicio público, esencialmente constituyen una idea dual de prerrogativa-deber de poder público, la cual es el fundamento del servicio público.

Por su parte, Güechá<sup>30</sup> concluyó en su investigación que las cláusulas exorbitantes son una falacia, por cuanto son incluidas en los contratos por disposición de la ley, hecho que desnaturaliza lo que se conoce como cláusula de un contrato, pues se deja de lado el principio de la autonomía de la voluntad por la aplicación de prerrogativas públicas, en virtud de las cuales la administración puede hacer efectivas sus decisiones, sin acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, situaciones que rompen la igualdad de la relación contractual.

Pero, en una tesis contraria, Hadad<sup>31</sup> entiende que la razón de ser de las cláusulas previstas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 es la preservación del interés común en la contratación estatal, el cual no se encuentra dentro del derecho privado, pero en ese estadio pueden pactarse estipulaciones de este tipo entre particulares, en la medida en que exista consentimiento previo o el legislador beneficie a una parte respecto de la otra.

Por tanto, este autor precisó que la presencia de las cláusulas excepcionales no es un elemento determinante del contrato estatal, por cuanto es posible pactarlas en derecho privado, hecho que se traduce en que ellas no tienen la naturaleza de excepcionales al derecho común.

27 Luis Guillermo Dávila Vinuesa. *Régimen jurídico de la contratación estatal - aproximación crítica a la Ley 80 de 1993*. Bogotá, Legis Editores, 2016.

28 Tesis compartida por Benjamín Herrera. *Contratos públicos*. Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2005; y Carolina Deik. *Potestades excepcionales en los contratos estatales*. Bogotá, Editorial Temis, 2019, p. 182.

29 José Luis Benavides. *El contrato estatal entre el derecho público y el derecho privado*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004.

30 Ciro Güechá. *Contratos administrativos control de legalidad en el procedimiento administrativo de contratación*. Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2010.

31 Felipe Hadad. "Cláusulas excepcionales en el derecho público", en AA. VV. *Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI*, tomo VI. Bogotá, Editorial Temis, 2010.

En una tesis más cercana al derecho privado, otro sector de la doctrina<sup>32</sup> ha sostenido respecto al uso de las cláusulas excepcionales que éstas son de carácter estrictamente restrictivo, es decir que únicamente se pueden emplear en los casos expresamente señalados por la ley, so pena de tornarse cláusulas abusivas en la misma medida en que se aplican en las relaciones contractuales entre los particulares.

En concepto de Expósito, las cláusulas excepcionales son un mecanismo enfocado en "preservar la legalidad de los actos de las autoridades públicas"<sup>33</sup>, el cual se compone de una serie de prerrogativas que están en cabeza de la administración en materia contractual encaminadas a garantizar el interés general, lo cual se realiza mediante el ejercicio de las facultades regladas otorgadas a la Administración por el Legislador, por lo cual sólo se podrán ejercer éstas facultades unilaterales en los supuestos fácticos contenidos en las normas<sup>34</sup>.

De lo anterior resulta evidente que en esta materia la doctrina<sup>35</sup> no ha sido pacífica, salvo para reiterar el contenido del artículo 14 del Estatuto, que las cláusulas excepcionales existen para la protección del interés público, cuya finalidad es garantizar la prestación adecuada del servicio y el cumplimiento de los fines esenciales del Estado; evidencia de ello es la utilización unívoca de los términos *excepcional* y *exorbitante*.

Partiendo de este punto, vemos que la confusión no solo se encuentra en el campo doctrinal sino también en el jurisprudencial, pues tanto la Corte Constitucional<sup>36</sup> como el Consejo de Estado<sup>37</sup> han ido en la misma línea argumentativa y adoptando idénticas tesis.

### 1.3. NI EXORBITANTES NI MUCHO MENOS EXCEPCIONALES O INUSUALES

Como se ha venido exponiendo, las facultades contenidas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 no pueden entenderse como exorbitantes, en razón

32 Gonzalo Suárez. *Estudios de derecho contractual público*. Bogotá, Legis Editores, 2014.

33 Juan Carlos Expósito. *Forma, formalidades y contenido del contrato estatal*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2020, p. 218.

34 Ernesto Matallana. "Las cláusulas excepcionales al derecho común como mecanismos de resolución de conflictos", en *Horizontes del contencioso administrativo*, t. 1. Andrés Fernando Ospina (ed.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2022.

35 Luis Guillermo Dávila. *Régimen jurídico de la contratación estatal*. Bogotá, Legis Editores, 2016.

36 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-620 de 2012, expediente D-8955.

37 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 20 de noviembre de 2008, exp. 50422-23-31-000-1992-01369-01(17031). Véase también: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 1.º de julio de 2015, exp. 250002326000200001792 01 (34736).

de que el Estado y el contratista están en igualdad de condiciones contractuales, en los términos de los artículos 23 y 32 *ibidem* y la desaparición de la relación de poder público propia del Decreto Ley 222 de 1983, por lo que no se ahondará en el particular.

Sin embargo, es preciso resaltar que tampoco son excepcionales ni inusuales como lo afirman Dávila<sup>38</sup> y Deik<sup>39</sup>, y tampoco tienen la calidad de excepcionales o inusuales al derecho privado, como afirma la doctrina clásica<sup>40</sup>, pues los casos del ejercicio de este tipo de cláusulas entre contratos suscritos entre particulares, estipulaciones tales como la terminación unilateral, la imposición de multas y la modificación unilateral, son comunes en el tráfico mercantil contemporáneo<sup>41</sup>, pero no son aplicables a contratos estatales de naturaleza comercial en virtud de las disposiciones del artículo 14 de la Ley 80 de 1993.

Tanto así, que su ejercicio ha sido aceptado por la jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia<sup>42</sup>, en contratos como el suministro mercantil, los contratos bancarios y los seguros.

Pero siguiendo a Rengifo<sup>43</sup>, y para aclarar más el punto, es necesario traer como ejemplo la aplicación de la modificación unilateral, la cual en principio está proscrita en el derecho privado, pero al mismo tiempo aceptada por ejemplo en los contratos bancarios en los cuales las condiciones negociales son predispuestas por la parte más fuerte de la relación contractual, tanto que los clausulados deben ser aprobados previamente por la Superintendencia Financiera en los términos del numeral 4 del artículo 146 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero; con ello se rompe el paradigma de la bilateralidad del contrato privado, lo cual se acredita más con lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 1328 de 2009, la cual obliga a notificar al consumidor de cualquier cambio en las condiciones so pena que éste pueda darlo por

38 Luis Guillermo Dávila. *Régimen jurídico de la contratación estatal*. Bogotá, Legis Editores, 2016, p. 609.

39 Carolina Deik. *Potestades excepcionales en los contratos estatales*. Bogotá, Editorial Temis, 2019, p. 182.

40 Roberto Dromi. *Ecuaciones de los contratos públicos*. Buenos Aires, Editorial Ciudad Argentina, 2008.

41 José Luis Benavides. *El contrato estatal entre el derecho público y el derecho privado*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004.

42 Decisiones en las que ese alto tribunal declaró la legalidad de multas, terminación unilateral del contrato por incumplimiento y modificación unilateral de las condiciones contractuales, radicados 54001310300420000012501 del 16 de septiembre de 2005, 11001310301219990195701 del 30 de agosto de 2011, 73001310300420110008101 del 9 de noviembre de 2017, 85001318900120000010801 del 24 de febrero de 2015, 05001310300520080049701 del 12 de diciembre de 2017, entre otras.

43 Ernesto Rengifo. *Las facultades unilaterales en la contratación moderna*. Bogotá, Legis Editores, 2014.

terminado y los casos se extienden también a los contratos de distribución, seguro, dación en pago, cesión de contrato, entre otros.

Idéntica situación ocurre con la terminación unilateral, pues la legislación mercantil prevé la posibilidad de pactarla en contratos como suministro, agencia comercial, seguro, entre otros; ese libre acuerdo sólo está condicionado a que se avise previamente a la parte terminada, decisión que puede tener control jurisdiccional posterior a petición de alguna de éstas, lo cual no le quita el carácter de unilateral y extrajudicial<sup>44</sup>.

