

**FUNDAMENTOS *EXTRAJURÍDICOS* DE LAS CLÁUSULAS
EXCEPCIONALES AL DERECHO COMÚN**

**MARIA CAMILA SALAMANDRA ARRIAGA
SANTIAGO ÁLVAREZ HERNÁNDEZ**

ASESORES:

**CRISTIAN ANDRÉS DÍAZ DÍEZ
ABOGADO**

**LUQUEGI GIL NEIRA
ABOGADO**

**TRABAJO DE GRADO PARA OBTENER EL TÍTULO DE:
ABOGADA**

**Universidad de Antioquia
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Medellín
2020**

INTRODUCCIÓN

“Sixto Martínez cumplió el servicio militar en un cuartel de Sevilla. En medio del patio de ese cuartel, había un banquito, junto al banquito, un soldado hacía guardia. Nadie sabía por qué se hacía la guardia del banquito. La guardia se hacía porque se hacía, noche y día, todas las noches, todos los días, y de generación en generación los oficiales transmitían la orden y los soldados la obedecían. Nadie nunca dudó, nadie nunca preguntó. Si así se hacía, y siempre se había hecho, por algo sería.

Y así siguió siendo hasta que alguien, no sé qué general o coronel, quiso conocer la orden original. Hubo que revolver a fondo los archivos. Y después de mucho hurgar, se supo. Hacía treinta y un años, dos meses y cuatro días, un oficial había mandado montar guardia junto al banquito, que estaba recién pintado, para que a nadie se le ocurriera sentarse sobre la pintura fresca. (Galeano, 1989, pág. 29)

La doctrina de la contratación estatal se ha limitado a análisis dogmáticos de las instituciones de este subsistema jurídico. Sin indicar que esto sea negativo, es insuficiente, en la medida en que los análisis de contexto permiten entender de una manera más amplia las causas y efectos de las formas y dispositivos jurídicos. Como también se dijo, los análisis políticos, históricos y sociológicos del derecho permiten entender la actividad de los órganos creadores del ordenamiento jurídico, en la medida en que sus actos no son otros más que de *poder*.

De las anteriores premisas se escogió analizar las razones y planteamientos que intervinieron en la configuración vigente de las cláusulas excepcionales al derecho común. Este texto refleja los resultados del análisis documental de las distintas fuentes que permiten establecer las condiciones de un período histórico preciso –los 90’s–, las conceptualizaciones doctrinarias que permiten identificar la clase de Estado y servicio público en el que se enmarcaron tales cláusulas y, por último, los actores materiales y sus idearios en el trámite legislativo.

Por lo anterior, las próximas líneas ayudan a clarificar por qué son unas cláusulas –y no otras– las que se incluyen en las excepcionales, por qué no pueden pactarse en algunos contratos y qué lógica atraviesa los requisitos para ejercerlas, no sin antes identificarlas dogmáticamente de manera sucinta.

1. EXPOSICIÓN DE ANTECEDENTES.

Las cláusulas excepcionales al derecho común, también conocidas por algún tiempo como cláusulas exorbitantes, han tenido un largo camino en la configuración de lo que hoy se consolida como derecho administrativo. El antecedente histórico por excelencia de estas facultades extraordinarias reposa en el derecho administrativo francés, el cual se constituye en hito para diversos países de occidente (Benavides, 2004. pp. 323-327).

Las primeras manifestaciones de cláusulas excepcionales en Colombia se dieron a finales del siglo XIX e inicios del siglo XX mediante normas como los arts.6 y 7 de la ley 104 de 1892 o los arts. 4 y 5 de la ley 53 de 1909 que establecían la declaración unilateral de la caducidad y la cláusula penal pecuniaria como prerrogativas de la Administración en los contratos que se celebraban con personas de derecho privado.

La ley 110 de 1912 también da cuenta de las cláusulas, pues si bien no las disponía textualmente, en su art.193 reconocía la existencia de la cláusula penal como una fuente de ingresos de la nación

El siguiente antecedente normativo es la ley 167 de 1941 o código contencioso administrativo que en su art.254 y siguientes estableció la obligatoriedad de la cláusula de caducidad y posteriormente el decreto 222 de 1983 regularía nuevamente instituciones como la cláusula penal pecuniaria y las multas. Aun así, en todo el siglo XX la gestión de los contratos administrativos se caracterizaba por ser desordenada, difusa y confusa, por lo que existieron otras normas que tocaban este tema transversal o directamente.

Es importante anotar que el devenir histórico del concepto de *cláusula exorbitante* estuvo ligado a la construcción de lo que hoy en día se conoce como contrato estatal. Es por ello que para entender la función que dichas prerrogativas estatales han tenido a lo largo de la

historia, es necesario entender la función que ha cumplido el contrato estatal a lo largo de la historia del derecho administrativo. Este tema se desarrollará con más profundidad a lo largo del trabajo.

2. CONFIGURACIÓN DE LAS CLÁUSULAS EN LA LEY 80 DEL 93

2.1. Concepto de cláusulas excepcionales al derecho común: crítica a la posición jurisprudencial.

Existe una discusión jurisprudencial sobre el alcance de las cláusulas excepcionales al derecho común, que puede condensarse en la siguiente pregunta: ¿cuáles prerrogativas pueden agruparse en ellas? *Grosso modo*, una posición frente a la pregunta concibe que solo son cláusulas excepcionales al derecho común las mencionadas en el artículo 14 de la Ley 80, y desarrolladas seguidamente hasta el artículo 19. En contraste, otra posición entiende que el concepto de cláusulas excepcionales al derecho común incluye todas las prerrogativas de la Administración en lo contractual, a pesar de no estar mencionadas en el artículo 14. En consecuencia, para esta posición son cláusulas al derecho común la imposición unilateral de multas y cláusulas penal pecuniaria –actualmente reguladas en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007–, la liquidación unilateral –art. 11 L. 1150– y la terminación unilateral de los artículos 44 y 45 de la Ley 80.

La primera posición encuentra fundamento especialmente en la Sentencia C-1436 del 2000 de la Corte Constitucional, al manifestar que son:

Poderes de carácter excepcional a los cuales recurre la administración en su calidad de tal, a efectos de declarar la caducidad del contrato; su terminación; su modificación e interpretación unilateral, como medidas extremas que debe adoptar después de agotar otros mecanismos para la debida ejecución del contrato, y cuya finalidad es la de evitar no sólo la paralización de éste, sino para hacer viable la continua y adecuada prestación del servicio que estos pueden comportar, en atención al interés público implícito en ellos.

Debido a la importancia que la misma jurisprudencia constitucional le ha dado a su precedente, debido a que asume a la Corte Constitucional como la intérprete autorizada y

directa de la Constitución, esta expresión adquiere efectos vinculantes y debe acatarse por el resto de autoridades, especialmente las judiciales. Sin embargo, la segunda posición parte de interpretar esta providencia, así como sistemáticamente los poderes de las normativas que regulan la contratación estatal, para sostener que la definición de cláusulas excepcionales al derecho común o de potestades exorbitantes, como se conocen tradicionalmente, abarcan la amplia gama de instituciones que desnaturalizan la igualdad del contrato estatal, en tanto otorgan competencias a la Administración con las que decide mediante su exclusiva voluntad –así escuche al afectado– sobre el contrato. Esto no es otra cosa que lo que ha entendido la doctrina administrativista como *autotutela declarativa*, que caracteriza a la Administración pública como órgano del Estado que puede decidir sobre sus administrados (Mir Puigpelat, 2003. p.72).

Ambas posiciones se han contrastado a lo largo de la jurisprudencia contencioso-administrativa, pero la postura mayoritaria se decanta por la interpretación de la Corte Constitucional (Consejo de Estado, 2019). Nos inquieta los argumentos de esta posición, porque se limita a sostener que frente a los poderes de la Administración se debe interpretar restrictivamente, lo que no permite asumir el concepto más allá de las instituciones expresadas en el artículo 14. El efecto más importante de esta posición es que admite que la justicia arbitral sea competente para decidir sobre otras prerrogativas, en la medida en que se incluyen en la definición de cláusulas excepcionales del artículo 14.

Más allá de la nominación del artículo discutido, no existen mayores diferencias materiales entre todas las prerrogativas de la Administración en lo contractual. En efecto, mediante ellas ejerce competencias con consecuencias que, de no tenerlas, tendría que acudir a la jurisdicción. Son habilitaciones legales para que las entidades tomen decisiones a pesar de que los contratistas se opongan. En ese sentido, ¿por qué diferenciarlas a partir de una simple forma? En suma, no resulta muy convincente el planteamiento de la posición mayoritaria, en el que son solo excepcionales las del 14, aunque existan otras prerrogativas.

