

**MECANISMOS DE CONTROL DE LAS ENTIDADES ESTATALES PARA EL
CUMPLIMIENTO DEL OBJETO CONTRACTUAL**

**MANUELA ALCOCER MARTÍNEZ
IVONNE ARABIA CHAVERRA**

**UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO
MEDELLIN
2013**

**MECANISMOS DE CONTROL DE LAS ENTIDADES ESTATALES PARA EL
CUMPLIMIENTO DEL OBJETO CONTRACTUAL**

**MANUELA ALCOCER MARTÍNEZ
IVONNE ARABIA CHAVERRA**

**Trabajo de grado presentado como
requisito parcial para optar al título de Abogado**

Asesor: Carolina Ariza Zapata

**UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO
MEDELLIN
2013**

Nota de aceptación:

Presidente del Jurado

Jurado

Jurado

Medellín, octubre de 2013

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	6
1. MECANISMOS DE CONTROL DE LAS ENTIDADES ESTATALES PARA EL CUMPLIMIENTO DEL OBJETO CONTRACTUAL	23
1.1 CLASIFICACIÓN SEGÚN EL CONSEJO DE ESTADO	23
1.1.1 Clasificación según la Sala de Consulta y Servicio Civil	24
1.1.2 Clasificación según la Sala de lo Contencioso Administrativo	25
1.2 CLASIFICACIÓN SEGÚN LA DOCTRINA.....	27
1.2.1 Ruth Stella Correa Palacio	28
1.2.2 Mauricio Fernando Rodríguez Tamayo	30
1.2.3 Pedro Antonio Lamprea Rodríguez	31
1.2.4 José Luis Benavides Russi.....	35
1.3 PROPUESTA DE CLASIFICACIÓN.....	38
1.3.1 Justificación	38
1.3.2 Clasificación	42
2. COMPETENCIA PARA PACTAR Y APLICAR LOS MECANISMOS DE CONTROL PARA EL CUMPLIMIENTO DEL OBJETO CONTRACTUAL, EN CABEZA DE LAS ENTIDADES ESTATALES	43
2.1 CLÁUSULAS EXCEPCIONALES.....	43
2.1.1 Definición	43
2.1.2 Clasificación	47
2.1.3 Competencia para pactarlas y aplicarlas.....	61
2.2 CLÁUSULAS DE PRIVILEGIO.....	69
2.2.1 Definición	69
2.2.2 Clasificación de las cláusulas de privilegio.....	70
2.3 CLÁUSULA DE TERMINACIÓN UNILATERAL POR INCUMPLIMIENTO DE CARÁCTER CONVENCIONAL.....	92
2.3.1 Definición	92
2.3.2 Diferencias entre la caducidad y la terminación unilateral por incumplimiento de carácter convencional.....	94

2.3.3 Validez de la cláusula de terminación unilateral por incumplimiento	95
2.3.4 La terminación unilateral por incumplimiento de carácter convencional en los contratos estatales	98
3. CONCLUSIONES	107
BIBLIOGRAFÍA	109

INTRODUCCIÓN

Los contratos, como herramienta jurídica, tienen diversos fines entre los cuales se destacan la creación, modificación y extinción de obligaciones, la regulación de relaciones jurídicas, el intercambio y tráfico de bienes y servicios y, el desarrollo del curso de los negocios.

Ahora bien, la contratación como herramienta jurídica específica de la que se sirve el Estado, tiene como finalidad esencial –legalmente determinada- “... *el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines*”¹

En éste sentido se pronunció la Corte Constitucional al analizar la constitucionalidad de los artículos 24, 29 y 30 de la ley 80 de 1993:

Como bien lo describe la doctrina especializada, el contrato público es uno de aquellos instrumentos jurídicos de los que se vale el Estado para cumplir sus finalidades, hacer efectivos los deberes públicos y prestar los servicios a su cargo, con la colaboración de los particulares a quienes corresponde ejecutar, a nombre de la administración, las tareas acordadas. De hecho, la contratación del Estado es una de las formas de actuación pública de mayor utilización, pues muchos sostienen que el contrato estatal surge con la propia consolidación del Estado moderno, pues cuando éste asume la responsabilidad de prestar los servicios y adelantar funciones para la defensa de los derechos de los administrados y, por ese hecho, aumenta la complejidad de las tareas a su cargo, necesita del apoyo, la intervención y la experiencia que aportan los particulares.

La simple descripción, entonces, de la contratación pública muestra que está directamente asociada al cumplimiento del interés general, lo cual, incluso, sirvió de fundamento a la dogmática del contrato público para concluir que este tipo de contratación es distinta y autónoma respecto de los acuerdos y obligaciones comunes entre particulares. Así, la construcción de

¹ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 80. (28, octubre, 1993). Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Diario Oficial. Bogotá D.C., 1993. Diario

la teoría jurídica ius publicista para el contrato suscrito por el Estado y su necesaria autonomía respecto del acuerdo celebrado entre particulares, parte de la diferencia entre los objetivos propios de los contratos público y privado. Mientras en el contrato público el fin principal y primordial es la defensa del interés general, en el segundo, cuya relevancia es individual, los fines son esencialmente lucrativos y la concreción de los intereses particulares de los contratantes² (Negrita por fuera del texto original).

La tarea encomendada por el legislador a las entidades estatales en materia de contratación se explica en virtud del modelo de Estado establecido en la Constitución Política de 1991. Sobre el particular se ha pronunciado la Corte Constitucional resaltado que:

La Constitución de 1991 declara que Colombia es un Estado de derecho y social, que deriva su legitimidad de la democracia (C.P. art. 1). Estos tres calificativos del Estado colombiano definen de manera esencial su naturaleza. La acepción Estado de derecho se refiere a que la actividad del Estado está regida por las normas jurídicas, es decir que se ciñe al derecho. La norma jurídica fundamental es la Constitución (C.P. art. 4), lo cual implica que toda la actividad del Estado debe realizarse dentro del marco de la última. En esta situación se habla entonces de Estado constitucional de derecho.

Con el término social se señala que la acción del Estado debe dirigirse a garantizarles a los asociados condiciones de vida dignas. Es decir, con este concepto se resalta que la voluntad del Constituyente en torno al Estado no se reduce a exigir de éste que no interfiera o recorte las libertades de las personas, sino que también exige que el mismo se ponga en movimiento para contrarrestar las desigualdades sociales existentes y para ofrecerle a todos las oportunidades necesarias para desarrollar sus aptitudes y para superar los apremios materiales³.

Para evidenciar la diferencia latente entre la finalidad de la contratación pública y privada se hace necesario establecer cuáles son los fines estatales y qué debe entenderse por servicios públicos, pues éstos dos conceptos marcan el contraste esencial y, son finalmente, como lo señalaremos más adelante, los factores que

² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 932. (8, noviembre, 2007). M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

³ Ibíd. Sentencia SU 747. (2, diciembre, 1998). M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

justifican la consagración de poderes exorbitantes en cabeza de las entidades estatales para controlar la ejecución de los contratos a su cargo.

La Constitución Política de Colombia se encargó de establecer los fines esenciales del Estado en el artículo segundo del máximo cuerpo normativo, así:

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

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.⁴

Íntimamente ligado con el texto del Artículo 2º, el Artículo 366 superior resalta que es un objetivo del Estado colombiano velar por el bienestar general y por el mejoramiento de las condiciones de vida de su población. Según lo anterior, los proyectos y el presupuesto de la Nación y de los entes territoriales, deberán tener como prioridad el gasto público.

ARTICULO 366. El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado. Será objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable.

Para tales efectos, en los planes y presupuestos de la Nación y de las entidades territoriales, el gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación⁵

⁴ ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución Política de Colombia de 1991. (20, julio, 1991). Bogotá D.C.: Gaceta Constitucional No. 116. Artículo 2º.

⁵ Ibíd. Artículo 366.

En el mismo sentido, el artículo 365 del texto constitucional resalta la relevancia de los servicios públicos al indicar que son inherentes o connaturales a la finalidad social del Estado:

ARTICULO 365. Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita.⁶

En consonancia con la Constitución Política de Colombia, la Ley 80 de 1993, sostiene que son servicios públicos aquellos *“que están destinados a satisfacer necesidades colectivas en forma general, permanente y continua, bajo la dirección, regulación y control del Estado, así como aquéllos mediante los cuales el Estado busca preservar el orden y asegurar el cumplimiento de sus fines”*⁷

Por su parte, el Código Sustantivo del Trabajo consagra una definición del concepto de servicio público, indicando que éstos implican *“toda actividad organizada que tienda a satisfacer necesidades de interés general en forma regular y continua (...)”*.⁸

Sin lugar a dudas, la prestación de los servicios públicos bajo parámetros de eficiencia y universalidad es una finalidad esencial del Estado, que permite

⁶ Ibíd. Artículo 365.

⁷ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 80. Artículo 2°.

⁸ MINISTERIO DE PROTECCIÓN SOCIAL. Código Sustantivo del Trabajo. (7, junio, 1951). Bogotá D.C.: Diario Oficial No 27.622. Artículo 430.

materializar derechos fundamentales de tal envergadura como lo son el derecho a una vida digna, a la integridad, a la salud y a la misma vida. Por lo anterior, se hace necesario que las entidades estatales cuenten con elementos jurídicos o herramientas que les permitan garantizar una eficiente y universal prestación de los servicios públicos a su cargo: “(...) *la misma Constitución impone al Estado unos deberes en relación con los servicios públicos, y le asigna las funciones necesarias para cumplirlos. En particular, el Estado debe garantizar que los servicios públicos se presten de conformidad con los principios de eficiencia y universalidad, y para ello cuenta con las potestades necesarias para regularlos, controlarlos, y vigilarlos.*”⁹

Es necesario reiterar que la propia Ley 80 de 1993 estableció como finalidad de la contratación estatal la consecución de los fines del Estado y la continua y eficiente prestación de los servicios públicos, así pues, y dada la magnitud de los fines que consagró el constituyente y el legislador en materia de contratación estatal, el ordenamiento jurídico ha previsto mecanismos de control para que las entidades estatales puedan tener cierto grado de dirección y mando del rumbo de los contratos celebrados por ellas:

La Administración, como parte del negocio jurídico estatal con el cual se persigue la satisfacción de las necesidades, carencias, exigencias y requerimientos de los asociados, se encuentra en una especial posición de mando (imperium) del contrato, privilegiada o de superioridad jurídica, que se caracteriza por el reconocimiento de poderes exorbitantes para controlar y dirigir el contrato, (...) prerrogativas consagradas para la tutela del interés público ínsito en los contratos celebrados por dicha Administración¹⁰. (Negrita por fuera del texto original).

⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T 520. (26, junio, 2003). M.P. Rodrigo Escobar Gil.