Lo anterior quiere decir que la cláusula de terminación unilateral en el derecho privado puede hacerse efectiva en la medida en que se acrediten la mora del deudor, el cumplimiento del acreedor y la realización del aviso previo a la culminación de la relación contractual a la parte incumplida<sup>45</sup>.

Así las cosas, entendemos las llamadas "cláusulas excepcionales" como disposiciones legales que operan en los contratos estatales, en aras de garantizar el interés general y la prestación de los servicios públicos a cargo de la entidad contratante. Estas consisten en una serie de facultades unilaterales que les permiten a las entidades contratantes declarar en sede administrativa la caducidad, interpretar, modificar y terminar unilateralmente el contrato, someterlo a las leyes nacionales o declarar su reversión, en los casos taxativamente señalados en el ordenamiento jurídico, y cuya aplicación en el derecho privado está condicionada al acuerdo expreso entre las partes.

#### 1.4. CLÁUSULAS OBLIGATORIAS, POTESTATIVAS E IMPROCEDENTES

Sobre la obligatoriedad de las cláusulas excepcionales, la jurisprudencia del Consejo de Estado<sup>46</sup> ha precisado la categoría de obligatorias cuando, así no se hayan incluido expresamente en el clausulado, se entienden pactadas por ministerio de la ley y se aplican a los contratos de obra, los que se refieran al ejercicio de un monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, donde también es preciso

44 Ranfer Molina. "La terminación unilateral del contrato *ad nutum*", *Revista de Derecho Privado*, n.º 10, 2006, pp. 125-158.

45 Ranfer Molina. "La terminación unilateral del contrato por incumplimiento", *Revista de Derecho Privado*, n.º 17, 2009, pp. 77-105.

46 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 30 de diciembre de 2006, exp. 25000232600020010100801(30832): "En el primer grupo se encuentran los contratos en los cuales las cláusulas excepcionales se tienen que pactar, es decir que son legalmente obligatorias, razón por la cual, si no se incluyen, se entienden pactadas; son las denominadas 'cláusulas virtuales'. Los contratos que pertenecen a este grupo son: el de obra, los que tienen por objeto la explotación y concesión de bienes del Estado, la prestación de servicios públicos y las actividades que constituyan monopolio estatal".

incluir los contratos relacionados con el programa de alimentación escolar, incluidos por el numeral 2 del artículo 52 de la Ley 2195 de 2022.

Acorde con lo anterior, en los contratos antes referidos las cláusulas excepcionales operan por expreso mandato legal, es decir que se encuentran incluidas en el clausulado así no se hayan pactado expresamente en los términos del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, lo cual implica que dichas estipulaciones son elementos naturales de estos, por cuanto al tenor del artículo 1501 del Código Civil, sin ser esenciales son propios del contrato sin requerir de una cláusula especial que los haga vinculantes para las partes.

Por otra parte, la referida normatividad también dispone que las cláusulas excepcionales podrán pactarse en los contratos de suministro y prestación de servicios, casos en los cuales el legislador les dio la potestad a las entidades estatales que las incluyan o no en los referidos tipos contractuales, situación que en principio se enmarcaría en la categoría de los elementos accidentales en los términos del artículo 1501 del Código Civil antes mencionado, sin que puedan hacerse efectivas sin pacto previo, así se materialicen las condiciones requeridas para su aplicación, dándole a la Administración un margen de discrecionalidad, pues, como afirma Osorio<sup>47</sup>, no se puede desconocer que la posibilidad de incluirlas no solo opera por el ejercicio del principio de la autonomía privada de la voluntad de las partes, sino por la expresa autorización legal.

Por otra parte, el párrafo de la citada normatividad señala expresamente que en los contratos suscritos con personas jurídicas de derecho internacional público, de cooperación, ayuda o asistencia, interadministrativos, empréstito, donación, arrendamiento, seguros, actividades industriales y comerciales que no estén contenidas en el numeral 2 de la norma y los que tengan como objeto directo el desarrollo de actividades científicas y tecnológicas es imposible pactar cláusulas excepcionales al derecho común.

Frente al particular se puede afirmar que en los tipos de contratos antes señalados es imposible incluir estas potestades públicas, lo cual a juicio del Consejo de Estado<sup>48</sup>, y si se llegaran a incluir tanto la cláusula como los actos administrativos que las ejerzan, deberán ser declarados nulos.

Pero en este punto valga señalar que existe lo que Palacio Hincapié<sup>49</sup> denomina la "excepción de la excepción", para referirse a que si bien en contratos cuyo objeto sea el desarrollo de actividades industriales no es posible incluir las referidas estipulaciones, sí lo es para el caso de las empresas de

47 Néstor Osorio. "Las cláusulas excepcionales en la actividad contractual de la administración pública", *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n.º 10, 2013, pp. 95-108.

48 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 24 de enero de 2011, exp. 52001233100019960818301 (15940).

49 Juan Ángel Palacio. *La contratación de las entidades estatales*. Medellín, Librería Jurídica Sánchez R., 2014, pp. 436-438.

servicios públicos en los términos del artículo 13 de la Ley 142 de 1993, y para el caso de los servicios de energía y gas, el párrafo del artículo 8 de la Ley 143 de 1994, pues dichas normas dejaron en cabeza de las comisiones de Regulación de cada sector la posibilidad de incluirlas en los mismos términos fijados para las entidades sometidas al ámbito de aplicación del Estatuto General de la Administración Pública.

Similar situación dispuso en numeral 6 del artículo 195 de la Ley 100 de 1993 respecto a los contratos suscritos por las empresas sociales del Estado, pues dicha norma dejó a la discrecionalidad de cada empresa contratante la inclusión de las prerrogativas previstas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, sin siquiera especificar si éstas se aplican de la misma forma, por lo cual la jurisprudencia del Consejo de Estado<sup>50</sup> tuvo que entrar a llenar tal vacío, aclarando que la liberalidad aludida por el citado artículo 195 de la Ley 100 de 1993 no implica arbitrariedad, motivo por el cual la aplicación de las cláusulas excepcionales en materia de prestación de servicios de salud se debe hacer en los precisos términos fijados por el citado artículo 14 *ibidem*.

Lo anterior implica que frente a las entidades que escapan del ámbito de aplicación de la Ley 80 de 1993, solo pueden incluir las potestades unilaterales siempre que las comisiones de Regulación de cada sector así lo autoricen, y, tal como lo afirma la doctrina<sup>51</sup>, sólo las pueden incluir en los contratos mencionados en el artículo 14 del Estatuto.

## 2. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LAS CLÁUSULAS EXCEPCIONALES

Para abordar la cuestión procedimental es necesario separar la interpretación, modificación y terminación unilaterales y la reversión de la declaratoria de caducidad, la cual será objeto de tratamiento individual, en razón de las exigencias normativas para su aplicación y a la naturaleza sancionatoria que está implícita en el tema objeto de esta investigación.

### 2.1. PROCEDIMIENTO EN CASO DE INTERPRETACIÓN, MODIFICACIÓN Y TERMINACIÓN UNILATERALES Y LA REVERSIÓN

En los términos previstos en los artículos 15, 16, 17 y 19 del Estatuto, si se encuentran vacíos, cláusulas confusas o contradictorias que requieren ser

50 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 29 de abril de 2015, exp. 63001233100020050191901 (37607).

51 José Luis Benavides y Pablo Moreno Cruz. *La contratación pública en América Latina*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016.

interpretadas, si se requiere la realización de cambios en las condiciones contractuales iniciales, en el caso de materializarse alguna de las causales de terminación unilateral o al finalizar la ejecución de una concesión, APP o explotación de monopolio estatal, cuyos bienes deben ser revertidos, la legalidad de los actos administrativos en virtud de los cuales se hagan efectivas estas cláusulas excepcionales está condicionada únicamente a intentar un acuerdo con el contratista.

Es decir, si se intenta una negociación con el operador del contrato y no se logra un acuerdo, la Administración puede válidamente aplicar las referidas facultades unilaterales, con la salvedad en el caso de la modificación unilateral, en la cual, si la variación supera el 20% del valor inicial, el contratista podrá renunciar a la ejecución sin lugar a sanción o declaratoria de incumplimiento alguna.