Consideramos que, al adoptar posiciones basadas en criterios formales, se debe tener en cuenta las consecuencias materiales de la misma. En este caso, tanto las del 14 como el resto de prerrogativas son competencias que desnaturalizan el contrato, tienen fundamento

en la ley y son controlables por el contencioso administrativo, pero solo se diferencian -a partir de la sentencia de constitucionalidad referidas- en que unas pueden ser juzgadas por tribunales arbitrales y otras no. Así de paradójico es el asunto. No obstante, ese es el criterio vigente y, por tanto, el resto de operadores debemos aplicarlo, por lo que se hará una sucinta presentación de las cláusulas excepcionales al derecho común vigente.

Más allá de lo anterior, también se discute lo adecuado de la expresión “*cláusula*” para referirse a las instituciones. Siguiendo a Dávila Vinuesa (2016. p. 609), consideramos que es más propio llamarlas *potestades* o *poderes* porque, como se ha insistido, son verdaderas competencias de autotutela administrativa que se ejercen por mandato legal, lo cual dista mucho de la noción que tradicionalmente se le da a la palabra cláusula, usada para referirse a las disposiciones de un contrato o testamento (Real Academia Española, s.f., cláusula), es decir, de actos regidos por la autonomía de la voluntad. Como la racionalidad de fondo de estas instituciones son más cercanas al iuspublicismo, y el modo en que se utilizan y se controlan demuestra que son expresiones de poder público, estamos de acuerdo con la posición del autor y asumimos que el título dado por el legislador es impropio, más allá de que algunas se pacten en el contrario y *a priori* parezcan convenciones como cualquier otra.

Por otro lado, su denominación también responde a lo anterior: son excepcionales al derecho común porque, en principio, a los particulares no les es dable pactar y ejercerlas. Se dice en principio porque dentro del régimen común también se presenta una fuerte discusión entre quienes consideran que la autonomía de la voluntad permite que entre las partes contractuales se definan prerrogativas, y quienes consideran que ello no es otra cosa que usurpar competencias judiciales. Para ejemplificar, algunos creen que la terminación unilateral por incumplimiento –que existe para diversos contratos, como el del arrendamiento de la Ley 820 de 2003– puede ejercerse por el cumplido ante el incumplido, mientras que otros argumentan que debe acudir al juez solicitando tal efecto (Navia Arroyo, 2008).

Superado lo anterior, vale destacar que las cláusulas tienen varios elementos comunes, de conformidad con el artículo 14. En primer lugar, solo puede ejercerse “[...] 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 [...]”. De este modo, el

legislador establece unas condiciones que debe analizar previamente la entidad que ejercerá alguna de las cláusulas, lo cual debe plasmarse en el acto administrativo que así lo decide. De igual modo, la disposición establece que su uso no obsta para que se reconozcan las compensaciones e indemnizaciones que mantengan el equilibrio económico del contrato, y que, ante los actos administrativos que declaren la interpretación, modificación y terminación unilaterales, procede el recurso de reposición.

Por último, en lo que a esta introducción dogmática respecta, estas potestades solo pueden pactarse y ejercerse en ciertos contratos. El artículo 14 define que son *obligatorias* en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos, la explotación y concesión de bienes del Estado –en los que se incluye especialmente la reversión– y los de obra. Por su condición, las cláusulas pueden ser ejercidas en estos contratos, aunque las partes no las hayan incluido en el contrato, lo que significa que son elementos de la naturaleza que no pueden eliminarse por voluntad de las partes.

El segundo grupo se caracteriza porque las potestades son *potestativas*, es decir, las partes pueden negociar su inclusión, como expresión de la configuración negocial que caracteriza al contrato. De manera que, si no llegan a pactarse, mal haría una entidad que ejerza alguna de ellas con base en la ley o el contrato, por falta de competencia. Esto sucede en los contratos de suministro y prestación de servicios, pero la realidad demuestra que rara vez es un asunto que se negocia, porque el contrato estatal resulta siendo, la mayoría de las veces, un contrato de adhesión, en la que el contratista interesado se sujeta a las condiciones definidas y comunicadas previamente en el pliego.

En *i)* los contratos con personas públicas internacionales, *ii)* en los contratos de cooperación, ayuda o asistencia, *iii)* en los interadministrativos, *iv)* en los de empréstito, *v)* donación, *vi)* arrendamiento, *vii)* en los que tienen por objeto actividades comerciales o industriales, *viii)* en los que tienen por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, y *ix)* en los de seguro, las potestades tienen el carácter de *prohibitivas*, lo que implica que no pueden pactarse o ejercerse en tales supuestos. Ahora, como la autonomía de la voluntad permite celebrar cuanto contrato se le ocurra al intelecto, y el legislador no reguló en el artículo 14 sobre todos los contratos existentes,

la jurisprudencia de la Sección Tercera definió un cuarto grupo, que comparte el carácter del tercero, esto es, en los que no se permite la inclusión o utilización de las potestades.

El razonamiento es el siguiente: como estas potestades son competencias que desnaturalizan el contrato, y en gran número de casos tienen consecuencias con cargas negativas para sus destinatarios, debe hacerse una interpretación restrictiva (Consejo de Estado, 2013). En ese sentido, solo pueden incluirse cuando el legislador lo habilite expresamente, de acuerdo al principio de legalidad que rige para el Estado –arts. 6 y 121 C.P.N–. Algunos de los contratos de este grupo son el de consultoría, el de compraventa o cualquier contrato *atípico*, como el *crowdfunding* o el *outsourcing*.

2.2 Interpretación unilateral

La interpretación unilateral de los contratos estatales como prerrogativa de la administración estatal, inició a abrirse camino en la legislación colombiana en los años 80's, con su aparición en la ley 19 de 1982, la cual en su artículo dos establecía que los contratos administrativos estarían sometidos a los principios de interpretación por parte de la administración. Si bien no se establecía como una cláusula exorbitante, si se establecía como un poder especial de la administración en la celebración de los contratos estatales.

Posteriormente, en el Decreto 222 de 1983 se hizo una regulación más extensiva de este asunto¹, consagrándose nuevamente la interpretación unilateral como un principio que irradiaba de forma general la contratación administrativa².

Ya en el estatuto general de la contratación estatal (ley 80 del 93), esta prerrogativa quedaría consignada como una cláusula excepcional en los arts. 14 y 15.

El art.15 que regula de forma específica esta institución dispone lo siguiente:

ARTÍCULO 15. DE LA INTERPRETACIÓN UNILATERAL. Si durante la ejecución del contrato surgen discrepancias entre las partes sobre la interpretación de algunas de sus estipulaciones que puedan conducir a la paralización o a la

¹ Art 24 del Decreto 222 de 1983

² El término Contrato Estatal aún no había sido acuñado para referirse a los contratos celebrados por la administración. Se usaba entonces Contrato Administrativo.

afectación grave del servicio público que se pretende satisfacer con el objeto contratado, la entidad estatal, si no se logra acuerdo, interpretará en acto administrativo debidamente motivado, las estipulaciones o cláusulas objeto de la diferencia.

El anterior artículo establece una serie de requisitos que han sido estudiados por la doctrina y la jurisprudencia para poder predicar la legitimidad y legalidad del ejercicio de esta prerrogativa. Dichos requisitos se resumen en los siguientes:

i) Se debe estar en la etapa de ejecución del contrato ii) Deben existir estipulaciones del contrato en las cuales las partes tengan controversia iii) Dichas controversias deben poner en peligro la ejecución del contrato, ya sea porque pueden conducir a la paralización o a la afectación grave del servicio público iv) Se realizó un proceso previo de concertación para llegar a un acuerdo respecto de la interpretación del contrato, pero la discrepancia se mantiene.

Respecto del primer requisito mencionado, es posible observar que el art.15 se refiere de forma específica al momento contractual en el cual es aplicable la cláusula, esto es la etapa de ejecución del contrato, por lo cual limita la posibilidad de ejercer esta potestad, dando a entender que no se puede hacer uso de la interpretación unilateral en la liquidación o antes de iniciar la ejecución.

El legislador condiciona, por tanto, el ejercicio de esta potestad al surgimiento, durante la ejecución del contrato, de discrepancias sobre el alcance de las estipulaciones, de tal manera que las presentadas en momento diferente no será posible solucionarlas por esta vía (Consejo de Estado, sala de consulta y servicio civil, 2000, pág. 8).

Así mismo, como lo predica el segundo punto, la interpretación unilateral sólo puede extenderse a las estipulaciones o cláusulas objeto de la diferencia, razón por la cual la administración tendrá como limitación que no podrá extenderse a materias sobre las cuales no tengan discrepancia las partes. (Consejo de Estado, sala de consulta y servicio civil, 2000, pág. 7)

Ahora bien, desarrollando los últimos dos puntos antes expuestos, es de suma importancia que dicha controversia ponga en peligro la ejecución del contrato y que las partes hayan intentado llegar a un acuerdo respecto del significado de la disposición en disputa, así que la administración deberá realizar un proceso de diálogo en dónde intente llegar a acuerdos con el Contratista.

Este proceso de diálogo, previo a la posible declaratoria de interpretación unilateral, también ha sido objeto de revisión. Si bien no resulta un método obligatorio, el Consejo de Estado ha aplicado un procedimiento de interpretación el cual resulta recomendable para las entidades estatales, dicho procedimiento consta de tres pasos: Interpretación en sentido estricto, calificación e integración³.