¹⁰ CORREA PALACIO, Ruth Stella. El ejercicio de los poderes del Estado en el contrato estatal. Citado por DE VIVERO ARCINIEGAS, Felipe. Reforma al régimen de Contratación Estatal. Bogotá: Universidad de Los Andes, 2010.

Ahora bien, no puede pasar desapercibido el texto legal consagrado en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993, cuyo tenor literal es el siguiente:

ARTÍCULO 40. DEL CONTENIDO DEL CONTRATO ESTATAL. Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza.

Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales.

En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración.¹¹

El contenido de la norma pone de presente que los contratos estatales tienen una vocación tendiente a lograr *“(...) una auténtica y fluida competencia entre los diferentes agentes económicos (...) todo ello sobre la base de un profundo respeto por el más débil y el establecimiento de un orden social justo y una efectiva protección a los consumidores y usuarios. En este camino es fundamental explorar y encontrar mecanismos que medien entre la protección del interés general y el libre mercado (...)”*¹²

Por lo anterior, resulta de la mayor importancia tener presente, que si bien es cierto se han establecido mecanismos en cabeza de las entidades estatales para el control y dirección de los contratos que celebran, no es menos válido afirmar que también se consagraron medios de protección a los intereses de los particulares, que en su calidad de colaboradores del Estado, celebran contratos con fines lucrativos y tendientes a la consecución del interés particular. En este

¹¹ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 80 de 1993. Artículo 40.

¹² PALACIO JARAMILLO, María Teresa. Potestades excepcionales y su nueva regulación legal y reglamentaria - Poderes de la Administración. Citado por DE VIVERO ARCINIEGAS, Felipe. Reforma al régimen de Contratación Estatal. Bogotá: Universidad de Los Andes, 2010. p. 347.

sentido se pronunció el Consejo de Estado, incluso con anterioridad a la expedición de la Constitución de 1991: *“el régimen del contrato administrativo descansa en dos ideas fundamentales: De una parte afirma la existencia a favor de la Administración de prerrogativas exorbitantes al derecho común de los contratos, de otra, reconoce el derecho del contratante al respeto del equilibrio financiero considerado en el contrato.”*¹³

Pues bien, para permitir a las entidades estatales tener un efectivo control de los contratos a su cargo, la Ley 80 de 1993 consagró una serie de mecanismos de control, que radicó en cabeza de dichas entidades para garantizar la satisfacción del interés general y, en particular la prestación de los servicios públicos. En Colombia *“el servicio público constituye la esencia de las cláusulas excepcionales de los contratos estatales y, más genéricamente, de las prerrogativas de poder público. (...) Las cláusulas excepcionales están ancladas al contrato bien sea de manera explícita, por los términos contractuales, o implícita, por las disposiciones legales que sustituyen la voluntad de las partes”*¹⁴

En este punto del análisis, es imperante introducir el concepto de exorbitancia como un gran género del que hacen parte las cláusulas excepcionales y las cláusulas de privilegio que serán desarrolladas más adelante.

Para determinar si se está frente al ejercicio de una exorbitancia, el Consejo de Estado ha sugerido que, en principio, debe partirse de un análisis comparativo, toda vez que algo es exorbitante en comparación con algo normal. Así pues, lo exorbitante surge, *“no de una consideración subjetiva, sino de la confrontación de*

¹³ CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 14 de diciembre de 2000, Exp. 1293. C.P. Luis Camilo Osorio Isaza.

¹⁴ BENAVIDES RUSSI, José Luis. El Contrato Estatal: Entre el Derecho Público y el Derecho Privado. 2ª Ed. Bogotá: Ed. Universidad Externado de Colombia, 2004.

las capacidades de un cocontratante (administración pública) de un contrato estatal, de las que tendría otro en el contexto del derecho común”¹⁵.

Con lo anterior, la manifestación unilateral de voluntad que produce efectos jurídicos, es uno de los elementos de la exorbitancia, más no es el único, toda vez que en el derecho privado, hay evidencias claras del ejercicio unilateral de facultades que se materializan en la alteración de la situación jurídica de su destinatario “(a) título de ejemplo pueden citarse los derechos de un padre sobre el hijo y la posibilidad de ejercerlos a través de decisiones unilaterales en ejercicio de la patria potestad (artículo 288 del Código Civil), así como la posibilidad que detenta un mandante frente a su mandatario, con ocasión de la revocación del mandato.”¹⁶

Ha sostenido pues el Consejo de Estado que el elemento fundamental de la exorbitancia es que “**ésta constituya una concreción del ejercicio de una prerrogativa pública**, es decir de una prerrogativa de un sujeto de derecho (público por regla general y privado excepcionalmente) que debe ser contemplada por el ordenamiento jurídico en virtud de la realización de los fines del Estado que se ve comprometida directamente con su actividad.”¹⁷ (Negrita por fuera del texto original)

Señala el Consejo de Estado de forma contundente que “**no basta entonces, se insiste, en la constatación de una manifestación unilateral que produzca efectos jurídicos; esta manifestación debe constituir la concreción de una prerrogativa que el ordenamiento jurídico atribuye únicamente a un sujeto público o a uno privado, en ejercicio de las funciones administrativas, en**

¹⁵ CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 30 de julio de 2008. Expediente 21574. C.P. Enrique Gil Botero.

¹⁶ Ibíd.

¹⁷ Ibíd.

virtud de la relación de las específicas actividades de estos, con los fines del Estado.¹⁸ (Negrita por fuera del texto original)

Una vez establecido el concepto de exorbitancia, es dable afirmar que el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 consagra algunos de los mecanismos exorbitantes que tienen las entidades estatales para el control de los contratos en los que interviene, toda vez que estos se derivan del ejercicio unilateral de una potestad pública legal y expresamente atribuida a las entidades estatales:

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:

1o. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán, en los casos previstos en el numeral 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**¹⁹.(Negrita por fuera del texto original)

Los artículos 15, 16 y 17 del mismo cuerpo normativo se encargan de desarrollar la interpretación unilateral, modificación unilateral y terminación unilateral respectivamente. Adicionalmente, el artículo 45 de la Ley 80 establece que en los eventos de nulidad absoluta consagrados en los numerales 1º, 2º y 4º del artículo 44 de la misma ley, *“el jefe o representante legal de la entidad respectiva deberá dar por terminado el contrato mediante acto administrativo debidamente motivado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre.”*²⁰

¹⁸ *Ibíd.*

¹⁹ CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 80 de 1993, Artículo 14.

²⁰ *Ibíd.* Artículo 45.

Por su parte, el artículo 18 del estatuto general de contratación consagra la cláusula de caducidad como exorbitancia, según la cual *“La caducidad es la estipulación en virtud de la cual si se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencia que puede conducir a su paralización, la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado lo dará por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre.”*²¹

De otro lado, el artículo 19 del mismo cuerpo normativo desarrolla la cláusula de reversión, la cual consideramos no denota el ejercicio de una exorbitancia como se expondrá más adelante: *“Artículo 19º.- De la Reversión. En los contratos de explotación o concesión de bienes estatales se pactará que, al finalizar el término de la explotación o concesión, los elementos y bienes directamente afectados a la misma pasen a ser propiedad de la entidad contratante, sin que por ello ésta deba efectuar compensación alguna.”*²²

El artículo 11 de la Ley 1150 de 2007 consagra una exorbitancia en cabeza de las entidades estatales, toda vez que les permite liquidar los contratos que celebra de forma unilateral si el contratista no concurre a la liquidación del mismo en el plazo convencional o legalmente establecido para tal fin o, si habiendo concurrido no se llega a un acuerdo.

Artículo 11. Del plazo para la liquidación de los contratos. La liquidación de los contratos se hará de mutuo acuerdo dentro del término fijado en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, o dentro del que acuerden las partes para el efecto. De no existir tal término, la liquidación se realizará dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la expiración del término previsto para la ejecución del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga.

²¹ Ibíd. Artículo 18.

²² Ibíd. Artículo 19.

En aquellos casos en que el contratista no se presente a la liquidación previa notificación o convocatoria que le haga la entidad, o las partes no lleguen a un acuerdo sobre su contenido, la entidad tendrá la facultad de liquidar en forma unilateral dentro de los dos (2) meses siguientes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 136 del C. C. A.²³

Adicionalmente, el artículo 17 de la ley 1150 de 2007 consagró la competencia en cabeza de las entidades estatales para pactar multas y cláusulas penales; así mismo, estableció el mecanismo para hacerlas efectivas otorgándole competencia a las entidades estatales sometidas al estatuto general de contratación para cobrarlas sin necesidad de acudir al juez.

Artículo 17. Del derecho al debido proceso. El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.

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

Parágrafo. La cláusula penal y las multas así impuestas, se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva.²⁴

Finalmente, el artículo 7º de la Ley 1150 de 2007, dotó de competencia a las entidades estatales para declarar siniestros con la finalidad de hacer efectivas las garantías otorgadas por los contratistas:

²³ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1150. (16, julio, 2007). Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos. Bogotá D.C.: Diario Oficial No. 46.691. Artículo 11.

²⁴ *Ibíd.* Artículo 17.

Artículo 7°. De las garantías en la contratación. Los contratistas prestarán garantía única para el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato. Los proponentes prestarán garantía de seriedad de los ofrecimientos hechos.

El acaecimiento del siniestro que amparan las garantías será comunicado por la entidad pública al respectivo asegurador mediante la notificación del acto administrativo que así lo declare.²⁵

Por su parte, el recién expedido Decreto 1510 de 2013 reglamentó de forma clara y expresa la competencia para declarar el acaecimiento del siniestro:

Artículo 128. Efectividad de las garantías. La Entidad Estatal debe hacer efectivas las garantías previstas en este capítulo así:

Por medio del acto administrativo en el cual la Entidad Estatal declare la caducidad del contrato y ordene el pago al contratista y al garante, bien sea de la cláusula penal o de los perjuicios que ha cuantificado. El acto administrativo de caducidad constituye el siniestro.

Por medio del acto administrativo en el cual la Entidad Estatal impone multas, debe ordenar el pago al contratista y al garante. El acto administrativo correspondiente constituye el siniestro.

Por medio del acto administrativo en el cual la Entidad Estatal declare el incumplimiento, puede hacer efectiva la cláusula penal, si está pactada en el contrato, y ordenar su pago al contratista y al garante. El acto administrativo correspondiente es la reclamación para la compañía de seguros.²⁶

Ahora, existe una cláusula de terminación unilateral que tiene origen en la autonomía de la voluntad de las partes contratantes, ésta figura ha sido desarrollada por el derecho privado, y permite a las partes contratantes dar por terminado el contrato si se cumplen ciertas condiciones por ellas mismas establecidas. En la práctica contractual de las entidades estatales, en particular de aquellas sometidas de forma prevalente al derecho privado, ha tomado fuerza el

²⁵ *Ibíd.* Artículo 7.