## 2.2. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO FRENTE A LA DECLARATORIA DE CADUCIDAD DEL CONTRATO

Cosa diferente ocurre con la declaratoria de caducidad, pues, tal como lo han señalado la doctrina<sup>52</sup> y la jurisprudencia<sup>53</sup>, el ejercicio de la caducidad, las multas, la declaratoria de incumplimiento y efectividad de la cláusula penal pecuniaria, corresponden a la facultad sancionatoria del Estado en la contratación estatal, en razón de la inhabilidad consecuencia de su imposición, visión que obedece a la entrada en vigencia del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, la cual condicionó la imposición de cualquiera de dichas herramientas contractuales a la realización de actuación administrativa previa como garantizar el debido proceso del contratista, pues, acorde con la interpretación del Consejo de Estado<sup>54</sup>, su aplicación está condicionada

52 *Idem.*

53 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, exp. 05001232600019920011701 del 17 de marzo de 2007, y exp. 25000232600019940022 501(16367) del 23 de junio de 2010.

54 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 22 de octubre de 2012, exp. 05001232400019960068001(20738), la Sala consideró: "La caducidad comparte con la interpretación, modificación y contraunilateral su carácter de cláusula exorbitante, naturaleza jurídica que no se puede determinar de manera independiente y aislada. Lo exorbitante lo es, en relación con algo 'normal', debe encontrar un punto de referencia. En el caso que se estudia, la exorbitancia debe predicarse entonces, no de una consideración subjetiva, sino de la confrontación de las capacidades de un cocontratante (administración pública) de un contrato estatal, de las que tendría otro en el contexto del derecho común.

[...]

No obstante, la caducidad como prerrogativa exorbitante se diferencia en el estatuto de contratación estatal por ser también una manifestación de la potestad sancionadora

a determinación de responsabilidad del contratista en el hecho generador de incumplimiento y la gravedad de éste.

Bajo ese entendido, encontramos uno de los principales obstáculos para la aplicación de la cláusula caducidad del contrato, pues acorde con el trámite previsto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, interpretado por la jurisprudencia uniforme del Consejo de Estado, es necesario agotar previamente los siguientes pasos:

– *Citación a la audiencia*: Advertido un posible incumplimiento grave de las obligaciones a cargo del contratista, la entidad deberá citarlo a audiencia con la presencia del garante con el fin de debatir las causas que lo originaron.

Es preciso señalar que la citación que se le haga al contratista debe establecer precisamente el lugar, fecha y hora para la realización de la diligencia; y anexar el informe del interventor o supervisor en el cual se expongan las razones de hecho de la convocatoria, enunciando las normas y cláusulas que podrían haberse vulnerado, y las consecuencias que dicha situación acarrearía para el contratista, junto con las pruebas correspondientes; idéntica comunicación deberá ser enviada a la aseguradora. La audiencia deberá hacerse a la mayor brevedad posible atendiendo a la naturaleza del contrato y la periodicidad del cumplimiento de las obligaciones.

– *Desarrollo de la audiencia*: El ordenador del gasto hará la exposición de las razones de hecho y de derecho que generaron el incumplimiento contractual, las normas y cláusulas presuntamente vulneradas y las consecuencias que tal situación le acarrearía a éste.

Acto seguido, se les concederá el uso de la palabra al contratista y al garante con el fin de que realicen los descargos del caso, pidan o aporten pruebas y ejerzan el derecho de contradicción frente a las aportadas por la Administración.

de la Administración, circunstancia que la ubica en un plano diferente: aun cuando es un instrumento jurídico que se justifica en la responsabilidad de la administración en el control y vigilancia de la ejecución del contrato, se constituye en una herramienta extraordinaria, lo cual quiere señalar que responde a comportamientos que requieren de un análisis en el que se impute responsabilidad al contratista y que denoten tal gravedad que puedan llevar a la paralización del objeto contratado.

[...]

No obstante, a la línea jurisprudencial expuesta debe sumarse la regulación hecha en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, la cual establece un procedimiento administrativo especial para la imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento, de forma tal que en la actualidad existe un cause procedimental para la declaratoria de caducidad. Aun así, no se debe dejar de lado que el nuevo código de procedimiento administrativo, a diferencia de lo que ocurría con el decreto 01 de 1984, establece un procedimiento administrativo sancionatorio, que si bien es cierto constituye una actuación administrativa especial tiene un carácter general para aquellas autoridades que tienen encomendadas la competencia de imponer sanciones ante la ocurrencia de infracciones administrativas".

En este punto, valga señalar que la entidad podrá suspender la diligencia de oficio o a petición de parte con el propósito de practicar pruebas o por razones debidamente sustentadas, caso en el cual se fijará nueva fecha y hora<sup>55</sup>.

- *Decisión*: Agotado el debate, el funcionario competente procederá a decidir sobre la imposición o no de la sanción mediante acto administrativo motivado, el cual será notificado en estrados en la diligencia y respecto al cual únicamente procede el recurso de reposición, que deberá presentarse y sustentarse en la misma audiencia.

Sin perjuicio de lo anterior, la norma le permite a la entidad decretar la cesación del procedimiento, en el caso en que las circunstancias que hayan generado el incumplimiento hayan desaparecido.

A pesar de la sencillez con que se encuentra redactado el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, su aplicación en la vida práctica trae consigo un sinnúmero de inconvenientes para el funcionario instructor del proceso, las cuales van desde la producción de nulidades procesales por yerros en la aplicación del procedimiento o dilaciones en el trámite a causa de aplazamientos o práctica de pruebas, extendiendo la duración de esta actuación administrativa de forma indefinida en el tiempo, a pesar de la existencia de un incumplimiento contractual.

### 2.3. GARANTÍAS EN CABEZA DEL CONTRATISTA EN EL MARCO DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA SANCIONATORIA

Partiendo de la naturaleza sancionatoria de la cláusula de caducidad, su declaratoria está condicionada a la garantía de los principios propios de las actuaciones administrativas de corte sancionatorio.

Al respecto, el Consejo de Estado<sup>56</sup> ha sentado su jurisprudencia sobre la base de la aplicación de los principios del debido proceso, legalidad, tipicidad, *reformatio in pejus* y proporcionalidad, como principios rectores de la actuación administrativa sancionatoria en materia contractual y elementos indispensables para la legalidad del acto administrativo que declare la caducidad del contrato, imponga una multa, declare el incumplimiento, haga efectiva la cláusula penal pecuniaria o la ocurrencia del siniestro amparado

55 Juan Ángel Palacio. *La contratación de las entidades estatales*. Medellín, Librería Jurídica Sánchez R., 2014, p. 534.

56 La tesis expuesta ha sido reiterada por la Corporación, en sentencias a parte a las ya citadas tales como las radicadas bajo el 25000-23-26-000-1994-00225-01(16367) del 23 de junio de 2010, 85001-23-31-000-2000-00041-01(23400) del 3 de octubre de 2012, 05001-23-24-000-1996-00680-01(20738) del 22 de octubre de 2012, 27001-23-31-000-1999-00188-01(20342) del 30 de enero de 2013, 73001-23-31-000-2000-03292-01(35766) del 6 de mayo de 2015, 05001-23-31-000-2003-04466-02(56562) del 20 de febrero de 2017, entre otras.

por la póliza de cumplimiento, postura que ha sido acogida por la doctrina<sup>57</sup> y se pasa a exponer:

– *El debido proceso*: Entendido como la garantía contenida en el artículo 29 de la Constitución, el cual se debe aplicar sin limitaciones en todas las actuaciones judiciales administrativas, no solo como protección de los bienes jurídicos debatidos en el proceso, sino como la garantía de la primacía del derecho sustancial sin desconocer las formalidades del derecho positivo; es decir, constituye un sistema de garantías que pretende mediante el derecho material obtener decisiones justas.

Por tanto, del debido proceso se desprenden garantías tales como tener acceso al expediente, el ejercicio del derecho de defensa y contar con asesoría jurídica previo a la decisión, poder actuar desde el inicio hasta la culminación de la actuación administrativa, aportar y controvertir pruebas, obtener decisiones motivadas y que éstas le sean notificadas oportunamente, derecho a impugnar las decisiones, que los procedimientos se surtan con oportunidad, celeridad y eficacia, entre otros.