A partir de lo anterior, es evidente la intención de que los sujetos contractuales agoten todas las posibilidades antes de que la administración utilice los poderes que le han sido otorgados, esto muestra una evidente disminución de la intención dispositiva del estado, y una ampliación del principio de autonomía de la voluntad en la gestión de los conflictos surgidos del contrato.

Resulta importante señalar que esta facultad excepcional tiene una función preventiva, lo cual implica que su intención es evitar el acaecimiento de un evento infortunado y no sancionarlo o terminarlo, por dicha razón al dar uso a esta cláusula no existe intención de dar por terminado el vínculo contractual.

2.3 Modificación unilateral.

La modificación unilateral como prerrogativa de la administración pública, es una materialización del principio de mutabilidad de los contratos, también denominado principio de flexibilidad. Este principio irradia de forma genérica todo tipo de contratos,

³ Sentencia 05 mayo del 2013 MP. Danilo Rojas Betancourth, 2013 “La interpretación en sentido estricto corresponde al proceso a través del cual se determina la común intención de las partes objetivada en el texto (...) La calificación corresponde al encuadramiento o tipificación del acuerdo alcanzado por las partes dentro de las categorías legales comprendidas en la Ley 80 de 1993, el código civil, el código de comercio (...) La integración corresponde al fenómeno en virtud del cual, una vez determinado el tipo contractual, las partes o el juez encuentran que al lado de las determinaciones convencionales que tienen fundamento en la autonomía de las partes, se agregan, adicionan o suman otras obligaciones”

siendo aplicable en los acuerdos de carácter privado, en las relaciones laborales a partir del *ius variandi*⁴ y en el contrato estatal en lo que ha sido denominado *potestas variandi*.

Si bien esta potestad es una herencia del derecho privado, su aplicación en el derecho administrativo no puede restringirse únicamente a la voluntad de las partes, pues el poder con que cuenta el Estado para modificar los contratos administrativos se concibe fundamentalmente en términos de potestad (por ello es mejor denominarlo *potestas variandi*), y no de derecho subjetivo (Zavaleta, pág. 209).

Lo anterior implica dos cosas, la primera es que en aquellos casos en que las partes de un contrato estatal acuerdan modificar determinadas cláusulas, tal modificación no puede estar sustentada únicamente en la voluntad arbitraria de las partes, sino que debe tener una causa real y cierta, contemplada en la ley⁵ que justifique cualquier alteración del contrato, y la segunda es que, en todo caso, el principio de mutabilidad en los contratos estatales no se ha sustentado históricamente en la voluntad de modificación de las partes, sino que la construcción argumental de este principio aplicado en el derecho administrativo, obedece a la necesidad de otorgar al Estado herramientas que le permitan salvaguardar el interés general “a pesar de” lo pactado en el acuerdo de voluntades.

Es así como antes de que la potestad de modificar los contratos fuera una cláusula excepcional, se concebía como una prerrogativa que la administración debía tener, justificada en la necesidad de velar por la satisfacción de las necesidades públicas y el interés general.

Los primeros asomos de una regulación expresan de esta prerrogativa, se dieron –al igual que con la interpretación unilateral– en la ley 19 de 1982 y en el Decreto 222 de 1983. Posteriormente, la ley 80 del 93 regularía la materia de forma genérica (art.14) y de forma específica (art.16). El artículo 16 de esta ley establece lo siguiente:

⁴ Si bien en la jurisprudencia general de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional el *ius variandi* se entiende como un concepto del derecho laboral, los términos “principio de mutabilidad” y “*ius variandi*” se usan de forma indistinta en variados textos, por lo que *ius variandi* es también un sinónimo del principio general de mutabilidad.

⁵ CONSEJO DE ESTADO SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL, consejero ponente: ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO Bogotá, D. C., trece (13) de agosto de dos mil nueve (2009) Radicación número: 11001-03-06-000-2009-00033-00(1952)

ARTÍCULO 16. DE LA MODIFICACIÓN UNILATERAL. Si durante la ejecución del contrato y para evitar la paralización o la afectación grave del servicio público que se deba satisfacer con él, fuere necesario introducir variaciones en el contrato y previamente las partes no llegan al acuerdo respectivo, la entidad en acto administrativo debidamente motivado, lo modificará mediante la supresión o adición de obras, trabajos, suministros o servicios.

Si las modificaciones alteran el valor del contrato en un veinte por ciento (20%) o más del valor inicial, el contratista podrá renunciar a la continuación de la ejecución. En este evento, se ordenará la liquidación del contrato y la entidad adoptará de manera inmediata las medidas que fueren necesarias para garantizar la terminación del objeto del mismo.

A partir de lo dispuesto en el artículo anterior es posible entrever los requisitos que la ley ha establecido para predicar la correcta aplicación de esta potestad, algunos son requisitos genéricos que aplican en el análisis de todas las cláusulas, pero algunos son exclusivos de la modificación unilateral.

i) Se debe estar en la etapa de ejecución del contrato ii) Debe existir una situación que ponga en peligro la prestación del servicio público iii) Para superar la puesta en peligro, es necesario hacer variaciones al contrato, pero las partes no lograron acordar los términos de las variaciones. iv) La modificación solo puede realizarse sobre la suspensión o adición de obras, trabajos, suministros o servicios, no sobre todas las cláusulas del contrato. v) El aumento de las actividades concernientes al contrato no puede aumentar más allá del 50% del valor inicialmente pactado. vi) Como garantía para el contratista, si la modificación altera el valor inicial del contrato en más de un 20% este puede renunciar a continuar con la ejecución.

Sobre la cláusula de modificación unilateral de los contratos es importante anotar que, al igual que la cláusula de interpretación unilateral, tienen una función preventiva y no sancionatoria, por eso su aplicación implica la existencia de hechos externos no imputables al contratista que cambian las condiciones de la ejecución del contrato y no existe la intención de dar por terminado el vínculo contractual.

2.4 Terminación unilateral.

La terminación unilateral se estableció inicialmente como un principio de la administración en el artículo 2 de la ley 19 de 1982, y fue regulada de forma más concreta en el artículo 18 del Decreto 222 de 1983.

Posteriormente con la expedición del Estatuto General de Contratación se consagró como una cláusula excepcional en el art.14 y su contenido concreto se encuentra en el art. 17 el cual predica lo siguiente:

ARTÍCULO 17. DE LA TERMINACIÓN UNILATERAL. La entidad en acto administrativo debidamente motivado dispondrá la terminación anticipada del contrato en los siguientes eventos:

- 1o. Cuando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo imponga.
- 2o. Por muerte o incapacidad física permanente del contratista, si es persona natural, o por disolución de la persona jurídica del contratista.
- 3o. Por interdicción judicial o declaración de quiebra del contratista.
- 4o. Por cesación de pagos, concurso de acreedores o embargos judiciales del contratista que afecten de manera grave el cumplimiento del contrato.

Sin embargo, en los casos a que se refieren los numerales 2o. y 3o. de este artículo podrá continuarse la ejecución con el garante de la obligación. La iniciación de trámite concordatario no dará lugar a la declaratoria de terminación unilateral. En tal evento la ejecución se hará con sujeción a las normas sobre administración de negocios del deudor en concordato. La entidad dispondrá las medidas de inspección, control y vigilancia necesarias para asegurar el cumplimiento del objeto contractual e impedir la paralización del servicio.

Al igual que sucede con la modificación y la interpretación, la terminación unilateral no tiene un carácter sancionatorio, tanto el Consejo de Estado⁶ como la Corte Constitucional⁷ han hecho referencia a que esta potestad es un medio de control para evitar que haya una interrupción en la ejecución del contrato. Como se puede leer en las 4 causales del art.17,

⁶ (Consejo de Estado, sala de consulta y servicio civil, 2000)

⁷ C-620/2012

los hechos que impiden el cumplimiento del contrato son sobrevinientes, y en muchos casos como el de incapacidad física permanente, ni siquiera son situaciones imputables al contratista. Por esta razón la intención principal no es imponer una sanción, sino tomar las medidas necesarias para continuar con la ejecución del contrato.

Para que esta figura sea aplicable, deben concurrir una serie de requisitos, los cuales son:

i) Es necesario estar en la etapa de ejecución del contrato ii) Debe estar en peligro la ejecución del contrato en razón de las 4 causales establecidas en el artículo 17. iii) En el caso de incapacidad física permanente, la entidad debe evaluar si estar inmerso en la causal realmente afecta la ejecución del contrato, pues si la discapacidad no obsta para que se cumpla con lo pactado, no habría lugar a la terminación unilateral. iv) En los casos predicados en las causales 3 o 4, no es posible aplicar la terminación unilateral si la persona jurídica se sometió a un proceso de reorganización empresarial, tal como lo dispone el artículo 21 de la ley 1116 de 2006.