²⁶ PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 1510. (17, julio, 2013). Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública. Bogotá D.C.: Diario Oficial nro. 48854. Artículo 128.

pacto de este tipo de cláusulas, que difieren, como se evidenciará, de la terminación unilateral consagrada en el artículo 17 y 44 del estatuto contractual y, de la caducidad.

Respecto a la terminación unilateral, que para efectos del presente estudio denominaremos terminación unilateral convencional, ha sostenido la Corte Suprema de Justicia que:

La falta de enunciación expresa en el Código Civil dentro de los modos extintivos, no es escollo ni argumentación plausible para descartar la terminación unilateral, por cuanto como quedó sentado, la ley la consagra en numerosas hipótesis y contratos de derecho privado, sin concernir sólo a los estatales. Inclusive, la figura existe en el derecho privado, antes de su plasmación en la contratación estatal, y no es extraña la locución, pues utiliza el vocablo “terminación” (artículo 870, C. de Co), “dar por terminado el contrato” (art. 973, C. de Co), justas causas “para dar por terminado unilateralmente el contrato de agencia comercial” (art. 1325, C. de Co).

(...)

En general, ante la ausencia de prohibición normativa expresa, es ineluctable concluir la validez de estas cláusulas, por obedecer a la libertad contractual de las partes, facultadas para celebrar el acto dispositivo y disponer su terminación (...).²⁷ (Negrita por fuera del texto original)

Sobre el particular, es necesario señalar que si bien la terminación unilateral puede operar por causas distintas al incumplimiento, ésta última resulta ser la condición más usual que pactan las partes como mecanismo de control para salvaguardar los fines del contrato, por consiguiente, si bien a lo largo del estudio se hará referencia a la terminación unilateral por incumplimiento, las partes pueden, en ejercicio de la autonomía de la voluntad pactar condiciones de terminación distintas al incumplimiento.

²⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, Sentencia del 30 de agosto de 2011. Exp. 11001 3103 012 1999 01957 01. M.P. William Namén Vargas.

Las cláusulas resolutorias expresas, según denota la expresión, resuelven, y por tanto, terminan el contrato. Las más usuales conciernen al incumplimiento de obligaciones precisas y confieren a la parte cumplida o presta al cumplimiento el derecho a terminarlo por decisión autónoma y potestativa en cuanto su ejercicio depende de la exclusiva decisión de la parte interesada cuando se verifica. Sin embargo, la cláusula resolutoria también podrá referir a hipótesis diferentes al incumplimiento²⁸.

Una vez establecido el panorama normativo y jurisprudencial que servirá de base para el desarrollo del estudio, es necesario señalar que para efectos del mismo clasificaremos los mecanismos exorbitantes de control con que cuentan las entidades estatales, tomando como base una categorización realizada por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, para establecer la denominación de los grupos de cláusulas, sin embargo, realizaremos algunas variaciones que consideramos necesarias en cuanto a las cláusulas que harán parte de cada grupo.

La siguiente es la clasificación sugerida por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado:

El régimen de cláusulas exorbitantes que rigió en la legislación colombiana fue reemplazado por otro en el cual cambia incluso la denominación por la de **cláusulas excepcionales** y básicamente se consideran como tales las de interpretación, modificación y terminación unilateral de los contratos, incluida la declaratoria de caducidad; también se clasifica en este mismo rango la que establece el sometimiento a las leyes nacionales (anteriormente equivalía a la denominada "renuncia a la reclamación diplomática"). La doctrina menciona otras **cláusulas como "de privilegio"** porque denotan "algún tipo de ventaja para la entidad estatal contratante", pero no operan ni tendrían los mismos privilegios de las anteriores. (...) Además existe otro género de **cláusulas, "las especiales"** que anteriormente tuvieron cabida en la legislación y hoy son objeto de pacto, o sea cláusulas o estipulaciones contractuales; finalmente, **otras actuaciones privilegiadas de la Administración** entre las cuales se mencionan la liquidación unilateral y la terminación por nulidad absoluta.²⁹

²⁸ Ibíd. Expediente 1947.

²⁹ CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 14 de diciembre de 2000, Exp. 1293. C.P. Luis Camilo Osorio Isaza.

Aplicada la variación que mencionamos, y que se justificará más adelante proponemos la siguiente clasificación de las cláusulas exorbitantes como gran género, del que se desprenden dos subgrupos: las cláusulas excepcionales y las cláusulas de privilegio.

Primer grupo: Cláusulas excepcionales:

1. Interpretación unilateral de los contratos
2. Modificación unilateral de los contratos
3. Terminación unilateral de los contratos
4. Caducidad

Segundo grupo: Cláusulas de privilegio:

1. Multas y Cláusula penal
2. Declaratoria del siniestro
3. Liquidación unilateral del contrato.

Ahora bien, crearemos una tercera categoría de cláusula que denominaremos terminación unilateral convencional, la cual equivale, como ya se indicó, al mecanismo del que se valen los particulares para terminar de forma unilateral y anticipada los contratos que celebran.

El objetivo general del estudio es determinar el alcance y las características de las cláusulas excepcionales, las cláusulas de privilegio y la cláusula de terminación unilateral convencional en los contratos estatales sometidos al estatuto general de contratación y, en los contratos estatales excluidos de dicho estatuto.

Por lo anterior, el presente trabajo se justifica en primer lugar, toda vez que hemos evidenciado como la doctrina y la jurisprudencia se refieren a los mecanismos de control de los contratos de forma asistemática y haciendo uso indiscriminado del

lenguaje, puesto que se hace alusión de manera indistinta a los conceptos cláusula excepcional, cláusulas exorbitante, cláusula especial o de privilegio. Así pues, consideramos útil determinar, previa la identificación de ciertas características que permitan establecer criterios de agrupación, un sistema de clasificación de los mecanismos de control de que se sirven las entidades estatales para lograr la realización del objeto contractual.

Lo anterior ha sido afirmado por el autor José Luis Benavides Russi, quien señala que *“la identificación de la cláusula exorbitante lleva al delicado problema de su definición. Las fórmulas jurisprudenciales varían entre la cláusula exorbitante del derecho común, la cláusula derogatoria del derecho común, o aquella que atribuye a la entidad públicas prerrogativas exorbitantes del derecho común.”*³⁰

De otro lado, y como segunda razón que justifica la elaboración del presente estudio, hemos advertido que no hay claridad sobre la competencia para pactar y hacer efectivas las cláusulas excepcionales, pero principalmente las cláusulas que llamaremos de privilegio, por lo que resulta de la mayor importancia determinar en qué casos, qué entidades y de qué manera pueden pactarlas y hacerlas efectivas válidamente.

Finalmente, y como tercera razón, resulta de la mayor importancia generar un espacio para abordar el análisis de una figura ampliamente utilizada en el derecho privado como lo es la terminación unilateral por incumplimiento, toda vez que su uso se ha ido extendiendo a los contratos estatales, siendo imperante establecer los parámetros para su utilización y efectividad.

Para elaborar el estudio se hará uso del método inductivo, mediante la investigación de información documental, analizando principalmente las normas que consagran los mecanismos que pueden utilizar las entidades estatales para el

³⁰ BENAVIDES RUSSI, Óp. Cit.

cumplimiento del objeto contractual, así como las sentencias que sobre dichos temas ha proferido la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia. Adicionalmente acudiremos al análisis de la doctrina relevante en la materia.

1. LOS MECANISMOS DE CONTROL DE LAS ENTIDADES ESTATALES PARA EL CUMPLIMIENTO DEL OBJETO CONTRACTUAL

En esta primera parte, nos ocuparemos de establecer cuáles son los medios de control que pueden utilizar las Entidades Estatales para el cumplimiento del objeto contractual, fijando los criterios que permiten determinar en qué situaciones nos encontramos frente a una cláusula excepcional o frente a una cláusula de privilegio, para lo anterior expondremos la propuesta de clasificación desarrollada por el Consejo de Estado y presentaremos la clasificación que proponen algunos representantes de la doctrina. Terminaremos la primera parte, exponiendo la clasificación que proponemos para abordar el estudio de los mecanismos con los que cuentan las entidades estatales para ejercer el control y dirección de los contratos que celebran.

1.1 CLASIFICACIÓN SEGÚN EL CONSEJO DE ESTADO

Como hemos anticipado, para efectos del estudio tendremos como base la categorización realizada por el Consejo de Estado³¹, para establecer la denominación de los grupos de cláusulas, sin embargo, más adelante realizaremos algunas variaciones que consideramos necesarias en cuanto a las cláusulas que harán parte de cada grupo.

³¹ CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 14 de diciembre de 2000. Exp. 1293. C.P. Luis Camilo Osorio Isaza.

1.1.1 Clasificación según la Sala de Consulta y Servicio Civil

1.1.1.1 Cláusulas excepcionales. *“El régimen de cláusulas exorbitantes que rigió en la legislación colombiana fue reemplazado por otro en el cual cambia incluso la denominación por la de cláusulas excepcionales”* estas cláusulas son otorgadas directamente a las entidades estatales por la Ley 80 de 1993 y son, según el Consejo de Estado las de interpretación, modificación y terminación unilateral de los contratos, la declaratoria de caducidad y el sometimiento a las leyes nacionales que *“anteriormente equivalía a la denominada renuncia a la reclamación diplomática.”*³²

1.1.1.2 Cláusulas de privilegio. *“La doctrina menciona otras cláusulas como de privilegio porque denotan algún tipo de ventaja para la entidad estatal contratante, pero no operan ni tendrían los mismos privilegios de las anteriores”*³³, debido a que no son materia totalmente ajena a la contratación privada. Señala la Sala que hacen parte de este grupo la cláusula de reversión y la de garantías.

1.1.1.3 Cláusulas especiales. *“Además existe otro género de cláusulas, las especiales, que anteriormente tuvieron cabida en la legislación y hoy son objeto de pacto, o sea cláusulas o estipulaciones contractuales”*³⁴; entre ellas están, a juicio de la sala, la multa y la cláusula penal pecuniaria.

1.1.1.4 Otras actuaciones privilegiadas de la administración. Finalmente, el Consejo de Estado establece un cuarto grupo que denomina *otras actuaciones privilegiadas de la Administración*, sin establecer definición o criterio alguno para este grupo, señala que dentro del mismo están la liquidación unilateral y la terminación por nulidad absoluta.

³² Ibid.

³³ Ibid.

³⁴ Ibid.