Acorde a lo anterior, se tiene que dicho listado es eminentemente enunciativo y no taxativo, pues lo que se busca es el equilibrio entre las necesidades de la Administración y los derechos individuales de los involucrados en procura de decisiones que materialicen el derecho sustancial evitando las actuaciones arbitrarias.

– *Principio de legalidad*: Es una de las expresiones más características del Estado de derecho, y está estrechamente ligado con el debido proceso, pues atiende a la necesidad que el legislador de llevar al derecho positivo las conductas reprochables y las sanciones aplicables a cada caso.

Por tanto, el procedimiento administrativo sancionatorio está sometido a este principio en cuanto a la propia existencia del ejercicio del *ius puniendi* en un caso concreto, las limitaciones y el carácter discrecional o reglado de su ejercicio, la oportunidad de su ejercicio y las formalidades necesarias para imponer la sanción.

– *Principio de tipicidad*: También se desprende de los dos anteriores, tanto que Santofimio<sup>58</sup> lo analiza junto al principio de legalidad; y hace referencia a que la investigación sancionatoria debe versar sobre supuestos fácticos que constituyan faltas sancionables previamente a su ocurrencia por el legislador.

Por tanto, siguiendo la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional<sup>59</sup>, para acreditar dentro de la actuación la conducta debe estar previamente

57 Jaime Orlando Santofimio. "Potestad sancionadora de la Administración en materia de contratación estatal", en Alberto Montaña y Jorge Rincón (eds.), *Contratos públicos: problemas, perspectivas y prospectiva*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017, pp. 469-550.

58 *Ibidem*, pp. 491-493.

59 Sentencias C-123 de 2003, expediente D-4179; C-1189 de 2005, expediente D-5804;

descrita de forma específica y taxativa en el ordenamiento jurídico, la existencia de una sanción materialmente definida en la ley y el nexo causal o de correlación entre conducta y sanción.

De lo anterior sólo surgen cuestionamientos. El primero sería: si el principio de tipicidad implica la necesidad de contar con una norma preexistente al acto imputado y a la taxatividad de las conductas reprochables por mandato del artículo 29 constitucional y la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional, cómo puede determinarse que un hecho constituye una causal sancionable de una lista abierta generada por el acuerdo de las partes, es decir que el ejercicio del *ius puniendi* del Estado en materia de contratación estatal está condicionado a la autonomía privada de la voluntad, situación que a todas luces rompe con la seguridad jurídica que se pretende garantizar, máxime si se tiene en cuenta que las conductas provienen de una lista abierta susceptible de interpretación, generando un contrasentido al intentar mezclar instituciones de otras ramas del derecho, que por su propia naturaleza son incompatibles.

Del mismo modo, la última sentencia citada condicionó la aplicación de la caducidad del contrato a que se acredite dentro de la actuación administrativa que la conducta del contratista es antijurídica, es decir que el comportamiento activo u omisivo sea de tal entidad que comprometa la realización de la obra o comprometa la prestación del servicio público a su cargo; para finalizar con la culpabilidad, condicionado a la determinación del grado de culpa imputable al operador<sup>60</sup>.

Acorde a lo expuesto, es claro que para poderse declarar la caducidad del contrato la Administración debe hacer todo un juicio de reproche en el cual

C-343 de 2006, expediente D-6046; C-507 de 2006, expediente D-6063; C-721 de 2015, expediente D-10744; C-219 de 2017, expediente D-11662; entre otras.

60 *Ibidem*. "En materia contractual el artículo 63 del Decreto 222 de 1983 (igual alcance tiene en la actualidad el artículo 18 de la Ley 80 de 1993) señala como causal de declaratoria de caducidad, el incurrir en un incumplimiento de las obligaciones que hagan imposible la ejecución de contratos o causen perjuicios a la entidad. Como puede observarse, el legislador no hizo mención de alguno de los grados de culpa, por lo que ante este silencio debe entenderse que debe aplicarse la técnica del *numerus apertus*. Por último, la Sala debe hacer una precisión: el análisis de la clase culpa y su relación con la magnitud del incumplimiento, es un aspecto respecto del cual ni el operador administrativo ni el juez pueden establecer reglas generales, comoquiera que es del caso en concreto y especialmente, del análisis de las prestaciones a que las partes se obligaron, que puede deducirse con exactitud el nivel de diligencia requerido y el impacto que su ausencia tendría sobre el objeto contratado. Así, aun cuando resulte evidente que la culpa grave tiene mayor potencialidad de impedir el normal desarrollo de las prestaciones pactadas, en algunas ocasiones esta circunstancia se presenta con la 'mera inobservancia' de normas jurídicas o técnicas, supuesto en el cual la máxima responsabilidad se exige por incurrir en culpa levísima. Así por ejemplo, la construcción de una infraestructura puede verse detenida al no ser lo suficientemente cuidadoso en la aplicación de las reglas propias de la ingeniería civil".

se acrediten la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad de la conducta reprochable al contratista, aplicando los mismos principios y garantías que en cualquier proceso penal o disciplinario.

– *Reformatio in pejus*: Garantía prevista en el artículo 31 superior, en virtud de la cual cualquier sentencia judicial o decisión administrativa puede ser apelada o consultada sin que el superior pueda agravar la sanción impuesta, vía jurisprudencial<sup>61</sup> se ha aceptado su aplicación frente al ejercicio de la no *reformatio in pejus* en actuaciones administrativas sancionatorias que remitan a normas penales.

Frente al particular, y como todo, respecto a la aplicación de la dogmática penal y disciplinaria a la declaratoria de caducidad del contrato, es necesario cuestionarse ¿cómo puede conocer el superior de una actuación frente a la cual el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 dispone que sólo procede la reposición?, y ¿cómo puede agravarse una declaratoria de caducidad cuando el artículo 18 de la Ley 80 de 1993 taxativamente señala las consecuencias de su declaratoria?, cuestionamientos a los cuales no se encuentra respuesta en la jurisprudencia.

– *Principio de proporcionalidad*: Este principio general del derecho busca que el ejercicio de los poderes estatales no se exceda para alcanzar los objetivos previstos en la ley; y opera principalmente frente a situaciones donde se ponen en juego el ejercicio de derechos subjetivos y la materialización del interés general, por lo cual antes de imponer la sanción la Administración debe ponderar desde la perspectiva constitucional si la medida es idónea o útil, si el medio es el eficaz, para alcanzar los fines previstos y las ventajas de alcanzarlos, juicio que se conoce como el "test de proporcionalidad".

En materia contractual, este principio hace que la Administración limite el ejercicio de los poderes de dirección y manejo del contrato, aplicando los principios constitucionales obligando al contratante a justificar de manera razonada sus decisiones, a partir de la exposición de elementos de juicio objetivos de tipo probatorio, jurídico o técnicos, a pesar del margen discrecional con el que cuenta<sup>62</sup>.

Por lo anterior, es necesario señalar que si bien la cláusula de caducidad tiene una condición sancionatoria para el contratista incumplido en razón de la inhabilidad, más allá de eso constituye una herramienta contractual destinada a evitar de forma inmediata la parálisis en la obra o en la prestación del servicio con ocasión de un incumplimiento grave del contratista, con el fin de garantizar el interés general, lo cual implica que su ejercicio debe ser lo más expedito posible y no como ocurre en la práctica, donde la Administración

61 Corte Constitucional, Sentencia T-033 de 2002, exps. T-431.321, T-460.873 y T-455.228 acumulados, y del Consejo de Estado, radicación n.º 25000232400019990022801 del 14 de marzo de 2002.

62 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 26 de noviembre de 2015, exp. 25000232600020090101001(53877).

se ve avocada al agotamiento de actuación administrativa *engorrosa*<sup>63</sup>, regida por la autonomía privada de la voluntad, instituciones propias del derecho penal y disciplinario que son ajenas a una operación económica como es un contrato estatal.