Cabe hacerse la pregunta de si la terminación unilateral establecida en el numeral 2° del artículo 45 de la ley 80, hace parte o no de esta cláusula excepcional, o se entiende únicamente como una prerrogativa distinta a las cláusulas.

Mucho se ha discutido sobre el punto anterior, argumentando que la terminación unilateral consagrada en el artículo 17 es una facultad del estado, en donde este debe entrar a hacer un análisis de la situación y posteriormente decidir si por motivos de conveniencia es aplicable o no la presente facultad, en cambio lo establecido en el art.45 numeral 2° es una obligación legal que no permite análisis de la situación, sino aplicación inmediata de lo establecido en la ley.

Además de esta diferencia considerada de suma importancia, también se diferencian aspectos tales como el hecho de que en el art.17 no existe un juicio de reproche para el contratista, las causales de terminación son sobrevinientes, únicamente es aplicable la prerrogativa del estado en etapa de ejecución y existe la posibilidad de acudir al juez para hacer un control del acto administrativo que da por terminado el contrato, en cambio en la terminación por nulidad el art. 45 si hay juicio de reproche, no son nulidades por causas sobrevinientes debido a que el error se encuentra en el proceso de celebración del

contrato, la terminación se puede dar incluso después de ejecutado el contrato, y no es posible acudir ante un juez para que revise la decisión, dado que la decisión se da después de que un juez haya declarado la nulidad del contrato.

Por las diferencias anteriores el Consejo de Estado si bien reconoce la terminación del artículo 45 como una prerrogativa, no la reconoce como una cláusula excepcional. Sin embargo, cabe dejar la reflexión que se desarrolló anteriormente respecto del fundamento superficial que tienen las cláusulas.

Al parecer, el análisis de qué es una cláusula excepcional y qué no lo es se limita únicamente a un criterio legal – son cláusulas las del art. 14 y no lo son las que no estén contempladas allí – pero no se hacen razonamientos que impliquen pensar respecto de los fundamentos mismos de la figura, no se tiene en cuenta cuál ha sido la construcción histórica de lo que justifica la existencia de una potestad exorbitante, y por tanto vemos un análisis que lo que hace es diferenciar figuras, pero no preguntarse si dichas figuras se crearon o no para que el estado pueda, en situaciones especiales, tomar decisiones unilaterales que afecten al contratista pero que permitan que prevalezca el bien general.

2.5. Caducidad

El artículo 18 de la Ley 80 define la caducidad como aquella estipulación que permite que, ante incumplimientos del contratista que afecten de manera grave y directa la ejecución del contrato con los que se evidencie que se puede conducir a su paralización, la entidad termine unilateralmente el contrato y ordene su liquidación. El segundo inciso dispone que, si la entidad pretende abstenerse de declarar la caducidad, deberá adoptar las medidas de control e intervención necesarias que garanticen la ejecución del contrato. Tratándose del contrato de obra, la caducidad no impide que la entidad tome posesión de ella o continúe la ejecución, ya sea a través del garante o de otro contratista, a quienes a su vez puede declarar la caducidad. Declarándose la caducidad, no hay lugar a las indemnizaciones o compensaciones del artículo 14, y con base en ella se pueden declarar otras sanciones e inhabilidades, como la del artículo 8 de la Ley 80. La caducidad es, quizá, la sanción más importante en la contratación estatal. Los presupuestos para ejercerla y sus consecuencias sancionatorias lo demuestran.

Las entidades la utilizan como *última ratio*, incluso adoptando medidas como las del segundo inciso del artículo 18. De igual modo, es la cláusula exorbitante por antonomasia, debido a que desde una perspectiva histórica fue de las primeras en crearse, y a partir de ella algunas corrientes distinguieron el contrato administrativo del contrato privado (Marienhoff, 1998. p. 407; p. 598). Hay estudios que sostienen que la institución existe en nuestro ordenamiento desde el siglo XIX (Arenas, 2020), con lo que se puede sostener que ha sido históricamente importante en nuestro contexto de la contratación estatal.

Retomando los requisitos, se enfatiza en que la caducidad solamente puede declararse cuando: *i*) el contratista incumple las obligaciones del contrato, *ii*) los incumplimientos del contratista no puede relacionarse con incumplimientos de la entidad, *iii*) tales incumplimientos afectan gravemente al contrato, consecuentemente, *iv*) se advierte una amenaza de parálisis de la ejecución del contrato y dicha potestad debe ejercerse conforme al debido proceso, siguiendo el procedimiento establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 (Dávila, 2016. pp. 655-676).

Sin perjuicio de lo anterior, jurisprudencialmente se ha creado otro requisito: que la potestad se ejerza en el plazo de ejecución. En efecto, la Sección Tercera considera que la finalidad principal de la institución se dirige a garantizar la ejecución del contrato, lo cual pierde sentido si se utiliza en una etapa posterior, como la liquidación (Consejo de Estado, 2008; Consejo de Estado, 2011).

2.6. Reversión

De conformidad con el artículo 19 de la Ley 80 de 1993, la reversión es una cláusula mediante la cual los elementos y bienes dados en una concesión o explotación de bienes públicos pasen a ser de propiedad de la entidad, sin que por ello deba compensarse algún concepto.

Dávila (2016. pp. 676-677) precisa que la reversión se aplica en dos sentidos vencido el plazo: *i*) en los bienes del Estado que le entregó al contratista a título de mera tenencia y *ii*) los bienes del contratista que ha dispuesto para la ejecución del contrato, y que se relacionan directamente con el servicio que el contrato satisface. En ese sentido, argumenta que esta segunda clase es la que la doctrina considera como potestad

exorbitante, porque el primer caso es simplemente una restitución de lo dado por el contratante al inicio de la ejecución.

3. RAZONES Y PLANTEAMIENTOS QUE APARECIERON EN EL TRÁMITE LEGISLATIVO

3.1 Transformación de estado

La forma en cómo se han entendido las funciones de las prerrogativas de la administración, tiene una conexión inescindible con la forma en que se han entendido las funciones del Estado en sus respectivas épocas. Resulta entonces necesario relatar de forma breve cómo influyó la transformación del estado en las discusiones llevadas a cabo en el trámite legislativo de la ley 80.

3.1.1 Estado liberal clásico.

En términos generales, el periodo liberal clásico va desde finales del siglo XVIII hasta la segunda postguerra del siglo pasado. Este modelo de estado se caracteriza por predicar una gran responsabilidad individual del sujeto sobre sus actos y sobre sus condiciones y una mínima responsabilidad del Estado frente a estos mismos elementos.

En Colombia, la constitución de 1886 predicaba abiertamente un liberalismo en términos económicos, de propiedad privada y de responsabilidad individual⁸. Así las cosas, los deberes del Estado se limitaban a asegurar la paz mediante la existencia de un ejército que pudiera defender la nación en caso de ataque, asegurar la libertad individual al no intervenir en la economía, ejercer funciones policivas para la seguridad cívica, recaudar impuestos y administrar la justicia.

Debido a que no había una noción y un sentido más amplio de los deberes del Estado, la contratación estatal no era uno de los pilares fundamentales del cumplimiento de los deberes constitucionales, y por eso mientras el estado liberal clásico era el modelo

⁸ No se predicaba liberalismo laico al ser un estado católico, en ese sentido, era una combinación entre corrientes liberales en lo económico y conservadoras en la moral y la religión.

aplicado por antonomasia, no hubo un amplio desarrollo de la figura de “contrato administrativo” o “contrato estatal”.

Aun así, existía una inversión pública que iba más allá de los deberes del Estado antes mencionados, esta inversión estaba centrada principalmente en facilitar el crecimiento económico de las nascentes industrias, por lo que se empezaron a contratar particulares para la construcción de carreteras, sistemas ferroviarios, fluviales, y principalmente formas de acceder a productos de otros lugares del país y excepcionalmente de otros lugares fuera del país.

En principio estos contratos se regían por las reglas contractuales establecidas en el derecho civil, sin embargo, se reconocía que de alguna forma el estado tenía una posición distinta a la de cualquier otra parte contractual, debido entre otras cosas a que se trataba del manejo de recursos públicos, por lo que se empezaron a reconocer algunas prerrogativas.

Algunas leyes que reflejan lo anterior son la 136 de 1886 que creaba una comisión de suministros, empréstitos y expropiaciones, la ley 4 de 1905 que introdujo los contratos de obra y con ellos la cláusula penal pecuniaria, o la ley 53 de 1909 que regula nuevamente los contratos de obra agregando una cláusula de caducidad administrativa.

Aun así, estas prerrogativas seguían siendo muy limitadas y no tenían como fundamento jurídico el cumplimiento del interés general y la correcta prestación del servicio público.

Poco a poco el estado liberal clásico fue cayendo en un declive sin salida debido a la cantidad de miseria que no solo abundaba, sino que se mantenía gracias al sistema.