1.1.2 Clasificación según la Sala de lo Contencioso Administrativo

Otra clasificación implícita desarrollada por esta misma corporación se evidencia en la sentencia³⁵ con ponencia del magistrado Enrique Gil Botero, expediente 20738, en donde se utiliza como criterio diferenciador de las cláusulas excepcionales o exorbitantes, el carácter sancionatorio o no, como se enuncia en la siguiente cita:

La caducidad comparte con la interpretación, modificación y terminación unilateral su carácter de cláusula exorbitante, naturaleza jurídica que no se puede determinar de manera independiente y aislada. 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 contratante (administración pública) de un contrato estatal, de las que tendría otro en el contexto del derecho común.

[...]

Al análisis de la exorbitancia administrativa, le falta entonces, un elemento fundamental: el que ésta constituya una concreción del ejercicio de una prerrogativa pública, es decir de una prerrogativa de un sujeto de derecho (público por regla general y privado excepcionalmente) que debe ser contemplada por el ordenamiento jurídico en virtud de la realización de los fines del Estado que se ve comprometida directamente con su actividad.

No obstante, la caducidad como prerrogativa exorbitante se diferencia en el estatuto de contratación estatal por ser también una manifestación de la potestad sancionatoria 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 corresponde 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.³⁶

De la anterior cita se desprende que la interpretación, modificación y terminación unilaterales y la caducidad, tienen el carácter de cláusulas exorbitantes o excepcionales al derecho común, que se justifican en la responsabilidad de las

³⁵ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 22 de octubre de 2012. Exp. 20738. C.P. Enrique Gil Botero.

³⁶ *Ibid.*

entidades estatales en el control y vigilancia de la ejecución del contrato y que se encuentran consagradas y desarrolladas por la Ley 80 de 1993; pero que se diferencian porque la caducidad configura también una manifestación de la potestad sancionatoria.

Al respecto, señala el Consejo de Estado que la declaratoria de caducidad del contrato estatal es la sanción administrativa *“más drástica que la entidad pública puede imponer a su contratista, al entrañar el aniquilamiento del contrato y comportar para él la inhabilidad de celebrar negocios jurídicos con entidades públicas durante el período fijado por el legislador.”*³⁷

Se habla entonces de la caducidad como sanción administrativa, debido a que en ella se identifican los elementos esta última, así:

1. Se inflige un mal al contratista: La finalización anticipada del vínculo contractual sin que se tenga derecho a la indemnización alguna, así como la generación de una inhabilidad para contratar por un término de 5 años a partir de la ejecutoria del acto administrativo que declaró la caducidad;
2. El mal dispensado es consecuencia de una conducta prohibida por el ordenamiento jurídico: Generar un incumplimiento de las obligaciones contractuales de tal envergadura que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización y;
3. Se priva al contratista de un bien jurídico consistente en alterar una posición de ventaja contractual: Éste no sólo no puede finalizar el contrato sino que además no recibe indemnización por los perjuicios que la medida ocasione sobre su patrimonio. Adicionalmente se afecta su derecho a participar en cualquier proceso selectivo y por supuesto a suscribir negocios jurídicos con entidad pública alguna.³⁸

Adicional a lo anterior, el Consejo de Estado aclara que la imposición de una multa, la cláusula penal y la declaratoria del siniestro, derivadas de la declaratoria

³⁷ Ibíd.

³⁸ Ibíd.

de caducidad no implican una manifestación de una potestad sancionatoria, sino que consisten en medidas que acompañan a la decisión sancionatoria, tendientes a restablecer el orden jurídico alterado, a obtener una reparación de perjuicios, o a disuadir o a obtener el cumplimiento de una obligación.

Con fundamento en el doctrinante De Palma del Teso en su libro El Principio de Culpabilidad, el alto tribunal enfatiza que no se debe confundir la responsabilidad sancionatoria derivada de la declaratoria de caducidad, con la responsabilidad civil derivada de la multa y de la cláusula penal: *“Aun cuando la responsabilidad indemnizatoria puede tener su origen en un ilícito administrativo o penal, dicha responsabilidad no surge en tanto que la conducta ha sido constitutiva de alguno de tales ilícitos, sino porque dicha conducta es, así mismo, constitutiva del ilícito civil”*³⁹

Esa misma corporación ratifica la cita anterior de la siguiente manera: *“La responsabilidad patrimonial (civil) y la potestad punitiva aun cuando pueden presentarse en un mismo procedimiento administrativo son completamente diferenciables por la finalidad que cada una de ellas persigue. Mientras la reacción que el ordenamiento jurídico tiene frente a un ilícito administrativo es la de prevenir-castigar...; el ilícito civil se estatuye como categoría para cumplir una finalidad esencialmente resarcitoria-compensatoria...”*⁴⁰

1.2 CLASIFICACIÓN SEGÚN LA DOCTRINA

A continuación se expondrán algunas clasificaciones elaboradas por la doctrina colombiana y extranjera para tratar de sistematizar y agrupar las prerrogativas con las que cuentan las entidades estatales, para el control de los contratos.

³⁹ Ibíd.

⁴⁰ Ibíd.

1.2.1 Ruth Stella Correa Palacio

La Doctora Ruth Stella Correa Palacio en el artículo titulado “*El ejercicio de los poderes del Estado en el contrato estatal*” se refiere a los medios para el cumplimiento del objeto contractual en cabeza de las entidades estatales de diferentes formas, ya que utiliza los conceptos de manera indiscriminada, algunos ejemplos de los diferentes términos utilizados son: los poderes exorbitantes, los poderes del Estado en el contrato estatal, las atribuciones y prerrogativas de exorbitancia, las potestades exorbitantes, entre otros.

Con la siguiente cita se pretende exponer la utilización de algunos de los términos antes descritos y su definición:

La administración, como parte del negocio jurídico estatal con el cual se persigue la satisfacción de necesidades, carencias, exigencias y requerimientos de los asociados, se encuentra en una especial posición de mando (*imperium*) del contrato, privilegiada o de superioridad jurídica, que se caracteriza por el reconocimiento de **poderes exorbitantes** para controlar y dirigir el contrato, interpretarlo, modificarlo (*ius variandi*), terminarlo o caducarlo unilateralmente con sujeción a la ley, mediante la expedición de actos administrativos que vinculan jurídicamente a su cocontratante, **prerrogativas** consagradas para la tutela del interés público ínsito en los contratos celebrados por dicha administración.⁴¹ (Negrilla fuera de texto).

Por otro lado, con el objetivo de plantear una clasificación, la autora toma como base la jurisprudencia del Consejo de Estado al catalogar las potestades exorbitantes en expresas “*cuando han sido conferidas mediante una autorización del legislador para incorporar al contrato cláusulas que regulan su ejercicio*”⁴², presuntas “*cuando la ley directamente las entiende pactadas sin que sea menester incluirlas en su texto para su ejercicio*”⁴³, o implícitas “*cuando se deducen del*

⁴¹ CORREA PALACIO, Óp. Cit. p. 17.

⁴² *Ibíd.*,

⁴³ *Ibíd.*

*análisis del conjunto del ordenamiento jurídico o como complemento de otra potestad*⁴⁴.

Partiendo del criterio de competencia sustancial o material, la Doctora crea dos grandes grupos de poderes:

1.2.1.1 Los poderes exorbitantes expresos: Son las denominadas cláusulas excepcionales, que se encuentran previstas en los artículos 14 a 18 de la Ley 80 de 1993 y son: la interpretación unilateral, la modificación unilateral, la terminación unilateral y la caducidad. En palabras de la autora, estas cláusulas son:

... mecanismos que permiten ejercer dichas facultades atribuidas por el legislador a las entidades estatales para hacer prevalecer el interés general. (...) Se refieren entonces a facultades regladas que emanan del poder público y se originan en la ley. (...) Tales facultades deben ejercerse mediante actos administrativos motivados, de conformidad con un procedimiento establecido y dentro de ciertos límites fijados por el orden jurídico, ajenos a las facultades que los contratantes pueden ejercer dentro de un contrato corriente sujeto a las normas del derecho privado; estas facultades le otorgan a la Administración prerrogativas que rompen el principio de igualdad entre las partes, pero que no implican una discrecionalidad absoluta de aquella, por cuanto sus actos en desarrollo de dichas facultades son susceptibles de control judicial.⁴⁵

1.2.1.2 Otros poderes exorbitantes que no son cláusulas excepcionales de las consagradas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993. Sobre estos manifiesta que son *otras potestades que han sido consideradas como exorbitantes, por gozar de las características que las distinguen*⁴⁶, y ellas son la liquidación unilateral del contrato, la terminación unilateral por la existencia de causales de nulidad absoluta, la declaratoria del siniestro del riesgo asegurado mediante las garantías del contrato y las multas y cláusula penal.

⁴⁴ *Ibíd.*

⁴⁵ *Ibíd.*

⁴⁶ *Ibíd.*

Respecto a las potestades exorbitantes que la Doctora Ruth Stella denomina “*implícitas*”, consideramos que no es dable sostener que estas provengan del “*análisis del conjunto del ordenamiento jurídico o como complemento de otra potestad*”⁴⁷, toda vez que el ejercicio de dichas facultades reposa sobre el concepto de competencia, la cual tiene como fuente exclusiva la ley, pues es ésta quien la determina de forma específica. Por lo anterior, el Consejo de Estado ha sostenido que “*resulta inconcebible el ejercicio de una facultad exorbitante o excepcional que no esté expresamente atribuida por la ley*”⁴⁸. Así pues, no es posible, apelando al concepto de competencia, que existan poderes exorbitantes de carácter implícito, muy por el contrario, deben estar expresamente consagrados por la ley.

1.2.2 Mauricio Fernando Rodríguez Tamayo

El profesor Mauricio Fernando Rodríguez Tamayo en *Los Contratos Estatales en Colombia*, propone una clasificación de los mecanismos para el cumplimiento del objeto contractual en cabeza de las entidades estatales, los cuales se caracterizan por ser atribuciones especiales que le concedió el legislador a las entidades estatales por razones de interés público; al igual que la Doctora Ruth Stella Correa Palacio, el autor hace una clasificación en dos grupos, así:

1.2.2.1 Las potestades unilaterales de la administración. Estas son procedentes en todos los negocios jurídicos públicos, es decir, que pueden ser ejercidas en todos los contratos estatales regulados por la Ley 80 de 1993.

En este grupo ubica: la declaratoria unilateral de siniestros y la cuantificación del perjuicio ocasionado; la facultad unilateral para imponer multas al contratista; la

⁴⁷ *Ibíd.*

⁴⁸ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 16 de febrero de 2006, Exp. 13414. C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

declaratoria unilateral de incumplimiento para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria; la terminación unilateral del contrato por causales de nulidad absoluta prevista en el inciso segundo del artículo 45 de la Ley 80 de 1993 y la liquidación unilateral del contrato estatal.