En ese orden de ideas, si bien es cierto que estos postulados y garantías deben estar presentes en todas las actuaciones administrativas, también lo es que la contratación estatal tiene como objetivo garantizar el interés general, el cual prima sobre el particular; por tal razón, la postura del Consejo de Estado citada al inicio de este acápite, en la cual simplemente se evaluaba en el caso concreto si se cumplían las condiciones previstas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, para determinar la legalidad de la declaratoria de caducidad, permite no solo garantizar los derechos del contratista, sino también cumplir con su finalidad, pues si lo que se busca es evitar la arbitrariedad de la Administración en el ejercicio de estos poderes unilaterales no puede perderse de vista que sus decisiones son susceptibles de control judicial y pueden ser objeto de medidas cautelares como la suspensión de los efectos del acto administrativo.

#### 2.4. CONTROL JURISDICCIONAL, MEDIOS DE CONTROL Y ASPECTOS PROCESALES

El ordenamiento jurídico exige que las cláusulas excepcionales se adopten mediante acto administrativo motivado, sujeto al control jurisdiccional a petición de parte. En materia contractual, acorde con lo dispuesto en el artículo 77 de la Ley 80 de 1993, es necesario precisar que el juicio de legalidad de los actos administrativos expedidos en la etapa precontractual será tramitado en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en los términos de los artículos 137 y 138 de la Ley 1437 de 2011, pero si dichos actos se expiden con posterioridad a la suscripción del contrato, la pretensión de nulidad de éstos habrá de intentarse en ejercicio del medio de control de controversias contractuales en aplicación del artículo 141 *ibidem*, supuesto sobre el cual versará el presente acápite al ser la etapa de la contratación en la que se aplican los poderes unilaterales objeto de la presente investigación.

Siguiendo a Santofimio<sup>64</sup>, el medio de control de controversias contractuales es *por regla general, de naturaleza subjetiva, individual, temporal, desistible y*

63 José Luis Benavides. "Cláusulas excepcionales, potestades públicas y poderes unilaterales de la Administración contratante: prerrogativas, derechos y cargas", en Héctor Santaella (ed.), *Las transformaciones de la administración pública y del derecho administrativo*, t. II. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2019, p. 221.

64 Jaime Orlando Santofimio. *Compendio de derecho administrativo*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017, p. 884.

*pluri-pretensional*. En ejercicio de este, cualquiera de las partes puede pedir al juez contencioso que declare la existencia del contrato y, en consecuencia, las condenas y restituciones del caso, y que se declare el incumplimiento e indemnice al contratante cumplido, entre otras sanciones. También se puede solicitar la liquidación judicial del contrato, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales y el correspondiente restablecimiento del derecho, así como las reparaciones e indemnizaciones generadas por hechos, omisiones u operaciones relacionadas con la ejecución contractual, y cuyo término de caducidad es de dos años contados a partir del hecho que fundamenta la demanda.

Por tanto, por vía del medio de control de controversias contractuales se deben atacar los actos administrativos expedidos luego de suscrito el contrato, etapa en la cual la doctrina<sup>65</sup> ha resaltado los que hacen efectivas las cláusulas excepcionales, imponen multas, declaran el incumplimiento y hacen efectiva la cláusula penal pecuniaria.

Situación que suscitó un extenso debate<sup>66</sup>, referente a la competencia de los tribunales arbitrales para pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos dictados en ejercicio de las cláusulas excepcionales, lo cual generó una tesis intermedia en la cual el Consejo de Estado aceptó la competencia de los árbitros para pronunciarse respecto a los efectos económicos de la aplicación de alguna de las cláusulas excepcionales. Asimismo se generaron las tesis positivas y negativas sobre el particular, discusión que fue zanjada por la jurisprudencia<sup>67</sup> al reconocer que la justicia arbitral puede pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos que imponen multas, declaran el incumplimiento y hacen efectiva la cláusula penal pecuniaria, pero no tienen competencia para conocer las decisiones que declaran las facultades objeto de análisis.

Frente al aspecto procesal, valga resaltar que uno de los cambios más significativos introducidos con la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011 fue la regulación de las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo como verdaderas herramientas de protección de los derechos objeto del debate<sup>68</sup>.

Este cambio normativo reglamentó en el artículo 231 el ejercicio de la solicitud de la suspensión provisional del acto administrativo, el cual ya no

65 Juan Ángel Palacio. *La contratación de las entidades estatales*. Medellín, Librería Jurídica Sánchez R., 2014.

66 Mónica Ibagón. *Los actos administrativos contractuales proferidos en virtud de poderes excepcionales y el arbitraje en Colombia*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012.

67 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 12 de agosto de 2013, exp. 25000232600020000133401.

68 Gustavo Gómez. "El régimen de las medidas cautelares en la Ley 1437 de 2011", en *Instituciones del derecho administrativo en el nuevo código. Una mirada a la luz de la Ley 1437 de 2011*, Bogotá, Banco de la República, 2012, p. 176.

solo procede para los medios de control de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, como ocurría en el régimen del Código Contencioso Administrativo, sino que se amplió a todos los contenciosos subjetivos que pretenden la anulación de un acto administrativo, como es el caso de las controversias contractuales, salvo los actos precontractuales o de trámite<sup>69</sup>.

Por tanto, para solicitar la suspensión provisional de los efectos del acto, puede hacerse en el acápite de las normas vulneradas de la demanda o en escrito separado, y su procedencia estará condicionada a que dicha violación sea el producto de confrontar el acto administrativo censurado con las disposiciones en las que debía fundarse o de las pruebas allegadas.

Lo anterior implica que si la Administración hace efectiva alguna de las cláusulas excepcionales, con el fin de garantizar el interés general y evitar la parálisis de la obra o el servicio público, y dicha decisión es demandada, puede pasar que el juez decrete la suspensión provisional del acto administrativo, con lo cual deja en total incertidumbre la suerte de la necesidad pública que se pretendía satisfacer con la contratación y el destino de las partes en conflicto.

### 3. ANÁLISIS SOBRE LA EFECTIVIDAD EN LA APLICACIÓN DE LAS CLÁUSULAS EXCEPCIONALES EN LOS CONTRATOS DE OBRA PÚBLICA A PARTIR DE LA JURISPRUDENCIA RELEVANTE DEL CONSEJO DE ESTADO EXPEDIDA EN EL PERÍODO COMPRENDIDO ENTRE EL 2000 Y EL PRIMER TRIMESTRE DE 2018

Tal como se expuso al inicio de este documento, la presente investigación pretende analizar la efectividad que ha tenido la aplicación de las cláusulas excepcionales, desde dos enfoques. El cualitativo parte del examen teórico de la naturaleza jurídica de las cláusulas excepcionales y su finalidad de evitar la paralización de las obras o la prestación de los servicios, como se ha hecho en líneas precedentes.

Para pasar desde un enfoque cuantitativo al análisis de su efectividad, partiendo de una problemática social, consistente en cómo en algunos casos la duración de la construcción de la infraestructura nacional es indefinida en el tiempo o muchas veces ni siquiera se culmina, motivo por el cual se eligió centrar el estudio en el contrato de obra pública, el cual según los datos publicados por la Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente para 2016, de la totalidad de los contratos reportados

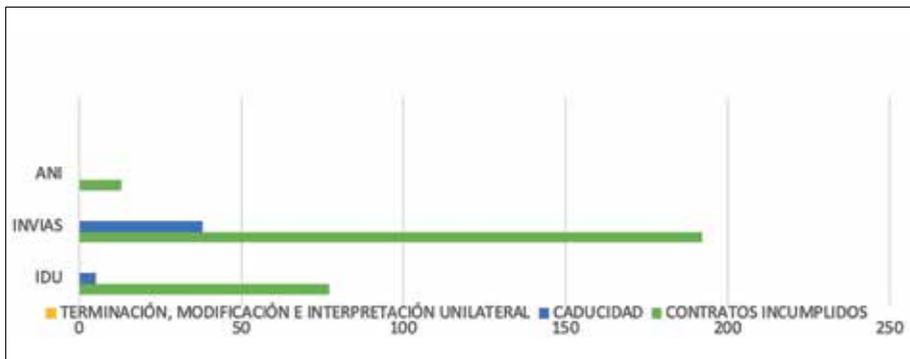
69 Carlos Betancur Jaramillo. *Derecho procesal administrativo*. Medellín, Señal Editora, 2014, p. 385.

en el Secop 1, el 7,7% cuya cuantía ascendió a 8,7 billones de pesos, tuvo objetos relacionados con edificaciones, vías y terrenos, sólo superado por el sector de servicios, cuyo porcentaje fue del 78,9% de la contratación, lo que se traduce en 88,3 billones de pesos, de los cuales uno de los servicios contratados correspondió a construcción<sup>70</sup>.