Curiosamente en ese Estado de derecho capitalista, que desde un principio se fundó en el respeto del valor a la individualidad de cada miembro de la sociedad, comenzaron a impactar, como una especie de externalidad negativa, tres (3) hechos mundiales (...) El primero, se presentó con las ventajas sociales que en apariencia otorgaban las naciones que se convertían del capitalismo al socialismo marxista leninista (...) El segundo hecho lo constituyó el nacimiento en Francia de la Teoría del Servicio Público (...) Finalmente, el tercer suceso se presentó con las constantes condiciones infrahumanas a las que se veían enfrentados hombres,

mujeres y niños en las fábricas y empresas capitalistas” (Nolasco, 2018, págs. 57,58,59).

3.1.2 Estado intervencionista o Estado de bienestar.

Como consecuencia de los fenómenos anteriormente narrados y de otros sucesos de vital importancia como la primera y la segunda guerra mundial o la crisis del 29, se desencadena el nacimiento del Estado intervencionista o de bienestar. Las sociedades occidentales en su mayoría se vieron en la necesidad de acudir al Estado como benefactor para que salvara las economías industriales que estaban en declive y para que impulsara la satisfacción de derechos que en principio no se consideraban como tal.

La corte constitucional citando a Wilensky en sentencia T-406 del 92 dice que este estado garantiza estándares mínimos de salario, alimentación, salud, habitación, educación, asegurados para todos los ciudadanos bajo la idea de derecho y no simplemente de caridad.

Si bien el mundo estaba cambiando, Colombia seguía sujeta a la constitución de 1886, sin embargo, hubo reformas constitucionales y legales que permitieron la intervención del estado en asuntos como la economía o la satisfacción de ciertas necesidades. Siguiendo las corrientes europeas, y acogiendo a diversos tratados internacionales, así como tratando de frenar las inmensas insatisfacciones sociales que venían presentándose desde el campesinado, Colombia entró en una fase de Estado Intervencionista o benefactor en la que indudablemente aumentó su capacidad de contratación.

Ahora bien, puede resultar un poco impreciso, pero se puede decir que aquí, este periodo intervencionista inició en 1940 y finalizó más o menos 1980. Esto implicó un gran avance en la teoría de los contratos administrativos y las prerrogativas estatales; con la creciente fama que ofrecía la teoría del servicio público ya existía un fundamento de peso para explicar porque el estado debía ejercer poderes especiales respecto de las otras partes en la contratación administrativa.

En esta etapa se expedieron normas como la ley 167 de 1941 o código contencioso administrativo el cual en el art.254 estableció la obligatoriedad de la cláusula de caducidad en contratos de Obras Públicas; prestación de servicios; suministros y

operaciones de crédito público y de empréstitos (en estos últimos su explicación está dada por cuanto que los Bancos o entidades financieras eran estatales) (Guevara, 2002), el Decreto 351 de 1955 o estatuto nacional de compras, el Decreto 1050 de 1955 o estatuto de empréstito y operaciones de crédito, entre otras. Aquí el gran poder que el Estado pretendió ejercer en la contratación estatal justificaba el uso de las cláusulas exorbitantes.

No obstante las aparentes buenas intenciones de una intervención paternalista sobre la sociedad, este modelo también entró en Crisis.

el Estado de bienestar, que pretendió promover a extensos sectores marginados de los beneficios sociales a través de una política económica basada en la construcción de obras públicas, en el subsidio a diversas actividades de producción y en la extensión de servicios gratuitos, desembocó en muchos casos en crisis fiscal y evidenció sus contradicciones al transferir más poder a los grupos poderosos de la sociedad contratados por el mismo Estado para acometer sus proyectos y liberados por éste de la prestación de otros servicios. A lo anterior se vino a sumar el crecimiento incontrolado del aparato burocrático administrativo y su ineficiencia para resolver los problemas de una sociedad capitalista compleja (T-533/92)

Esta crisis vino con una crítica por parte del sector privado, quién se sentía excluido de la posibilidad de prestar ciertos servicios y consideraban que el trámite de contratación administrativo no ofrecía suficientes garantías en términos de eficiencia y verdadera ganancia para el contratista.

3.1.3 Estado social de derecho.

Si bien muchas veces se enmarca esta etapa en todo lo ocurrido después de la constitución de 1991 en dónde oficialmente Colombia se consagra como un Estado Social de Derecho, lo cierto es que, si nos apegamos al sentido ideológico que existe detrás de este modelo de Estado, podemos encontrar leyes y políticas anteriores a la constitución actual en la que se vislumbra el espíritu del Estado Social de Derecho.

El problema del Estado liberal es que no ponía mayor atención al bienestar integral de sus ciudadanos en una sociedad totalmente precarizada por la guerra, la pobreza y la post

esclavitud, El problema del estado de bienestar era que el gasto fiscal era insostenible y la burocracia administrativa hacía que las gestiones demoraran mucho más de lo necesario.

El estado social de derecho de alguna forma buscó adquirir las mejores características de ambos sistemas, en palabras de la Corte Constitucional:

El Estado como instrumento de justicia social, basado en una economía social de mercado, con iniciativa privada, pero en la que se ejerce una cierta intervención redistributiva de la riqueza y de los recursos, permite corregir los excesos individuales o colectivistas.

El sistema económico en el Estado social de derecho, con sus características de propiedad privada de los medios de producción, libertad de empresa, iniciativa privada e intervencionismo estatal, está orientado según un contenido humano y por la aspiración de alcanzar los fines esenciales de la organización social. (T-533/92)

Esta combinación de sistemas marcó mucho la forma en que quedó organizada la constitución de 1991, y las leyes que se expidieron en los siguientes 10 años en aras de hacer una reforma integral del sistema.

En ese momento histórico la teoría del servicio público ya estaba mucho más consolidada, conceptos como interés general, satisfacción de necesidades y derechos fundamentales estaban en auge, así como la justificación de todo el sistema político alrededor de lo que contenían estas palabras. Claramente estas ideas tuvieron un fuerte influjo en la contratación estatal, debido a que los contratos son el medio para satisfacer gran parte de las necesidades, obligaciones y derechos consignados en la carta constitucional.

Aquí es donde se ubica el trámite legislativo de la ley 80 del 93, que tenía como reto establecer un régimen general de contratación estatal, que al igual que el Estado Social de Derecho, combinara lo mejor de dos regímenes, esto es, un régimen contractual que tuviera como finalidad máxima la satisfacción del interés general, pero que también tuviera en gran consideración al sector privado y no lo eliminara de la ecuación.

Esta combinación de ideologías político-económicas – porque en el fondo esto obedece a cuestiones ideológicas – se trasladaría también a la configuración de las cláusulas excepcionales a partir de preguntas como las siguientes ¿Cuándo están justificadas las prerrogativas estatales? ¿Qué tipo de contratos celebrados por la administración no obedecen a la prestación de un servicio público? ¿Cómo se debe equilibrar el poder del estado y la iniciativa privada?

3.2 ¿Crisis o transformación del servicio público?

Suárez Tamayo (2010) realiza un juicioso recorrido doctrinal y jurídico respecto a las nociones de servicio público. En suma, presenta un panorama en el que se contraponen dos posturas: quienes consideran que una noción tradicional del servicio público permanece vigente, y que se debe abogar por mantenerla y adaptarla, y quienes consideran que pasó a la historia, y que la actividad administrativa se ha modificado a tal punto que lo que otrora se incluía en tal concepto hoy tiende a ser parte de las lógicas comerciales.

La doctrina (Ariño, 2003. pp. 299-334; Suárez, 2010. pp. 103-125; Santofimio, 2017. Cap. VII) expone que la noción tradicional del servicio público, que en la mayoría de casos se utilizó para referir las diferentes actividades de la Administración pública dirigidas a la satisfacción de necesidades colectivas, se transformó o –en los términos de la disyuntiva que proponen– entró en crisis.

Esta modificación no puede desentenderse de las modificaciones socioeconómicas, ni de las distintas clases de Estado, pues ellos son sus causas y presupuestos. En ese sentido, la doctrina francesa –referida constantemente por los autores– tenía una posición que podemos calificar mayormente como *publicista*, en la medida en que consideraba que el Estado debía prestar directamente los distintos bienes y servicios necesarios para permitir condiciones de vida a sus administrados.

La reducción del Estado, la crisis de corrientes económicas intervencionistas, la inflación de las funciones de la Administración, el alto gasto público, la ineficiencia burocráticas, entre otras razones que se expusieron, dieron lugar a tendencias de reducción de las funciones públicas y, en cambio, se optó por incluir a los particulares, especialmente a

quienes tenían el músculo financiero, técnico y comercial a la altura de los grandes retos de la Administración, para cumplir las actividades que en otro momento eran suyas.

¿Qué implicó lo anterior? Someter parcialmente actividades públicas a la lógica del mercado, en tanto para un particular solo es llamativo el llamado de la Administración si ello representa lucro, lo cual solo se adquiere atendiendo leyes económicas como la de la oferta y la demanda. El derecho público, en especial el administrativo, se transforma, convirtiéndose en un sistema jurídico de *mínimos* y *máximos*, es decir, un conjunto normativo tendiente a definir los límites de acción de los particulares que cumplen funciones públicas, o que colaboran directamente a la Administración a cumplirlas, como es el caso de la contratación estatal.