1.2.2.2 Las cláusulas excepcionales. *Son atribuciones conferidas directamente por la ley a las entidades estatales, para que cuenten con herramientas jurídicas que les permitan por razones de interés público, dictar actos administrativos ya sea para imponer decisiones unilaterales o para resolver situaciones que puedan afectar la continua y correcta ejecución del contrato estatal, aun en contra de la voluntad del contratista y sin que sea necesario acudir ante una autoridad judicial.*⁴⁹

En este grupo están: la interpretación unilateral del contrato estatal; la modificación unilateral; la terminación unilateral del artículo 17 de la Ley 80 de 1993; la caducidad del contrato estatal y la cláusula de reversión.

1.2.3 Pedro Antonio Lamprea Rodríguez

El tratadista Pedro Antonio Lamprea Rodríguez en el libro *Contratos Estatales*, no concibe, a diferencia de los autores anteriormente referidos, una clasificación expresa de los medios para el cumplimiento del objeto contractual en cabeza de las entidades estatales; pero del tratamiento de esos medios en su libro, se infiere la siguiente clasificación:

1.2.3.1 Las cláusulas exorbitantes o excepcionales. En el capítulo *Régimen de la cláusula exorbitante o excepcional* el autor se concentra en cláusulas exorbitantes o excepcionales al derecho común, según la terminología del mismo

⁴⁹ RODRÍGUEZ TAMAYO, Mauricio Fernando. *Los Contratos Estatales en Colombia*. Bogotá: Librería Jurídica Sánchez, 2013.

autor. Al referirse a este tipo de cláusulas habla del régimen de la Ley 80 de 1993 y cataloga dentro de este grupo las consagradas en los artículos 14 a 18 de dicha ley, a saber, caducidad administrativa, interpretación, modificación y terminación unilaterales. Ahora bien, el autor establece una subclasificación de las cláusulas exorbitantes o excepcionales, así:

Primero, de forzosa estipulación exorbitante, es decir, que las cláusulas deben estipularse expresamente en el siguiente grupo de contratos: cuando se trata del ejercicio de actividad que constituya monopolio estatal, en contrato de prestación de servicio público, para explotación y concesión de bienes del Estado y en el contrato de obra.

En este grupo el autor hace una aclaración respecto a la explotación y concesión de bienes del Estado, al indicar que *deberá pactarse cláusula de reversión, porque se aviene a la naturaleza de la concesión, pero no porque la reversión tenga carácter de condición exorbitante.*⁵⁰

Resulta evidente, según el texto transcrito que el autor no considera que la reversión sea una cláusula exorbitante, posición que compartimos.

Segundo, de estipulación discrecional de la administración. La entidad contratante puede, según su propia consideración, pactar cláusulas exorbitantes en los contratos de suministro y de prestación de servicios.

Tercero, de estipulación prohibida. Ley de forma expresa prohíbe estipular este tipo de cláusulas en contratos con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos; en los de empréstito, donación; arrendamiento y en los que se utilicen para realizar actividades comerciales o industriales de las entidades estatales distinta al ejercicio del

⁵⁰ LAMPREA RODRÍGUEZ, Pedro Antonio. Contratos Estatales. Bogotá: Ed. Temis, 2007.

monopolio estatal, prestación de servicio público o explotación y concesión de bienes del Estado y contrato de obra; para la realización directa de actividades científicas o tecnológicas; de seguro, en garantía de obligación contractual con entidad pública.

Cuarto, de estipulación presunta. Las cláusulas exorbitantes se presumen pactadas, en caso de guardar silencio el contrato respecto de ellas, en los contratos que constituyan monopolio estatal, en la prestación de servicio público, en caso de explotación o concesión de bienes del Estado y en contrato de obra.

1.2.3.2 Las cláusulas de sanción económica. Por otro lado, en el capítulo denominado *Régimen sancionatorio del contrato estatal*, el autor expone las obligaciones con cláusula penal, la cláusula de multa y la cláusula penal pecuniaria; a las cuales se refiere de manera general como cláusulas de sanción económica, que se *“asemejan en que ambas se establecen solo en beneficio de la entidad contratante. Pero difieren en que la cláusula de multas es solo unilateral, en tanto que la cláusula penal pecuniaria al estar subordinada a la aplicación de la cláusula de caducidad administrativa del contrato es exorbitante o excepcional”*⁵¹

Dicho en otras palabras del mismo autor, *“la cláusula de multas no es de carácter exorbitante, pues su régimen es de derecho privado y habitual en los contratos ordinarios que los particulares celebran entre sí (...) a diferencia de la cláusula penal pecuniaria que constituye inalienable prerrogativa administrativa, unilateral para la entidad contratante.”*⁵²

Discrepamos de la consideración realizada por el autor en lo que respecta a la cláusula penal, toda vez que no necesariamente la cláusula penal se encuentra subordinada al ejercicio de la declaratoria de caducidad del contrato. Ahora, es

⁵¹ *Ibíd.*

⁵² *Ibíd.*

cierto que una vez declarada la caducidad del contrato, el acto administrativo por medio del cual se ejerce la exorbitancia, será constitutivo del siniestro para hacer efectiva la cláusula penal, sin embargo, sostener que la cláusula penal está subordinada a la declaratoria de caducidad es desconocer el carácter autónomo de la cláusula y llevaría al absurdo de concluir que en los contratos en los que está prohibida la estipulación de cláusulas de caducidad no podrán pactarse tampoco cláusulas penales, pues no podrían hacerse efectivas, lo cual dista por completo de la realidad.

1.2.3.3 La declaratoria del siniestro como prerrogativa de la administración.

Posteriormente, en el capítulo llamado *Garantía única del contrato estatal*, el autor describe el régimen del seguro, la garantía, el siniestro y la póliza de seguro de este tipo de contratos.

En el referido capítulo, el autor ratifica a la declaratoria unilateral del siniestro como una prerrogativa de la administración; para explicar esto el autor cita al Consejo de Estado:

El valor jurídico de la garantía única proviene del privilegio de lo previo que el orden legal dispone a favor de la entidad contratante, para declarar unilateralmente el incumplimiento del contratista y pasar a cobrar la suma asegurada. El privilegio consiste en que la entidad no requiere aquiescencia previa del asegurador ni sometimiento del asunto al juez del contrato. Basta que expida el acto administrativo para que técnicamente se configure el siniestro. Por la presunción de legalidad, el acto será de ejecución inmediata, sin perjuicio de los medios legales de control.

[...]

Y estas facultades no provienen del régimen contractual del Estado, sino de las prerrogativas generales que instituye el derecho administrativo en favor de las entidades públicas.”⁵³

⁵³ Ibíd. p. 424.

Al respecto debemos señalar que, la declaratoria del siniestro sí tiene consagración legal en el régimen contractual que rige la actividad de las entidades estatales y es que debe ser así, toda vez que como hemos venido señalando, la actividad pública se rige bajo el concepto de competencia, así pues, las facultades y especialmente las de carácter exorbitante, deben contar con norma legal que las conceda y las autorice. Con relación a la declaratoria del siniestro encontramos el artículo 18 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 1280 del Decreto 1510 de 2013.

1.2.4 José Luis Benavides Russi

El tratadista José Luis Benavides Russi en su libro *“El contrato Estatal”* establece una clasificación particular de las prerrogativas de la administración puesto que parte de establecer que las cláusulas excepcionales no son las únicas facultades con las que cuenta la administración pública toda vez que existen cláusulas de carácter extracontractual distintas de las cláusulas excepcionales:

La base mínima de prerrogativas de poder público aplicable a los contratos de la administración parte de la existencia de normas impuestas a las entidades estatales. Hemos visto que éstas deben observar las disposiciones del derecho público en la formación de su voluntad así como en la realización de sus gastos. Aun cuando estas obligaciones no implican automáticamente la presencia de prerrogativas de poder público en la ejecución de sus contratos, en la medida en que la naturaleza privada o pública de éstos es en principio independiente de los procedimientos de formación de la voluntad administrativa, generan consecuencias importantes. El respeto de las normas sobre la selección objetiva, por ejemplo, tiene efectos sobre la ejecución del contrato y autoriza a la entidad estatal a ejercer controles particulares. Estas prerrogativas no son calificadas como tales por los textos pero constituyen privilegios exorbitantes que existen en todos los contratos. De esta manera podemos identificar prerrogativas contractuales distintas de las cláusulas excepcionales. Con una interpretación más general, el Consejo de Estado ha afirmado la existencia de prerrogativas extracontractuales⁵⁴

⁵⁴ BENAVIDES RUSSI, Óp. Cit.

Según lo anterior, el tratadista José Luis Benavides establece la siguiente clasificación:

1.2.4.1 Cláusulas excepcionales.

1. Interpretación unilateral
2. Modificación unilateral
3. Terminación unilateral
4. Caducidad
5. Reversión

1.2.4.2 Prerrogativas contractuales distintas de las cláusulas excepcionales.

El autor considera que las siguientes, son prerrogativas contractuales distintas de las cláusulas excepcionales con las que cuenta la administración en todos los contratos, siendo éstas prerrogativas de carácter implícito:

1. Liquidación unilateral del contrato
2. Terminación unilateral del contrato fundada sobre la nulidad contractual

“La ley 80 establece dos tipos de prerrogativas existentes en todos los contratos estatales, independientemente de las estipulaciones de las partes, que constituyen poderes exorbitantes en sentido estricto, frente a los contratos entre particulares, es decir, poderes que no pueden existir en sus relaciones jurídicas”⁵⁵

⁵⁵ Ibíd.

1.2.4.3 Prerrogativas extracontractuales. Partiendo de una concepción establecida por el Consejo de Estado, el doctor José Luis Benavides señala que *“Aunque el juez administrativo no abandona el principio de autorización legal para el ejercicio de estos poderes (refiriéndose a las cláusulas excepcionales). Estima que ellos son la consecuencia de la fuerza ejecutoria de los actos administrativos. Se trata entonces, según los términos del alto tribunal (El Consejo de Estado), de una expresión del poder de autotutela de los intereses de la administración, distinta de las prerrogativas contractuales que estudiamos antes (...)”*⁵⁶

1. Imposición de multas
2. Declaración unilateral de incumplimiento contractual
3. Declaración de siniestro del riesgo asegurado

Es necesario tener presente que con posterioridad a la publicación del libro del Doctor José Luis Benavides Russi, el Consejo de Estado cambió en el 2005 su jurisprudencia, sosteniendo que la ley, para ese entonces, no otorgaba a las entidades estatales competencia para imponer multas, por lo tanto, si bien era legalmente viable pactarlas en los contratos, para hacerlas efectivas debía acudirse, como se expondrá en el quinto capítulo, al juez del contrato.⁵⁷

⁵⁶ *Ibíd.*

⁵⁷ CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 20 de Octubre de 2005, Exp. 14579. C.P German Rodríguez Villamizar.