### 3.1. IDENTIFICACIÓN DE LA MUESTRA E ÍNDICE Y APLICACIÓN DE LAS CLÁUSULAS EXCEPCIONALES AL DERECHO COMÚN EN LAS ENTIDADES INCLUIDAS EN LA MUESTRA

Pero para analizar la efectividad en el ejercicio de estas facultades excepcionales, se les preguntó a las entidades estatales con mayor índice de contratación, como lo son la Agencia Nacional de Infraestructura<sup>71</sup>, el Instituto Nacional de Vías<sup>72</sup> y el Instituto de Desarrollo Urbano de Bogotá D.C.<sup>73</sup>, respecto al número de contratos en los cuales se hicieron efectivas las cláusulas excepcionales en el período comprendido entre el 1.º de enero de 2000 y el 31 de marzo de 2018, cuyas respuestas se pueden resumir así:

Ilustración 1<sup>74</sup>. Aplicación de las cláusulas excepcionales al derecho común en las entidades incluidas en la muestra



70 Agencia Nacional de Contratación-Colombia Compra Eficiente, 2016. Disponible en <http://analitica.colombiacompra.gov.co/ciudadanos/>.

71 Respondió mediante comunicación con radicación n.º 2018-703-015841-1 del 24 de mayo de 2018.

72 Respuesta radicada n.º OAJ 33453 del 3 de agosto de 2018, donde reportó la información desde el año 2002.

73 Oficio n.º 20184350714001 del 27 de julio de 2018.

74 Mauricio Alejandro Ascencio Moreno. *Análisis de ineffectividad de las cláusulas excepcionales en los contratos de obra pública en Colombia y de los mecanismos alternos en el ordenamiento jurídico para garantizar el cumplimiento de los contratos estatales*, tesis de maestría, Bogotá, Universidad Santo Tomás, 2019.

De las respuestas emitidas por las entidades indagadas se encuentra, para el caso de la Agencia Nacional de Infraestructura, que desde su creación en 2011 hasta la fecha de su respuesta ha proferido trece actos administrativos declarando el incumplimiento, imponiendo multas y haciendo efectiva la cláusula penal pecuniaria, sin que se haya hecho efectiva alguna de las prerrogativas contenidas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993.

Por su parte, el Instituto Nacional de Vías entre el 2002 y el 31 de marzo de 2018 iniciaron 192 procesos administrativos sancionatorios por incumplimiento contractual, dentro de los cuales sólo en 38 casos se declaró la caducidad del contrato; y, acorde con los datos remitidos por la entidad, el último acto administrativo data del año 2011.

Finalmente, el Instituto de Desarrollo Urbano de Bogotá D.C. reportó que en el período comprendido entre el 1.º de enero de 2000 y el 31 de marzo de 2018 se incumplieron 77 contratos de obra, de los cuales sólo en cinco casos se declaró la caducidad.

### 3.2. SENTENCIAS SOBRE CLÁUSULAS EXCEPCIONALES A DERECHO COMÚN EN CONTRATOS DE OBRA PÚBLICA OBJETO DE LA MUESTRA

Por tal razón, se consultó la jurisprudencia disponible en el repositorio de la relatoría del Consejo de Estado, búsqueda que se limitó a sentencias, sentencias de unificación y extensiones jurisprudenciales referentes a contratos de obra pública en el referido período y a los restrictores: cláusulas exorbitantes, cláusulas excepcionales, exorbitante, excepcionales, unilateral, unilaterales, derecho común, caducidad, caducidad contrato, potestades, prerrogativas, atribuciones, poderes y privilegios administración.

Dicha búsqueda generó un total de 87 sentencias. En 46 de ellas, correspondientes al 53%, se negaron las pretensiones de la demanda, frente a 37 decisiones, equivalentes al 42%, en las que se declaró la nulidad de los actos administrativos demandados y se condenó al Estado a indemnizar a los contratistas; y se profirieron cuatro providencias inhibitorias, es decir en el 5% de los casos, tal como se muestra en la ilustración 2.

De ese universo, también se pudo determinar la utilización por cada una de las prerrogativas previstas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, en el período analizado, con los siguientes resultados:

En materia de obra pública, la figura más empleada a la luz de la jurisprudencia es la liquidación unilateral, con treinta y cinco sentencias; la cláusula excepcional más utilizada es la caducidad, con treinta y cuatro sentencias, seguida por la terminación unilateral, con doce decisiones, para finalizar con la modificación unilateral, con seis providencias, tal como se muestra en la ilustración 3.

Ilustración 2<sup>75</sup>. Sentencias sobre cláusulas excepcionales a derecho común en contratos de obra pública



Ilustración 3<sup>76</sup>. Cláusulas excepcionales al derecho común en contratos de obra pública



Hasta este punto, llama la atención cómo en un período de alrededor de dieciocho años el índice de sentencias proferidas por el Consejo de Estado sobre la materia sea tan bajo, pues, como se muestra a continuación, al analizar año a año las decisiones judiciales en cada una de estas facultades unilaterales,

75 *Idem.*

76 *Idem.*

se encontrará que en amplios lapsos no se tiene decisión alguna, tal como se muestra en las siguientes gráficas.

### 3.3. EFECTIVIDAD DE LA CADUCIDAD EN CONTRATOS DE OBRA PÚBLICA

Pero más allá de la discusión teórica, se tiene que entre los años 2001 a 2004 solo se emitieron tres fallos desestimatorios por año, sólo en 2007 se volvió a presentar un caso en el que se falló a favor del demandante; en 2008 se presentó un solo caso que resultó favorable a la Administración, y fue sólo hasta 2011 cuando la Sala volvió a pronunciarse sobre la liquidación unilateral con cuatro fallos, dos estimatorios y dos condenando a la entidad. En 2012 fueron dos decisiones favorables a los demandantes contra tres favorables al Estado y uno inhibitorio; en 2013 la tendencia cambió radicalmente, pues de las ocho sentencias proferidas siete fueron desestimatorias y solo uno estimatoria; en el 2014 solo se expidió una sentencia favorable a la Administración; en 2015 fueron una estimatoria, dos en las que se negaron las pretensiones de la demanda y un fallo inhibitorio, para finalizar en 2016 con cuatro sentencias: dos a favor de los demandantes y dos a la Administración.

Esta tendencia no es muy diferente respecto a la efectividad en materia de caducidad del contrato, como se ve en la gráfica:

Ilustración 4<sup>77</sup>. Caducidad en contratos de obra pública



Como se puede ver, en materia de caducidad en el año 2000 se expidieron dos fallos: uno estimatorio y uno desestimatorio; en el 2001 las dos sentencias

77 *Idem.*

emitidas fueron favorables a la entidad; en el 2011 se profirieron tres: una favorable al contratista y dos a la Administración; en el 2012, de las cuatro emitidas dos fueron estimatorias, contra dos desestimatorias; en el 2013 se contó con dos casos favorables al Estado; en el 2015 la tendencia cambió, pues se expidieron seis fallos estimatorios contra tres desestimatorias; en el 2016 las tres decisiones emitidas fueron favorables a la parte actora, para finalizar en el 2017 con tres sentencias favorables a los demandantes contra cuatro desestimatorias; valga resaltar aquí que en los dieciséis casos donde se falló a favor del demandante no sólo se declaró la nulidad de los actos administrativos sino que se condenó al Estado al pago de sumas de dinero.

### 3.4. EFECTIVIDAD DE LA TERMINACIÓN UNILATERAL EN CASOS DE OBRA PÚBLICA

En materia de la aplicación de la terminación unilateral en los casos objeto de la muestra, la tendencia se mantiene, así:

Ilustración 5<sup>78</sup>. Terminación unilateral en casos de obra pública



Tal como lo muestra la gráfica, en los casos de terminación unilateral del contrato en el año 2008 sólo se emitieron dos fallos estimatorios; en el 2011 y el 2012 un solo caso favorable a la entidad en cada año; en el 2013 una sentencia estimatoria contra otra desestimatoria; en el 2015 se cambió la tendencia al pasar a tres decisiones favorables a la parte actora frente a dos desestimatorias, para finalizar con un fallo inhibitorio en el 2016.