Para Suárez (2010), por ejemplo, esto no supone una *huida del derecho administrativo*, sino una adaptación y reafirmación del derecho administrativo a las exigencias del sistema. Santofimio (2017) encuentra que la Constitución de 1991 creó un sistema en el que constantemente están en tensión los intereses públicos y privados, pero que ello no significa una supresión de la supervisión, control y vigilancia que caracteriza el ejercicio público. Ariño (2003), de manera un poco distanciada a los anteriores, se preocupa eminentemente por la eficiencia de la actividad del Estado, y proponiendo que nuevas herramientas, como la *regulación*, se vuelven imprescindibles en el nuevo escenario.

En este nuevo contexto se enmarca la vigente contratación estatal. El papel de los particulares cada día es más importante para la Administración pública, y sus herramientas constantemente están sujetas a análisis y discusiones respecto a las posibilidades de control del papel que cumplen aquellos. De este modo, el mercado, cada vez más expansivo, encuentra límites en un derecho público que se adapta a las condiciones que le imponen, sin perder el rumbo –formalmente, como mínimo– de que la reducción del Estado no implica *per se* el incumplimiento de los fines constitucionales.

3.3 Contexto social, político y económico

Algunos de los acontecimientos más importantes que tuvieron gran influencia en la política de los años 90 's se remontan a sucesos de los años 80' s.

En los años 80 's existió una constante llamada violencia que caló hasta en lo más profundo de la estructura de nuestro país. La violencia, que siempre había existido, llegó a niveles tan grandes que incluso logró algo que hoy en día se conoce como “captura del Estado”⁹.

Lo anterior quiere decir que las instituciones estatales eran fácilmente manipulables por actores que, a través del poder de las armas, el miedo y el dinero impedían el cumplimiento de los deberes legales y constitucionales. Existía un gran entramado de corrupción en los órganos de gobierno central, los cuales estaban a merced de los carteles de drogas; los gobiernos municipales que se encontraban en la ruralidad no tenían gobernabilidad porque estaban al mando de las guerrillas o los paramilitares, y los grupos guerrilleros proliferaban como nunca, algo de esperarse después de sembrar y cultivar con tanta pericia la semilla de la injusticia social.

En los años 90's la población colombiana se encontraba desilusionada, rota y asustada, el proceso de captura del estado creó una alta desconfianza institucional, y la cantidad de necesidades básicas insatisfechas era bastante alta no solo por la ineficiencia del estado, sino porque el foco principal del gobierno no era la solución a problemas sociales como la educación o la salud, sino que la atención giraba, en su mayoría, en combatir a los grupos armados y a las disidencias ideológicas.

En esta década el presidente Cesar Gaviria no solo se enfrentaba a un país totalmente fragmentado, sino que también afrontaba hechos internacionales de gran importancia como la globalización y la apertura económica al mercado exterior. Además, como se explicó anteriormente, el mundo occidental se enfrentaba a la crisis del Estado de bienestar y se buscaban alternativas que permitieran un Estado comprometido con la satisfacción del interés general, pero que al tiempo fuera flexible en términos económicos y que tuviera programas de fácil acceso sin necesidad de una cantidad de burocracia innecesaria. En resumen:

⁹ Concepto usado y ejemplificado en el texto “DESTERRADOS: Tierra, poder y desigualdad en América Latina” Oxfam - Escritora, Arantxa Guereña - Editora, Stephanie Burgos.

Colombia, durante la década de los noventa, responden a los problemas sociales del país en el momento y hacen parte de una tendencia internacional de reformas sociales, pero además su contenido y alcance están determinados por la situación donde se dieron, dentro de los cuales puede destacarse la Asamblea Nacional Constituyente de 1991; el contexto de reformas económicas, políticas y sociales de principios de la década; la crisis económica que se ha dado desde 1999, y la profundización del conflicto interno (Ramírez, 2020. Pág.4).

La creación de la constitución política de 1991 fue una de las formas en las que se intentó solucionar este conglomerado de problemas sociales latentes. A través de ella se estableció que nuestro modelo sería el de un Estado social de derecho, se intentaron reconocer la mayor cantidad de posturas posibles ponderando las posiciones que podían ser contradictorias y claramente con esto cambiaron no solo las finalidades del estado, sino la forma de cumplir esas finalidades.

Tan solo dos años después se expidió la ley que contenía el régimen general de contratación estatal, claramente, el congreso encargado de la tramitación del proyecto de ley no estaría ajeno a estas realidades. En el nuevo estatuto era necesario tener en cuenta los siguientes aspectos:

i) Darle cabida nuevamente a la importancia de la iniciativa privada en la contratación pública, esto como consecuencia de un estado de bienestar fallido y de un nuevo modelo conciliador que intenta darle voz a la mayor cantidad de intereses posibles. ii) solucionar la exagerada burocracia, promoviendo la facilidad, rapidez y efectividad en los procesos de contratación para solucionar de la manera más eficiente posible los problemas que afectan el interés general. iii) Promover el interés general como estandarte de la contratación pública, lo cual es un legado de la teoría del servicio público y del estado de bienestar. Sobre todo, en un país con profundas desigualdades que necesitaba con urgencia procesos de contratación dirigidos a subsanar una gran cantidad de necesidades insatisfechas.

¿Fueron tenidas en cuenta estas consideraciones a la hora de establecer las cláusulas excepcionales tal y como quedaron en la ley 80? y en caso de que no ¿qué aspectos determinaron la configuración legislativa de este tema? ¿Fue acaso una configuración

legislativa superficial o hubo razones de peso que justificaran la determinación de estas prerrogativas estatales?

3.4 Configuración de las cláusulas en el trámite legislativo de la ley 80.

La exposición de motivos del proyecto de ley 149 del 92, el cual posteriormente se convertiría en la ley 80 del 93, fue presentado ante el congreso por el Ministro de Obras Jorge Bendek Olivella. Mediante esta norma titulada “estatuto general de contratación estatal” se pretendía unificar el régimen de contratación en todo el país y cambiar la forma en que se concebía lo que en aquel tiempo era llamado contrato administrativo.

En este proyecto de ley, las cláusulas excepcionales estaban mencionadas en los mismos artículos que hoy conocemos, a saber, los artículos 14, 15, 16, 17, 18 y 19. Aun así, tenían sutiles diferencias en cómo fueron propuestas. Las principales diferencias eran las siguientes.

i) Sólo se establecía la paralización grave del servicio público como razón para invocar las cláusulas, no se hablaba de afectación grave al servicio público. ii) No eran obligatorias las cláusulas en los contratos de obra iii) No se establecía el recurso de reposición iv) No estaba la potestad facultativa de pactar las cláusulas en los contratos de suministro y prestación de servicios. v) en la cláusula de terminación unilateral, se podía declarar la terminación por “otras situaciones que hagan imposible la ejecución del contrato”¹⁰

Ahora bien, en la exposición de motivos, los elementos importantes con los que se justificaba la configuración de las cláusulas tal y como estaban en el proyecto eran los siguientes:

- 1) Unificar los conceptos de contrato administrativo y contrato de derecho privado de la Administración en contrato estatal, institución fuertemente basada en el derecho privado con reglas derogatorias de tal régimen.

¹⁰[1]<https://sidn.ramajudicial.gov.co/SIDN/PUBLICACIONES%20PERIODICAS/TEXTO%20COMPLETO%20Y%20TABLAS%20DE%20CONTENIDO%20PP/Gaceta%20del%20Congreso/Gaceta%20del%20Congreso%201992/GC%2075%20de%201992.pdf>

- 2) Usar las cláusulas excepcionales como un contrapeso a la autonomía de la voluntad de las partes contratantes y como una defensa del interés general.
- 3) Los contratos en los que se propusieron las cláusulas fueron sólo aquellos en los que se consideraba que existía la prestación de servicio público y por tanto estaba en juego el cumplimiento del interés general.

Acerca del primer elemento, esto es, volver a retomar los elementos del derecho privado, es posible ver cómo la crisis del Estado intervencionista y la entrada en vigencia del Estado social de derecho tuvo una gran relación con esta nueva fórmula propuesta en el estatuto general de contratación.

En términos generales, fue una apuesta que se vio reflejada en todo el proyecto de ley, pero de forma específica con las cláusulas excepcionales. La caída del Estado de bienestar implicaba un menor uso de las prerrogativas estatales y por tanto una disminución de las cláusulas exorbitantes. Por dicha razón consideramos que potestades tales como la cláusula penal pecuniaria y otras de índole sancionatorio no fueron propuestas.