1.3 PROPUESTA DE CLASIFICACIÓN

1.3.1 Justificación

Para clasificar y diferenciar los medios de control que tienen las entidades estatales para ejercer la dirección, supervisión y control sobre los contratos a su cargo, haremos uso de un criterio normativo consagrado en el artículo 14 de la ley 80 de 1993, en el cual el legislador estableció expresa y taxativamente cuáles son las cláusulas excepcionales, dejando por fuera de dicha clasificación a las multas, la cláusula penal, la declaratoria del siniestro y la liquidación unilateral, pese a que estas comportan el ejercicio de una exorbitancia.

Artículo 14º.- De los Medios que pueden utilizar las Entidades Estatales para el Cumplimiento del Objeto Contractual. Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:

1o. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, **con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán en los casos previstos en el numeral 2 de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado.**
(...)

2o. **Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad** en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión.”⁵⁸ (Negrita por fuera del texto original)

Del texto legal se deduce que las facultades de interpretación unilateral, modificación unilateral y terminación unilateral encuentran su sustento en la

⁵⁸ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 80 de 1993. Artículo 14.

preservación de la prestación de los servicios públicos, toda vez que éstas facultades pueden ser utilizadas, según la literalidad de la norma, con el **exclusivo** objetivo de impedir la interrupción de la prestación o afectación grave de los servicios públicos.

En el mismo sentido está orientada la caducidad, toda vez que tiene como finalidad evitar que se afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato, así pues, si la entidad contratante observa que se puede producir una paralización en la ejecución del contrato, deberá darlo por terminado mediante acto administrativo debidamente motivado. En éste punto es necesario tener presente, que el contrato estatal tiene como finalidad "*el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.*"⁵⁹ Así pues, si con la caducidad lo que se pretende es evitar la paralización de la ejecución del contrato, lo que se está evitando finalmente es, una vez más, la paralización en la prestación de los servicios públicos.

Por lo anterior, y siguiendo la denominación establecida en la ley 80 de 1993, llamaremos cláusulas excepcionales a la interpretación unilateral de los contratos, la modificación unilateral de los contratos, la caducidad y la terminación unilateral de los contratos.

Pese a estar incluida como cláusula excepcional en la ley 80 de 1993, no consideraremos como tal a la cláusula de sometimiento a las leyes nacionales toda vez que, que es una expresión del principio de aplicación territorial de la ley, que ha sido desarrollado por el artículo 18 del Código Civil, el cual es del siguiente

⁵⁹ Ibíd. Artículo 3.

tenor: *“ARTICULO 18. <OBLIGATORIEDAD DE LA LEY>.La ley es obligatoria tanto a los nacionales como a los extranjeros residentes en Colombia.”*⁶⁰

Sobre el principio de aplicación territorial de la ley, ha establecido la corte constitucional que: *“El principio de la aplicación territorial de la ley tiene un doble contenido: i) positivo, según el cual los hechos, actos, bienes y personas localizados en un territorio están sometidos a la ley de ese territorio; ii) negativo, según el cual los hechos, actos, bienes y personas no localizados en un territorio no están sometidos a la ley de este territorio. Dicho principio es expresión de la soberanía del Estado con referencia al elemento territorial o espacial del mismo.”*⁶¹

Respecto a la cláusula de reversión, debemos señalar que compartimos el criterio del autor Pedro Antonio Lamprea Rodríguez, quien señala que la reversión es una consecuencia típica del contrato de Concesión y explotación de bienes del Estado, toda vez que el contratista, en su propuesta, ha incluido dentro del valor del contrato, unos cálculos de amortización de los bienes que deberá adquirir o construir para poder llevar a cabo el objeto contractual. Así las cosas, es apenas obvio que al finalizar el contrato, dichos bienes pasen a ser propiedad del Estado, toda vez que El los ha pagado pago mediante el desembolso del precio del contrato.

La reversión es condición natural del contrato de concesión y en Colombia se practicó en la época misma en que lo exorbitante se reducía a la caducidad administrativa del contrato. La ausencia de reconocimiento y pago de lo que valgan las instalaciones, equipos, muebles incorporados a la edificación, no constituye sustitución del régimen de propiedad privada por una suerte de propiedad social o comunitaria. La exigencia de revertir, a favor del Estado sin inmediata compensación económica para el concesionario, todos los bienes puestos en beneficio de la empresa tiene dos razones básicas: una, que en la utilidad calculada para el contrato de concesión se estimó el precio de las mejoras a las instalaciones de la empresa, paulatinamente amortizado durante la explotación concedida. Otra, que al terminar el plazo de concesión, las instalaciones deben quedar en posibilidad inmediata de

⁶⁰ *Ibíd.* Artículo 18

⁶¹ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 395 del 22 de mayo de 2002. M.P. Jaime Araujo Rentería.

continuar la actividad de explotación o producción, a la entrega al nuevo concesionario. El art.76 de la Ley 80 regula en este sentido contratos de exploración y explotación de recursos naturales renovables y no renovables, junto con los de comercialización y otras actividades comerciales e industriales propias de las entidades estatales creadas para estos fines, que se rigen por las leyes especialmente dictadas para ellas. En tal sentido – ordena la ley-, tales entidades dispondrán en su reglamento interno sobre forma de escoger al contratista, lo mismo que el régimen de cláusulas exorbitantes o excepcionales de posible estipulación, las cuantías y el trámite a que deben sujetarse⁶²

Por lo anterior, excluirémos igualmente de la clasificación que denominaremos cláusulas excepcionales, a la cláusula de reversión.

De otro lado, tenemos las cláusulas de privilegio, que según la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado son aquellas que “*denotan algún tipo de ventaja para la entidad estatal contratante*”⁶³ más no pueden ser consideradas como excepcionales toda vez que así no lo consideró el legislador. Dentro de éstas cláusulas consideraremos las multas y la cláusula penal, la declaratoria del siniestro y la liquidación unilateral del contrato.

Es necesario señalar que, las multas, la cláusula penal, la declaratoria del siniestro y la liquidación unilateral del contrato, pese a no ser catalogadas por el legislador como cláusulas excepcionales, otorgan a la entidad contratante una posición de ventaja frente al contratista en pro de garantizar los fines del Estado y la continua y eficiente prestación de los servicios públicos a su cargo.

Finalmente, en tanto no está consagrada de forma explícita en las normas sobre contratación estatal vigentes, analizaremos de forma autónoma la terminación unilateral, cuyo origen se encuentra en la voluntad de las partes de establecer

⁶² LAMPREA RODRÍGUEZ, Óp. Cit.

⁶³ CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 14 de diciembre de 2000, Exp. 1293. C.P. Luis Camilo Osorio Isaza.

ciertas condiciones que cumplidas, hacen surgir la posibilidad en cabeza de una de las partes contractuales, de dar por terminado el contrato de forma unilateral.

1.3.2 Clasificación

Del análisis realizado, proponemos la siguiente clasificación:

Cláusulas exorbitantes:

- **Primera categoría:** Cláusulas excepcionales:
 - Interpretación unilateral de los contratos
 - Modificación unilateral de los contratos
 - Caducidad
 - Terminación unilateral de los contratos

- **Segunda categoría:** Cláusulas de privilegio:
 - Multas y Cláusula penal
 - Declaratoria del siniestro
 - Liquidación unilateral del contrato.

Como cláusula autónoma, no perteneciente al género denominado cláusulas exorbitantes, tenemos la *terminación unilateral convencional* como categoría única.

2. COMPETENCIA PARA PACTAR Y APLICAR LOS MECANISMOS DE CONTROL PARA EL CUMPLIMIENTO DEL OBJETO CONTRACTUAL, EN CABEZA DE LAS ENTIDADES ESTATALES

Este capítulo está encaminado a definir y establecer la competencia de las entidades estatales para pactar y hacer efectivas las cláusulas excepcionales y las cláusulas de privilegio. Así mismo, nos aventuraremos a definir la terminación unilateral convencional, para determinar si las entidades estatales cuentan con competencia para pactarlas, de ser afirmativa la conclusión, abordaremos el análisis acerca de la competencia para hacerla efectiva.

2.1 LAS CLÁUSULAS EXCEPCIONALES

2.1.1 Definición

El contrato estatal presenta una estructura compleja en tanto debe armonizar dos criterios, o si se quiere, dos axiomas que rigen en el ordenamiento jurídico colombiano, como lo son la autonomía de la voluntad y el interés general.

Lo anterior se deriva tanto del concepto mismo de contrato estatal –“(…) *todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad (...)*”- como del propósito del contrato estatal –“*cumplir sus finalidades [las del Estado], hacer efectivos los deberes públicos y prestar los servicios a su cargo*”-⁶⁴

Así las cosas, para permitir a la administración pública tener un efectivo control de los contratos a su cargo, la Ley 80 de 1993 consagró una serie de poderes o facultades especiales, que radicó en cabeza de las entidades estatales para

⁶⁴ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 80 de 1993. Artículo 32.

garantizar la prestación de los servicios públicos como finalidad del Estado. En Colombia *“el servicio público constituye la esencia de las cláusulas excepcionales de los contratos estatales y, más genéricamente, de las prerrogativas de poder público.”*⁶⁵

En efecto, en Colombia, el estatuto general de contratación, Ley 80 de 1993, en su artículo 14 reguló el uso de las cláusulas excepcionales, las cuales, como ya se dijo, encuentran su sustento en la preservación de la prestación de los servicios públicos, toda vez que éstas facultades pueden ser utilizadas, según la literalidad de la norma, con el exclusivo objetivo de impedir la interrupción de la prestación o afectación grave de los servicios públicos.

Denominaremos cláusulas excepcionales a la interpretación unilateral de los contratos, la modificación unilateral de los contratos, la caducidad y la terminación unilateral de los contratos, en consonancia con la norma positiva que las consagra.

El tratadista Roberto Dromi, define las cláusulas excepcionales o exorbitantes como aquellas cláusulas...

... derogatorias del derecho común, inadmisibles en los contratos privados, porque rompen el principio esencial de la igualdad de los contratantes y de la libertad contractual que prima en la contratación civil.

En otros términos, son cláusulas inusuales en el derecho privado, o que incluidas en un contrato de derecho común resultarían “ilícitas”, por exceder el ámbito de la libertad contractual y contrariar el orden público.