78 *Idem.*

### 3.5. EFECTIVIDAD DE LA MODIFICACIÓN UNILATERAL EN CONTRATOS DE OBRA PÚBLICA

Finalmente, respecto a la aplicación de la modificación unilateral en los contratos de obra pública en el país dentro del período objeto de la muestra, las cifras son las siguientes:

Ilustración 6<sup>79</sup>. Modificación unilateral en contratos de obra pública



Tal como se aprecia en la imagen, en punto de la modificación unilateral del contrato en 2003 se presentó un solo caso, el cual fue favorable a la Administración; en 2008 se expidió una sola sentencia favorable al contratista; en 2011 fueron dos casos favorables a la entidad y en 2013, tres providencias favorables a la parte actora.

### 3.6. EFECTIVIDAD DE LA MODIFICACIÓN UNILATERAL EN CONTRATOS DE OBRA PÚBLICA

A partir del análisis numérico antes hecho, es fácil determinar que las cláusulas excepcionales al derecho común son totalmente inefectivas, pues a pesar de los datos recopilados del análisis de las sentencias proferidas por el Consejo de Estado en más de dieciocho años éstas se limitan a ochenta y siete, frente a lo cual surgen varios cuestionamientos: ¿las entidades estatales no usan las herramientas contenidas en el artículo 14 de la Ley 80 de

79 *Idem.*

1993 o es que sí se aplican pero no se demandan los actos administrativos que las contienen? Esta última posibilidad es muy poco probable, pues tal como se expuso líneas atrás, a pesar del alto índice de incumplimientos la Administración no las hace efectivas, más aún si se trata de la caducidad del contrato, que genera una inhabilidad de cinco años, cuestión que hace pensar si realmente son necesarias estas figuras jurídicas, pues no se utilizan pero sí se siguen incumpliendo contratos, las obras públicas duran una eternidad y a veces ni se terminan.

Por otra parte, llama la atención cómo en este lapso tan amplio no se han proferido sentencias por interpretación unilateral, frente a lo cual es necesario preguntarse si dicha facultad se utiliza o si es que no genera ningún conflicto de índole contractual.

Pero más allá de las pocas decisiones judiciales, tenemos las razones por las cuales en las treinta y siete sentencias estimatorias se declaró la nulidad del acto administrativo. Deben resaltarse las razones por las cuales dichas decisiones se adoptaron, y se reducen básicamente a la falta de competencia temporal de la Administración para hacer efectivas las potestades unilaterales, al hacerlo por fuera del plazo del contrato; la falsa motivación de los actos administrativos al basarse en hechos que corresponden a la realidad generando perjuicios al contratista; errores aritméticos al momento de liquidar los contratos; inclusión ilícita de las cláusulas, como en el caso de los contratos interadministrativos; indebido agotamiento del procedimiento sancionatorio contractual y modificaciones indebidas al objeto contractual.

Si bien estas causas son recurrentes y una constante en la línea jurisprudencial analizada, el panorama tampoco es alentador respecto a las sentencias favorables a la Administración, pues sin perjuicio de las que reconocen la correcta actuación de las entidades, existe otro margen en el que la decisión le fue adversa por situaciones como la caducidad de la acción, la ausencia del pedido de nulidad de los actos administrativos en la demanda.

Valga resaltar que de las decisiones judiciales analizadas llama la atención el hecho de que las consideraciones se limitan a señalar la naturaleza jurídica de las cláusulas excepcionales utilizadas como sinónimo de los poderes exorbitantes, a los casos en los que dichas figuras son obligatorias, potestativas o improcedentes en los contratos y a los principios que se deben observar en la actuación administrativa previa, sin que se haga un estudio o aporte diferente a lo ya expuesto por la alta corporación en anteriores oportunidades.

Por lo anteriormente expuesto, es claro cómo las causas por las cuales la jurisdicción está anulando los actos administrativos y ordenando el pago de condenas a favor de los contratistas son recurrentes, lo cual permite concluir que otra de las causas que facilitan la inoperancia de las cláusulas excepcionales al derecho común es la falta de capacitación de los operadores jurídicos a la hora de hacerlas efectivas.

Finalmente, siguiendo a Guzmán<sup>80</sup>, es necesario resaltar que si bien las cláusulas excepcionales al derecho común tienen una naturaleza unilateral, tal característica no obedece al poder de imperio del Estado, sino a la finalidad que se pretende satisfacer con su ejercicio, pero si a pesar de su existencia la Administración no las usa a pesar del incumplimiento grave de los contratistas, como en el caso de la Calle 26 en Bogotá, la Ruta del Sol o la Vía al Llano, ello significa que no son necesarias o no son idóneas para salvaguardar el interés general, a pesar de lo señalado por el legislador en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993.

## CONCLUSIONES

Del estudio hecho a la naturaleza jurídica de las cláusulas excepcionales al derecho común, se tiene que éstas son facultades unilaterales de la Administración en los contratos señalados en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, con el fin de garantizar el interés general y evitar la paralización de la obra o el servicio, facultándola para modificar, interpretar o terminar unilateralmente un contrato, declarar la caducidad de este, imponer las leyes nacionales o incluir la cláusula de reversión.

Pero a pesar de su denominación, no son excepcionales o inusuales al derecho privado y mucho menos poderes exorbitantes, en razón de la igualdad existente entre las partes y de la naturaleza conmutativa y sinalagmática del contrato estatal.

Además, son elementos naturales de los contratos de obra, los que se refieran al ejercicio de un monopolio estatal, el programa de alimentación escolar, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, al ser de obligatoria inclusión así no se pacten expresamente, producen efectos para las partes.

Por otra parte, son elementos accidentales en los contratos de prestación de servicios y suministro al poderse pactar o no, pero en los casos en los que el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 prohibió su inclusión y en los que no se encuentran dentro de dicha norma, si pactan se entenderán como no escritos.

De otro lado, para hacer efectivas las cláusulas de interpretación, modificación y terminación unilaterales y la reversión se requiere como tarifa de legalidad del acto administrativo que se intente llegar a un acuerdo previo con el contratista; en caso de no lograrlo se procederá con su expedición, siendo de obligatorio cumplimiento para las partes, salvo en el caso de la modificación unilateral contenida en el artículo 16 del Estatuto, que le otorgó al contratista

80 Andrea Guzmán. *Particularidades de los poderes exorbitantes en los contratos estatales*, tesis de maestría, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017, pp. 64-65.

la posibilidad de renunciar a la ejecución del contrato si la variación de las condiciones iniciales sobrepasa el 20% del valor inicial, sin lugar a sanción alguna.

El artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 incluyó al principio del debido proceso como principio rector de las actuaciones administrativas sancionatorias en materia contractual, y el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 reglamentó el trámite necesario para ejercer dicha facultad sancionatoria del Estado, pero la jurisprudencia del Consejo de Estado incluyó los principios de legalidad, tipicidad, *reformatio in pejus* y proporcionalidad como principios rectores adicionales en la materia y elementos indispensables para la legalidad del acto administrativo que declare la caducidad del contrato, imponga una multa, declare el incumplimiento, haga efectiva la cláusula penal pecuniaria o la ocurrencia del siniestro amparado por la póliza de cumplimiento, lo cual dificulta su aplicación al incluir en una actuación administrativa regida por la autonomía privada de la voluntad instituciones propias del derecho penal y disciplinario que son ajenas a una operación económica como es un contrato estatal, a pesar de tratarse de herramientas conminatorias o de reacción inmediata en caso de incumplimiento grave atribuible al contratista o a la amenaza de parálisis de la ejecución contractual.

Las cláusulas excepcionales deben hacerse efectivas mediante acto administrativo motivado, el cual podrá ser demandado únicamente por la vía del medio de control de controversias contractuales, pues así se pacte una cláusula compromisoria, la justicia arbitral no tiene competencia para pronunciarse sobre la legalidad de los actos que materialicen los poderes unilaterales del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, sino únicamente sobre los que decreten multas, declaren el incumplimiento o hagan efectiva la cláusula penal pecuniaria.