En la lectura de la exposición de motivos es posible entrever el hastío que producía el poder excesivo de las entidades estatales, se manifestaba por ejemplo que “deben defenderse los derechos del administrado contratista retornando el contrato a su noción original y despojando a la administración de un cúmulo de privilegios y facultades omnímodas e innecesarias” (Exposición de motivos, ley 80 del 93)

Aquí es cuando el segundo elemento mencionado toma relevancia, aun cuando se quisiera volver a la noción original del contrato, el Estado Social de derecho no descartaba los postulados del estado de bienestar, simplemente flexibilizaba la intervención y combinaba el paternalismo con el liberalismo clásico. Así las cosas, aún resultaba obligatorio – así como hoy en día – la defensa del interés general.

La argumentación hecha por el ministro Bendek Olivella da a entender que las cláusulas son una forma de reducir el poder el Estado pero no tanto, es decir, de dejar ese pequeño margen de poder para asegurar el cumplimiento del servicio público y la satisfacción del interés general, aun cuando mediase la autonomía de la voluntad. En este apartado

podemos ver como se explica la función de las cláusulas en función de ser una limitante a la autonomía de la voluntad:

“El proyecto de ley busca recuperar la trascendencia de la autonomía de la voluntad como principal fuente creativa y regulador de las relaciones sociales. Por eso, las relaciones entre el organismo estatal y el contratista deberán fundarse en el acuerdo de sus voluntades, del que emanarán las principales obligaciones y efectos del acto jurídico. Por esa razón se reconoce en los artículos 13 y 34 del proyecto la plena aplicabilidad de las disposiciones comerciales y civiles en materia contractual (...) Resulta pertinente reiterar que la libertad contractual que se ha predicado no es absoluta, sino que se encuentra limitada por el propio interés público en cuanto que el contrato contendrá cláusulas excepcionales al derecho común” (Exposición de motivos, ley 80 del 93)

No obstante, este argumento se torna superficial en cuanto los contratos en los cuales se predicaba el aumento de la autonomía de las partes era la mayoría, mientras los contratos en los que se predicaba la existencia de las cláusulas eran unos pocos. Incluso, los tipos de contrato en donde están prohibidas expresamente las prerrogativas de las que aquí se habla, resultan de carácter bastante civil y comercial por lo que al final en aquellos acuerdos en donde la existencia de la autonomía de la voluntad es más relevante, el poder del estado disminuyó y quedó sin el contrapeso que representan las cláusulas.

De hecho, esto se manifiesta de forma taxativa en la exposición de motivo en este párrafo:

Pues bien, no se incluirán las cláusulas excepcionales al derecho común en los contratos relacionados con las actividades civiles, comerciales o industriales del Estado, tales como la mayoría de los contratos regulados por el Código Civil o Código de Comercio (comodato, transporte, cuenta corriente, corretaje, etc.).

¿Cómo se justifica esto? Responder esa pregunta implica introducir el tercer elemento, que es de gran relevancia, y es el desarrollo de las prerrogativas cada vez más conectado a la noción de servicio público. Es decir, las potestades estatales se concebían como necesarias únicamente en función de la prestación de un servicio público, porque es a través de la prestación de estos servicios que se satisface el interés general y la

justificación del uso de poderes exorbitantes está en usarlos cuando sea necesario para asegurar el cumplimiento de dicho interés.

Volviendo al punto anterior, esta es la razón que justificó, según el gobierno nacional, que las cláusulas estuvieran prohibidas en ciertos contratos, aun cuando resultare contradictorio con el párrafo citado unas líneas arriba. En otras palabras, “Los fines “específicos” del Estado no son civiles, comerciales o industriales, científicos o tecnológicos; estos últimos no constituyen fines estatales específicos, ya que habitualmente implican o representan actividades propias de los particulares” (Exposición de motivos, ley 80 del 93)

En principio, se podría afirmar que algunos de los elementos descritos en el capítulo 3.3 (contexto social, económico y político) son tenidos en cuenta por el gobierno nacional a la hora de redactar el proyecto de ley 149 del 92, retomemos estos elementos:

- i) Darle cabida a la iniciativa privada. Este elemento definitivamente se ve reflejado en la configuración de las cláusulas al reducir su aplicabilidad, y en general irradia todo el espíritu del proyecto de ley
- ii) Solucionar la exagerada burocracia promoviendo la eficacia de los procesos de contratación. Este punto es transversal con la reducción de las prerrogativas estatales, entre menos potestades, más autonomía.
- iii) Promover el interés general como estandarte de la contratación pública. Al final, esto es lo único que justifica la existencia de prerrogativas estatales, siendo el fundamento más importante de su configuración en la ley 80, pero al tiempo el menos analizado.

Cabe mencionar que la exposición de motivos tiene una fuerte influencia argentina y española, pues al sustentar sus consideraciones refiere autores como Héctor Jorge Escola y Fernando Garrido Falla. Esto permite asumir que el análisis del proyecto presentado por el Gobierno del momento fue influenciado –como es corriente en las modificaciones jurídicas– por las experiencias foráneas. Esto no es más que otra muestra de los efectos de la globalización, en este caso académica con fuertes efectos prácticos.

En la ponencia del primer debate en senado, presentada por Gustavo Espinosa Jaramillo, Alfonso Latorre Gómez y Tito Edmundo rueda Guarín, todos congresistas por el partido Liberal, argumentan:

Por no ser ajenas al ordenamiento común, las cláusulas de multa y la penal pecuniaria son excluidas de la categoría de excepcionales, pudiendo, por ende, las partes pactarlas en ejercicio de la libertad contractual que le es propia, o en cumplimiento de las condiciones generales previstas en los pliegos de condiciones o términos de referencia (Imprenta Nacional de Colombia, 1992. p.7).

Este es el único referente expreso encontrado en la investigación a las cláusulas de multa y penal pecuniaria. Como se observa, la intención de los ponentes, que con claridad representaban estrechamente los intereses del Gobierno, era darle una suma importancia a la autonomía de la voluntad, tanto así como para permitir que por medio de ella se consideraran válidas cláusulas que otrora eran consideradas como exorbitantes. Desde este momento pueden rastrearse posiciones que sostienen que pactos similares a las cláusulas excepcionales pueden ejercerse unilateralmente sin tener que acudir a la jurisdicción.

Lo transcrito permite explicar, en principio, por qué las cláusulas de multas y penal pecuniaria no se incluyeron en la Ley 80 de 1993 como cláusulas excepcionales al derecho común, y tuvo que darse la discusión jurisprudencial que distinguió de su pacto –lo cual siempre ha estado permitido a las entidades, incluso de un régimen diferente de contratación– a su imposición unilateral (Consejo de Estado, 1994), y que concluyó en la expedición del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007.

Así, el devenir desde la expedición de la Ley 80 de 1993, analizado desde esta problemática específica, demuestra la intensidad de las discusiones alrededor del alcance del principio de la autonomía de la voluntad privada, en la medida en que la herramienta utilizada por los legisladores del siglo pasado para ampliar las competencias de la Administración ha sido matizada en sede judicial, exigiendo nuevos trámites legislativos.

Siguiendo el trámite, en la ponencia del segundo debate (Imprenta Nacional de Colombia, 1993a) no se hizo mención de las cláusulas, y solo se destaca que en la redacción del articulado se incluían en el primer grupo –es decir, en el que las cláusulas son obligatorias– los contratos de suministro y prestación de servicios. De igual modo, nada en particular se destaca de los dos primeros debates en Cámara, del proyecto de Ley No. 205 de 1992 –hermano del No. 149 de 1992 del Senado– (Imprenta Nacional de Colombia, 1993b).

En la plenaria del Senado (Imprenta Nacional de Colombia, 1993c) Fernando Mendoza Ardila y Luis Guillermo Sorzano presentaron inconformidades a la configuración que hasta el momento estaban adquiriendo las potestades, especialmente en lo relativo a su inclusión en todos los contratos estatales. Respecto a esto, el ponente se limitó a contestar que era más adecuado mantenerlos para ciertos contratos, porque su utilización en aquellos que no tuvieran una relación directa con intereses públicos o prestación de servicio era injustificada. Además, y esto es importante, los congresistas de la Comisión Primera argumentaron que el trámite legislativo tenía un vicio de competencias, debido a que el proyecto debió tramitarse por su Comisión y no por la Cuarta, como se hizo. En consecuencia, la Presidencia del Senado ordenó una Comisión Accidental en la Comisión Cuarta con la posibilidad de que participaran los senadores que lo vieran necesario.

Los resultados de tal Comisión se presentaron a la plenaria el 18 de junio de 1993 (Imprenta Nacional de Colombia, 1993d), en los que se modifican las cláusulas de la manera más cercana a como están actualmente reguladas, es decir, incluyendo el requisito de la afectación grave del servicio y excluyendo del primer grupo los contratos de suministro y prestación de servicio. Sin embargo, es el segundo grupo –en el que las cláusulas son potestativas–, en el que entrarían estos contratos, no estaba aún definido, y simplemente se proponía que el reglamento interno de las entidades definiera en qué casos deberían llevar cláusulas excepcionales.