Estas estipulaciones tienen por objeto crear en las partes derechos y obligaciones extraños, por su naturaleza, a los cuadros de las leyes civiles o comerciales. En virtud de estas cláusulas, la Administración puede ejercer sobre su contratista un control de alcance excepcional, modificar unilateralmente las condiciones del contrato, dar directivas a

⁶⁵ BENAVIDES RUSSI. Óp. Cit. p. 51.

la otra parte, declarar extinguido el contrato por sí y ante sí, imponer sanciones contractuales, etcétera.⁶⁶

Al hablar de cláusulas excepcionales, existen unos aspectos que nos permiten identificar cuando estamos frente a ellas, estos son:

1. La expresa consagración legal o respeto por el principio de legalidad, es decir, sólo pueden ser ejercidas en tanto exista competencia *expresamente otorgada por la Constitución, la ley o el reglamento.*⁶⁷
2. La exorbitancia que *“proviene de la ley y no de la voluntad de los implicados, pues el imperio de una de las partes, acompañado de jurisdicción, competencia y decisión previa obligatoria sobre la otra, no puede provenir de la autonomía de un pacto, sino de expresa habilitación legal”*⁶⁸
3. El fundamento en el interés público, pues *“de la exorbitancia se derivan facultades con una finalidad (el interés público), expresadas bien en la noción de continuidad del servicio público, bien en el cumplimiento de los fines del estado”*⁶⁹. En este sentido, y atendiendo a la literalidad del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, las cláusulas excepcionales tienen como fin evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a cargo de las entidades estatales y, además, pretenden asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación de los mismos.

⁶⁶ DROMI, Roberto. Derecho Administrativo. 9ª. Ed. Buenos Aires, Argentina: Editorial de Ciencia y Cultura, 2001

⁶⁷ RODRÍGUEZ TAMAYO, Mauricio Fernando. Los Contratos Estatales en Colombia. Bogotá: Librería Jurídica Sánchez, 2013.

⁶⁸ PALACIO JARAMILLO, María Teresa. Potestades excepcionales y su nueva regulación legal y reglamentaria - Poderes de la Administración. Citado por: DE VIVERO ARCINIEGAS, Felipe. Reforma al régimen de Contratación Estatal. Bogotá: Universidad de Los Andes, 2010. p. 347.

⁶⁹ JOUVE GARCÍA, Antonio. Temporalidad de la Caducidad. En: Revista Estudios Socio Jurídicos. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario. Volumen 4, N° 2. ,2002. p. 154 - 178.

4. La manifestación de voluntad de las entidades estatales de hacer uso de las cláusulas exorbitantes se materializa mediante un acto administrativo debidamente motivado.
5. El carácter de decisión ejecutoria del acto administrativo en que se ejerce, puesto que *“la resolución que impone la previsión exorbitante se declara decisión ejecutoria, una vez agotados trámite y procedimiento, para hacerse acto de autoridad, que en firme, pasa de inmediato a ejecutarse.”*⁷⁰
6. El *“poder de autotutela, consiste en la facultad de imponer ciertas medidas administrativas, de naturaleza contractual para el caso que nos ocupa, y aplicarlas de manera unilateral, esto es, sin la necesidad de acudir al juez del contrato para tasar o evaluar la intensidad de la medida, su oportunidad y eficacia, sin perjuicio del derecho de defensa que asiste al particular.”*⁷¹
7. El límite para su ejercicio es durante la vigencia o ejecución del contrato.
8. La excepcionalidad al derecho común, es decir que *“tienen elementos extraños a los contratos de carácter civil y comercial que puedan regir entre particulares”*⁷² o *“disposiciones extrañas al contrato privado”*⁷³, por lo cual están *“sujetas en su integridad a las autorizaciones legales”*⁷⁴

⁷⁰ LAMPREA RODRÍGUEZ. Óp. Cit.

⁷¹ JOUVE GARCÍA, Antonio. Óp. Cit.

⁷² TAMAYO LOMBANA, Alberto. Manual de Obligaciones. Bogotá: Ed. Temis, 2003.

⁷³ LAMPREA RODRÍGUEZ. Óp. Cit.

⁷⁴ JOUVE GARCÍA, Antonio. Óp. Cit.

2.1.2 Clasificación

2.1.2.1 Interpretación unilateral de los contratos. Es una cláusula excepcional al derecho común, regulada en el artículo 15 de la Ley 80 de 1993, encaminada a permitir a la entidad estatal contratante la interpretación unilateral de las estipulaciones o cláusulas mediante la expedición de acto administrativo debidamente motivado: *“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 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.”*⁷⁵

Del anterior artículo se desprende que el ejercicio de esta potestad debe ajustarse a los siguientes requisitos:

- I. El contrato debe encontrarse en etapa de ejecución;
- II. Debe ocurrir entonces cierta discrepancia de las partes contratantes respecto del modo de entender una cláusula de obligatorio cumplimiento;
- III. La discrepancia ha de hacer temer seriamente inminente que la ejecución del contrato se paralizará o se afectará gravemente el servicio público que se presta;
- IV. Previamente, la administración habrá de invitar al contratista a convenir la interpretación de mutuo acuerdo. Solo si fracasa el intento de interpretación bilateral, la entidad estatal interpretará la parte del contrato en disputa mediante acto administrativo motivado;
- V. Solo será objeto de la interpretación unilateral la cláusula que fue causa de la diferencia de criterio.⁷⁶

⁷⁵ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 80 de 1993, Artículo 15.

⁷⁶ LAMPREA RODRÍGUEZ, Óp. Cit.

Tomado como referencia el último criterio, se debe entender que la interpretación va dirigida única y exclusivamente a la cláusula problemática, toda vez que la potestad otorgada no pretende que la entidad estatal pueda interpretar el contrato para modificarlo a su antojo. En palabras de Mauricio Rodríguez *“por la vía de la interpretación unilateral, se reitera, no es posible modificar o variar las obligaciones contractuales, pues en caso contrario, la decisión que así lo disponga quedará afectada de nulidad.”*⁷⁷

Adicional a lo anterior, es necesario mencionar que contra el acto administrativo de modificación unilateral, *“procede el recurso de reposición, sin perjuicio de la acción contractual y en caso de que lo amerite, deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que se tenga derecho y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial.”*⁷⁸

2.1.2.2 Modificación unilateral de los contratos. La modificación unilateral de los contratos es una cláusula excepcional al derecho común, regulada en el artículo 16 de la Ley 80 de 1993, el cual dispone que:

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 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.⁷⁹

⁷⁷ RODRÍGUEZ TAMAYO, Óp. Cit.

⁷⁸ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 80 de 1993. Artículo 14.

⁷⁹ Ibíd. Artículo 16

Del anterior artículo se desprende que para el ejercicio de este mecanismo, se deben cumplir los siguientes requisitos o si se quiere, condiciones de ley:

- a) El contrato debe hallarse en etapa de ejecución;
- b) Debe haber riesgo inminente de paralización de la ejecución del contrato o afectación grave del servicio público que se satisface con él;
- c) La única vía para precaver tales riesgos es introduciendo variaciones al contrato;
- d) La unilateralidad se explica si previamente las partes no llegan a un acuerdo en las condiciones de la modificación y las nuevas obligaciones del contratista.

En este punto, la entidad, en acto administrativo debidamente motivado, lo modificará como estime necesario. La modificación puede ser por supresión o adición de obra, trabajo, suministro o servicio.

La ley crea un derecho de opción para el contratista obligado a modificar el objeto del contrato, en caso de aumento o disminución del volumen contratado, a renunciar a la continuación si el valor aumento en un 20 por ciento o más del inicial previsto para el contrato, cuando el contratista reconoce su imposibilidad de ejecutar la obra adicional, sin sanción para él. Comunicada la renuncia y aceptada por la entidad, se pasará inmediatamente a la liquidación del contrato. Corresponde a la entidad adoptar de manera inmediata las medidas necesarias para la terminación del objeto contractual.⁸⁰

Al igual que en la cláusula excepcional de interpretación unilateral, contra el acto administrativo de modificación unilateral, *procede el recurso de reposición, sin perjuicio de la acción contractual* y en caso de que lo amerite, *deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que se tenga derecho y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial.*⁸¹

⁸⁰ LAMPREA RODRÍGUEZ. Óp. Cit.

⁸¹ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 80 de 1993. Artículo 14.

Se evidencia entonces que tanto la cláusula excepcional de interpretación y modificación unilateral son mecanismos que buscan prevenir la ruptura definitiva del contrato o su terminación, pues son potestades que se le otorgan a las entidades estatales, cuando no se llega a un acuerdo entre las partes, con el fin de evitar la paralización o afectación grave del servicio público que se satisface con el contrato, o en otras palabras con el fin de garantizar la continuidad del servicio contratado. En relación con este asunto, el Consejo de Estado ha sostenido que:

El régimen excepcional contenido en las cláusulas de interpretación y modificación unilaterales, dado por el legislador a la entidad estatal contratante, muestra la condición de dirección y control del contrato para ella previsto, mediante el desarrollo de una función preventiva para evitar la ruptura definitiva de la relación contractual, ante lo cual el legislador permite que la Administración en forma motivada exprese las necesidades del servicio que se cumplen mediante el contrato, para que ante la ausencia de acuerdo previo entre las partes contratantes, la entidad contratante por vía unilateral, decida la situación jurídica de él, sin interrumpir su ejecución, pues no puede tener finalidad distinta de evitar la paralización o afectación grave del contrato a su cargo.

(...)

El régimen de exorbitancia, hoy excepcional, contenido en las potestades de interpretación y modificación unilaterales, pone en evidencia la facultad de la administración de dar claridad a la relación y en orden a un desarrollo contractual pacífico⁸²

2.1.2.3 Caducidad. La declaratoria de caducidad administrativa del contrato es una cláusula excepcional consagrada en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, a la cual pueden acudir las entidades estatales para dar por terminado el contrato y ordenar su liquidación en el estado en que se encuentre cuando *se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo*

⁸² CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 14 de diciembre de 2000, Exp. 1293. C.P. Luis Camilo Osorio Isaza.

*del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización.*⁸³

Mediante acto administrativo debidamente motivado, la entidad estatal declarará la caducidad administrativa del contrato, lo que tiene como consecuencia que *no habrá lugar a indemnización para el contratista, quien se hará acreedor a las sanciones e inhabilidades previstas en esta ley.* Adicional a lo anterior, *la declaratoria de caducidad será constitutiva del siniestro de incumplimiento;* aspecto que se desarrollará en el siguiente capítulo.⁸⁴

Ahora bien, la entidad estatal tiene la posibilidad *de abstenerse de declarar la caducidad,* para lo cual *adoptará las medidas de control e intervención necesarias, que garanticen la ejecución del objeto contratado.*⁸⁵ El Consejo de Estado se pronunció sobre el anterior fragmento del artículo 18 del Estatuto General de Contratación, sosteniendo que:

Si la declarativa de caducidad es el aniquilamiento de la relación contractual, es apenas obvio que una medida de tanta trascendencia en el contrato no se tome de manera sorpresiva para el contratista y se le brinde la oportunidad de ajustar su conducta a las estipulaciones contractuales. Es este el sentido del art. 18 de la Ley 80 de 1993 cuando señala que “en caso de que la entidad decida abstenerse de declarar la caducidad, adoptará las medidas de control e intervención necesarias, que garanticen la ejecución del objeto contratado”, como sería la imposición de multas compulsivas.⁸⁶

Por su parte, si la entidad contratante declara la caducidad del contrato, tiene dos opciones: tomar *posesión de la obra* o continuar *inmediatamente la ejecución del*

⁸³ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 80 de 1993. Artículo 18.