Si se demanda el acto administrativo que materializa alguna de las prerrogativas unilaterales, se puede solicitar la suspensión provisional de sus efectos y el juez lo decreta, se corre el riesgo de que quede en total incertidumbre la suerte de la necesidad pública que se pretendía satisfacer con la contratación y la de las partes en conflicto.

Lo anterior implica que si la Administración hace efectiva alguna de las cláusulas excepcionales, con el fin de garantizar el interés general y evitar la parálisis de la obra o el servicio público, y dicha decisión es demandada, puede pasar que el juez decrete la suspensión provisional del acto administrativo, con lo cual deja en total incertidumbre la suerte de la necesidad pública que se pretendía satisfacer con la contratación y la suerte de las partes en conflicto.

Pero la gran conclusión de esta investigación es que las cláusulas excepcionales son inefectivas y entraron en desuso en contratos de obra pública, pues en el período comprendido entre el 1.º de enero de 2000 y el 31 de marzo de 2018 solo se han emitido 87 sentencias referentes a esta figura jurídica, de las cuales en 37 casos se declaró la nulidad de los actos administrativos en razón de la falta de competencia temporal de la Administración

para hacer efectivas las potestades unilaterales al hacerlo por fuera del plazo del contrato, la falsa motivación de los actos administrativos al basarse en hechos que corresponden a la realidad generando perjuicios al contratista, errores aritméticos al momento de liquidar los contratos, inclusión ilícita de las cláusulas como en el caso de los contratos interadministrativos, indebido agotamiento del procedimiento sancionatorio contractual y modificaciones indebidas al objeto contractual, circunstancias que demuestran la falta de capacitación de los funcionarios encargados de su aplicación.

## BIBLIOGRAFÍA

- Agencia Nacional de Contratación-Colombia Compra Eficiente, 30 de junio de 2016. *Agencia Nacional de Contratación-Colombia Compra Eficiente*. Disponible en [http://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce\\_public/files/cce\\_documentos/20160620articulado.pdf](http://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documentos/20160620articulado.pdf).
- Ariño, Gaspar. "El enigma del contrato administrativo", *Revista de Administración Pública*, n.º 172, 2007.
- Ascencio Moreno, Mauricio Alejandro. *Análisis de ineffectividad de las cláusulas excepcionales en los contratos de obra pública en Colombia y de los mecanismos alternos en el ordenamiento jurídico para garantizar el cumplimiento de los contratos estatales*, tesis de maestría, Bogotá, Universidad Santo Tomás, 2019.
- Benavides, José Luis, *El contrato estatal entre el derecho público y el derecho privado*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004.
- Benavides, José Luis y Moreno Cruz, Pablo. *La contratación pública en América Latina*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016.
- Benavides, José Luis. "Cláusulas excepcionales, potestades públicas y poderes unilaterales de la Administración contratante: prerrogativas, derechos y cargas", en Santaella, Héctor (ed.), *Las transformaciones de la administración pública y del derecho administrativo*, t. II. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2019.
- Betancur Jaramillo, Carlos. *Derecho procesal administrativo*. Medellín, Señal Editora, 2014.
- Cassagne, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2002.
- Correa Palacio, Ruth Stella. "El ejercicio de los poderes del Estado en el contrato estatal", en De Vivero Arciniegas, Felipe. *Reforma al régimen de contratación estatal*. Bogotá, Universidad de los Andes, 2010.

Dávila Vinueza, Luis Guillermo. *Régimen jurídico de la contratación estatal-aproximación crítica a la Ley 80 de 1993*. Bogotá, Legis Editores, 2016.

Deik, Carolina. *Potestades excepcionales en los contratos estatales*. Bogotá, Editorial Temis, 2019.

De Laubadère, André, Moderne, Franck y Delvolvé, Pierre. *Traité des contrats administratifs*. París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1983.

Del Saz, Silvia. "La nueva ley de contratos del sector público. ¿Un traje con las mismas rayas?", *Revista de Administración Pública*, n.º 174, 2007.

Dromi, Roberto. *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires, Editorial Ciudad Argentina, 1998.

Dromi, Roberto. *Ecuaciones de los contratos públicos*. Buenos Aires, Editorial Ciudad Argentina, 2008.

Expósito, Juan Carlos. *Forma, formalidades y contenido del contrato estatal*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2020.

García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid, Thomson Reuters, 2006.

García de Enterría, Eduardo. "La figura del contrato administrativo", *Revista de Administración Pública*, n.º 41, 1963.

Gómez, Gustavo. "El régimen de las medidas cautelares en la Ley 1437 de 2011", en *Instituciones del derecho administrativo en el nuevo código. Una mirada a la luz de la Ley 1437 de 2011*, Bogotá, Banco de la República, 2012.

Güechá, Ciro. *Contratos administrativos control de legalidad en el procedimiento administrativo de contratación*. Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2010.

Guzmán, Andrea. *Particularidades de los poderes exorbitantes en los contratos estatales*, tesis de maestría. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017.

Hadad, Felipe. "Cláusulas excepcionales en el derecho público", en AA. VV. *Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI*, tomo VI. Bogotá, Editorial Temis, 2010.

Herrera, Benjamín. *Contratos públicos*. Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2005.

Ibagón, Mónica. *Los actos administrativos contractuales proferidos en virtud de poderes excepcionales y el arbitraje en Colombia*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012.

- Ibagón, Mónica. *El principio de Estado de derecho y los contratos estatales: la forma escrita de los contratos en Colombia y Alemania*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014.
- Jezé, Gaston. *Principios generales de derecho administrativo*. Buenos Aires, Depalma, 1950.
- Lamprea, Pedro. *Contratos estatales*. Bogotá, Editorial Temis, 2009.
- Long, Marceau; Braibant, Guy; Delvolvé, Pierre; Genevois, B; Weil, Prosper. *Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa francesa*. Bogotá, Librería del Profesional, 2000.
- López Santa María, Jorge. *Los contratos. Parte general*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1986.
- Marienhoff, Miguel. *Tratado de derecho administrativo*. Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, 2011.
- Matallana, Ernesto. "Las cláusulas excepcionales al derecho común como mecanismos de resolución de conflictos", en Andrés Fernando Ospina (ed.), *Horizontes del contencioso administrativo*, t. 1. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2022.
- Menéndez Sebastián, Eva María. "El nuevo sistema legal francés en materia de contratación de las administraciones públicas. Hacia la unidad de jurisdicción", *Revista de Administración Pública*, n.º 158, 2002.
- Molina, Ranfer. "La terminación unilateral del contrato *ad nutum*", *Revista de Derecho Privado*, n.º 10, 2006. Molina, Ranfer. "La terminación unilateral del contrato por incumplimiento", *Revista de Derecho Privado*, n.º 17, 2009.
- Moreno Molina, José Antonio y Pleite Guadamillas, Francisco. *La nueva Ley de los Contratos del Sector Público-Estudio Sistemático*. Madrid: La Ley-Actualidad, 2010.
- Osorio, Néstor. "Las cláusulas excepcionales en la actividad contractual de la administración pública", *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n.º 10, 2013.
- Palacio, Juan Ángel. *La contratación de las entidades estatales*. Medellín, Librería Jurídica Sánchez R., 2014.
- Rengifo, Ernesto. *Las facultades unilaterales en la contratación moderna*. Bogotá, Legis Editores, 2014.
- Santofimio, Jaime Orlando. "El carácter conmutativo y por regla general sinalagmático del contrato estatal y sus efectos respecto de la previsibilidad del riesgo y del mantenimiento de su equilibrio económico", *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n.º 1, 2009.

Santofimio, Jaime Orlando, *Compendio de derecho administrativo*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017.

Santofimio, Jaime Orlando. "Potestad sancionadora de la Administración en materia de contratación estatal", en Alberto Montaña y Jorge Rincón (eds.), *Contratos públicos: problemas, perspectivas y prospectiva*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017.

Suárez, Gonzalo. *Estudios de derecho contractual público*. Bogotá, Legis Editores, 2014.

Yong, Samuel. *El contrato estatal en el contexto de la nueva legislación*. Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2012.