A pesar de que nuevamente se insistió infructuosamente en modificar el articulado y establecer que las cláusulas debían ser de obligatorio pacto en todos los contratos estatales, se votó a favor del mismo y se constituyó la Comisión de Conciliación ante la Cámara. Lo propio lo realizó la Cámara, y el 19 de junio se presentaron los respectivos informes de conciliación (Imprenta Nacional de Colombia, 1993e; Imprenta Nacional de

Colombia, 1993f). Por último, el Presidente objetó los artículos 24, 41 y 76, por lo que se dio un trámite adicional, que no se relaciona con las cláusulas (Imprenta Nacional de Colombia, 1993e; Imprenta Nacional de Colombia, 1993g; 1993h; 1993i).

Como puede verse, la discusión más importante se dio en relación a su inclusión forzosa en todos los contratos del Estado. La posición adoptada finalmente por el legislador fue la que desde un principio presentó el Gobierno, y que fue sostenida a lo largo del trámite en ambos órganos del Congreso. Según esta, los poderes contractuales de la Administración solo pueden ejercerse en contratos de gran trascendencia pública, en la medida en que su utilización desnaturaliza la igualdad que caracteriza el contrato, como institución naciente en el derecho privado. Del mismo modo, se privilegia la autonomía de la voluntad, mediante la cual se pueden pactar en algunos contratos, sin definir la obligatoriedad de su pacto y uso –por lo general– en contratos importantes como el de obra.

En otras palabras, el trámite legislativo demuestra que las influencias de la transformación del Estado, así como la perspectiva ante el servicio público, exige asumir una Administración menos desigual ante el particular, concibiendo éste como un colaborador de ella para alcanzar finalidades ulteriores. En otras palabras, la regulación vigente de las cláusulas excepcionales al derecho común, y las razones esgrimidas en su trámite legislativo, visibiliza la transformación de una Administración pública que trabaja y se sirve constantemente del sector privado, sin renunciar completamente a las garantías y herramientas necesarias para mantener el cumplimiento de sus objetivos.

BIBLIOGRAFÍA.

Arenas Mendoza, H. (2020). Declaratoria de caducidad del contrato de concesión y responsabilidad del Estado: a propósito de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 20 de octubre de 1898. *Revista Digital De Derecho Administrativo*, (24), 213-238. <https://doi.org/10.18601/21452946.n24.09>

Corte Constitucional. (25 de octubre del 2000). Sentencia C-1436 del 2000. [MP Alfredo Beltrán Sierra].

Exposición de motivos, ley 80 del 93. Jorge Bendej Olivella. Recuperado de <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=7148#>

Álvarez Jiménez, M. A., & Rodríguez Garrido, A. P. (2014). CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LA APLICACIÓN DE LAS CLÁUSULAS EXCEPCIONALES DE INTERPRETACIÓN Y MODIFICACIÓN UNILATERAL EN EL CONTRATO ESTATAL EN COLOMBIA. *Universidad de Cartagena, facultad de derecho y ciencias políticas.*, 122.

Ariño Ortiz, G. (2003). *Principios de derecho público económico*. Universidad Externado de Colombia.

Benavides, J. L. (2004). *El contrato estatal. Entre el derecho público y el derecho privado*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Betancur Hincapié, G. L., Londoño Muñoz, C., & Múnera Rendón, M. (2017). Las cláusulas excepcionales en la contratación estatal. *Revista Nuevo Derecho - Institución Universitaria de Envigado*, 31.

Colombia, C. d. (26 de agosto de 1892). Ley 4 de 1892. Bogotá, Colombia: Diario oficial.

Colombia, C. d. (28 de octubre de 1993). Ley 80 de 1993. Bogotá, Colombia: Diario Oficial No. 41.094.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera (21 de octubre de 1994). Sentencia Exp. 9.288. [CP Daniel Suárez Hernández].

Consejo de Estado, sala de consulta y servicio civil. (2000). *C.E. 1293 de 2000*. Bogotá.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera (20 de noviembre de 2008). Sentencia Exp. 17.031. [CP Ruth Stella Correa Palacio].

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera (10 de marzo de 2011). Sentencia Exp 16.856. [CP Stella Conto Díaz del Castillo].

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. (13 de febrero de 2013). Sentencia Exp. 24.996. [CP Mauricio Fajardo Gómez].

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. (25 de octubre de 2019). Sentencia. Exp. 60.304. [CP Marta Nubia Velásquez Rico].

Dávila Vinueza, L. G. (2016). potestades excepcionales. En L. G. Vinueza, *Régimen jurídico de la contratación estatal*. Legis.

Imprenta Nacional de Colombia. *Gaceta del Congreso No. 75* del 21 de septiembre de 1992.

Imprenta Nacional de Colombia. *Gaceta del Congreso No. 145* del 23 de mayo de 1993a.

Imprenta Nacional de Colombia. *Gaceta del Congreso No. 160* del 28 de mayo de 1993b.

Imprenta Nacional de Colombia. *Gaceta del Congreso No. 194* del 11 de junio de 1993c.

Imprenta Nacional de Colombia. *Gaceta del Congreso No. 213* del 18 de junio de 1993d.

Imprenta Nacional de Colombia. *Gaceta del Congreso No. 218* del 19 de junio de 1993e.

Imprenta Nacional de Colombia. *Gaceta del Congreso No. 236* del 19 de junio de 1993f.

Imprenta Nacional de Colombia. *Gaceta del Congreso No. 296* del 31 de agosto de 1993g.

Imprenta Nacional de Colombia. *Gaceta del Congreso No. 341* del 10 de octubre de 1993h.

Imprenta Nacional de Colombia. *Gaceta del Congreso No. 348* del 18 de octubre de 1993i.

Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española*, 23.^a ed., [versión 23.3 en línea]. <<https://dle.rae.es>>

Galeano, E. (1989). *El libro de los abrazos*. Uruguay: Siglo XXI.

Guevara, J. (17 de diciembre de 2002). *Contratos estatales en Colombia*. Obtenido de Gestipolis: <https://www.gestipolis.com/contratos-estatales-en-colombia>

Marienhoff, M. S. (1998). *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo III-A. 4a ed. Abeledo-Perrot.

Mir Puigpelat, O. *Revista de Administración Pública. El concepto de Derecho administrativo desde una perspectiva lingüística y constitucional* (162). [47-87]. Recuperado de: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=784920>>.

Navia Arroyo, F. (2008). *Revista de Derecho Privado. La terminación unilateral del contrato de derecho privado* (14). [35-68]. Recuperado de: <<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/549>>.

Nolasco, E. P. (2018). Dimensión jurídica del Estado Social de Derecho. *Advocatus - Universidad libre seccional Barranquilla*, 49-65.

Ramírez, Patricia (agosto del 2002) Evolución de la política social en la década de los noventa: cambios en la lógica, la intencionalidad y el proceso de hacer la política social. El caso de Colombia. Bogotá, Colombia. Documento preparado por Patricia Ramírez para la Fundación Corona-Área de Gestión Local y Comunitaria

República, C. d. (27 de noviembre de 1909). Ley 53 de 1909. Bogotá, Colombia: Diario oficial.

República, C. d. (22 de enero de 1982). Ley 19 de 1982. Bogotá, Colombia: DIARIO OFICIAL. AÑO CXVIII. N. 35937.

Rodríguez, L. (2017). *Derecho administrativo general y colombiano*. Bogotá: Temis.

Romero, O. A. (2016). Interpretación unilateral del contrato estatal. *Universidad la Gran Colombia*, 46.

Santofimio Gamboa, J. O. (2017). *Compendio de Derecho Administrativo*. Versión ePub. Universidad Externado de Colombia.

Sala de consulta y servicio civil, 11001-03-06-000-2009-00033-00 (Consejo de Estado. 13 de agosto de 2009).

Sentencia 17031 de noviembre 20 de 2008. MP Ruth Stella Correa Palacio, 17031 (Consejo de estado, sala de lo contencioso administrativo - sección tercera 20 de 11 de 2008).

Sentencia de agosto 20 de 1998. Actor: Universidad del Tolima. Magistrado Ponente, Dr. Juan de Dios Montes Hernández., Radicación No. 14202 (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. 20 de agosto de 1998).

Sentencia T-533 del 92, T-533 (Corte Constitucional 1992).

Sentencia 05 mayo del 2013 MP. Danilo Rojas Betancourth, 25000-23-26-000-2000-00634-01(24221) (Consejo de Estado, sección tercera. 03 de 05 de 2013).

Suárez Tamayo, D. (2010). *Huida o vigencia del derecho administrativo. El caso de los servicios públicos domiciliarios. Transformaciones-Tendencias del Derecho Administrativo*. (Trabajo de maestría). Universidad de Antioquia, Medellín.

Zavaleta, A. C. (s.f.). La potestas variandi de la Administración Pública en los contratos de concesión de obras y servicios públicos. *Revista de derecho administrativo PUCP*, 14.

Caracciolo, R. (2008). *La noción de Sistema en la teoría del derecho*. 2a reimp. Fontamara.

Alchourrón, C. E. y Bulygin, E. (2012). *Sistemas normativos*. 2a ed. Editorial Astrea.