⁸⁴ *Ibíd.*

⁸⁵ *Ibíd.*

⁸⁶ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 24 de septiembre de 1998, Exp. 14821. C.P. Ricardo Hoyos Duque.

*objeto contratado, bien sea a través del garante o de otro contratista, a quien a su vez de le podrá declarar la caducidad, cuando a ello hubiere lugar.*⁸⁷

Del artículo se desprende que la declaratoria de caducidad administrativa se circunscribe a las siguientes exigencias:

- a) Es determinante el incumplimiento culpable del contratista, por la ejecución deficiente del contrato estatal.
- b) No todo incumplimiento justifica la declaración de caducidad administrativa.
- c) El incumplimiento de la obligación debe afectar grave y directamente la ejecución y conducir indefectiblemente a la paralización del contrato.
- e) El contrato debe encontrarse vigente.⁸⁸

De lo anterior se concluye que la declaratoria de caducidad administrativa del contrato es una figura de carácter sancionatorio, pues una vez terminado y liquidado el contrato, se genera una inhabilidad para el contratista, que le impedirá participar en licitaciones o concursos ante cualquier entidad estatal así como celebrar contratos con cualquiera de dichas entidades estatales por un término de cinco años, y, lo obligará a ceder los contratos estatales que ya hubiere celebrado o renunciar a su participación en los mismos si dicha cesión no fuere posible, esto según el artículo 8 y 9 de la Ley 80 de 1993.

De otro lado, el acto administrativo por medio del cual se declara la caducidad constituye el siniestro que permite hacer efectiva la cláusula penal cuando ésta hay sido pactado.

En relación con la oportunidad para el ejercicio de la declaratoria de caducidad, el Consejo de Estado ha sostenido dos posiciones al respecto: en un primer momento, sostuvo que podía ejercerse hasta en la etapa de liquidación del

⁸⁷ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 80 de 1993. Artículo 18.

⁸⁸ LAMPREA RODRÍGUEZ. Óp. Cit.

contrato, toda vez que es en ese momento cuando se puede evaluar a ciencia cierta el cumplimiento, en otras palabras, el vencimiento del plazo es el que pone en evidencia el incumplimiento:

En conclusión, cuando el contratista de la administración no cumple dentro del plazo establecido en el contrato, es precisamente el vencimiento del plazo el que pone en evidencia su incumplimiento y es este el momento en el que la administración debe calificar la responsabilidad que le incumbe al contratista, de manera que si lo fue por motivos únicamente imputables a él que no encuentran justificación, debe sancionar su incumplimiento.

En este sentido la sala retoma y reitera la doctrina sentada en la sentencia de enero 29 de 1988, Exp. 3615, en cuanto rectificó la tesis anterior sobre el término para el ejercicio de las potestades excepcionales en la actividad contractual y sostuvo que la administración podrá declarar el incumplimiento (o la caducidad) después del vencimiento del plazo contractual de ejecución y antes de la liquidación o dentro del acto liquidatorio mismo, pero no después de la expedición de éste⁸⁹

Actualmente, el Consejo de Estado, sostiene que el contrato debe estar vigente para que pueda operar la caducidad: *“La caducidad del contrato sólo puede declararse durante el plazo de ejecución y mientras éste se encuentre vigente, y no durante la etapa de liquidación, esto por las siguientes razones que se destacan en los apartes de la jurisprudencia de dicha corporación:*

En primer lugar, los elementos de su definición legal; en segundo lugar, la finalidad de protección del interés público de esta medida excepcional; en tercer lugar, que la etapa de liquidación del contrato no está concebida para la adopción de la caducidad del contrato; y en cuarto lugar, que el hecho de que se pueda recibir o aceptar en mora el cumplimiento de la obligaciones, no puede ser entendida como una extensión regular del plazo previsto en el contrato para ejecutarlo.⁹⁰

⁸⁹ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 13 de septiembre de 1999, Exp. 10264. C.P Ricardo Hoyos Duque.

⁹⁰ *Ibíd.* Sentencia del 20 de noviembre de 2008, Exp. 17031. C.P. Ruth Stella Correa Palacios.

Como se dijo anteriormente, la declaratoria de caducidad debe decretarse en un acto administrativo debidamente motivado, pero esto no es suficiente, pues es pertinente resaltar que la declaratoria de caducidad encuentra un límite en el debido proceso, el cual debe tenerse en cuenta en todo los procedimientos administrativos sancionatorios, puesto que el artículo 29 de la Constitución Política hizo extensivo el derecho al debido proceso a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, adicional a esto, el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 dispuso que *“el debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales”*⁹¹. Lo anterior lo ha sostenido el máximo órgano judicial en materia administrativa al sostener que:

En los procedimientos administrativos sancionatorios debe darse la oportunidad al interesado para expresar su punto de vista antes de tomarse la decisión, como una manera de garantizar el derecho fundamental al debido proceso (art. 29 Constitución Política) para así hacer efectivo el derecho de defensa y contradicción. De ahí que no basta con que esas decisiones estén debidamente motivadas y sean notificadas con el fin de que el particular pueda agotar los recursos gubernativos y judiciales en defensa de la legalidad o de los derechos que considera desconocidos por la actuación pública.⁹²

Precisando el alcance y contenido de la cláusula de caducidad, es menester señalar que existen otras causales de caducidad no contenidas en la Ley 80 de 1993, por lo cual la jurisprudencia del Consejo de Estado recopiló las principales disposiciones legales que hoy consagran y prevén la aplicación de la caducidad administrativa en los contratos estatales:

- Artículo 18 de la Ley 80:... la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado lo dará por terminado [se refiere al contrato estatal]...” en los casos en que se presente “... alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencia que puede conducir a su paralización....

⁹¹ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1150 de 2007. Artículo 17.

⁹² CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 24 de septiembre de 1998, Exp. 14821. C.P. Ricardo Hoyos Duque.

- El numeral 5 del artículo 5 de ese mismo estatuto de contratación estatal, prohíbe a los contratistas particulares que accedan "... a peticiones o amenazas de quienes actúen por fuera de la ley con el fin de obligarlos a hacer u omitir algún acto o hecho", al tiempo que les impone el deber de informar de inmediato sobre la ocurrencia de esos hechos, ante las autoridades competentes. A ello agrega, la norma legal en cita, que "[e]l incumplimiento de esta obligación y la celebración de los pactos o acuerdos prohibidos, dará lugar a la declaración de caducidad del contrato.

(...)

- El artículo 61 de la Ley 610, expedida en el año 2000, prevé que las contralorías deben solicitar a la autoridad administrativa correspondiente, esto es a la entidad estatal contratante, que declare la caducidad del contrato en el cual se encuentre vinculado el contratista particular que hubiere sido declarado fiscalmente responsable. (...)⁹³

2.1.2.4 Terminación unilateral de los contratos. La terminación unilateral es una figura que permite terminar el contrato de forma anticipada, o mejor aún, de forma anormal, puesto que lo natural sería que el contrato terminara bien por la realización del objeto y sus obligaciones, bien por el advenimiento del plazo solo por citar los eventos más relevantes. Sin embargo, en el tránsito jurídico, los negocios terminan en algunas ocasiones, antes de cumplir su finalidad, razón por la cual las partes se ven avocadas a hacer uso de figuras como la terminación unilateral del contrato.

La terminación unilateral del contrato estatal se erige como un género, del que se derivan dos especies, estas son: la terminación unilateral de los contratos estatales como facultad excepcional y, la terminación unilateral por incumplimiento de los contratos estatales como estipulación contractual. En este capítulo se hará referencia exclusivamente a la terminación unilateral como facultad excepcional; la terminación unilateral por incumplimiento como estipulación contractual se verá en el tercer capítulo.

⁹³ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 9 de mayo de 2012, Exp. 20968. C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

Una vez clarificado el alcance del presente acápite, es menester señalar que la terminación unilateral del contrato como facultad excepcional de la entidad estatal contratante hace referencia a dos supuestos: el primero, que denominaremos para efectos del estudio, terminación unilateral propiamente dicha, se refiere a la terminación regulada por los artículos 14 y 17 de la Ley 80 de 1993 y, el segundo, que denominaremos terminación unilateral por causales de nulidad, está regulado por los artículos 44 y 45 del mismo cuerpo normativo.

Ahora bien, es necesario clarificar que entendemos que ambos supuestos son constitutivos de la facultad excepcional de terminación unilateral por parte de la entidad contratante, sin embargo han sido regulados en dos apartes distintos de la Ley.

Terminación unilateral propiamente dicha, regulada por el artículo 14 y 17 de la Ley 80. La terminación unilateral es una cláusula excepcional al derecho común a la cual pueden acudir las entidades estatales en ejercicio *la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato*, con el objeto o fin *de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación de los mismos.*⁹⁴

La terminación unilateral como cláusula excepcional no puede ser utilizada de forma arbitraria por las entidades estatales cuando deseen dar por terminado un vínculo contractual, pues su aplicación está sometida al acaecimiento de alguna de las causales reguladas en el artículo 17 de la Ley 80, cuales son:

La entidad en acto administrativo debidamente motivado dispondrá la terminación anticipada del contrato en los siguientes eventos:

⁹⁴ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 80 de 1993. Artículo 14.

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 de 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.⁹⁵

Del texto transcrito, se concluye sin duda alguna, que esta institución, no fue concebida como una sanción al contratista, sino como un mecanismo que permite a la entidad desligarse sin mayores complicaciones de una relación contractual que por diversas causas sobrevinientes, y de cierta forma impredecibles tanto para el contratista como para la entidad, pone en peligro la satisfacción del interés general; razón que justifica que una vez proferido el acto administrativo de terminación unilateral debidamente motivado, se deba proceder *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.*⁹⁶

Una vez más, contra el acto administrativo de terminación unilateral procede el recurso de reposición, sin perjuicio de la acción contractual a que haya lugar.

⁹⁵ *Ibíd.* Artículo 17.

⁹⁶ *Ibíd.* Artículo 14.

Terminación unilateral del inciso 2° del artículo 45 de la Ley 80 de 1993. Esta causal de terminación unilateral no está consagrada legalmente dentro del artículo 17 de la Ley 80 de 1993, fue regulada en un aparte diferente del Estatuto General de Contratación, sin embargo, como ya se dijo, será tratada en este capítulo toda vez que consideramos que no es más que una causal adicional de la terminación unilateral del artículo 17 de la Ley 80.

Hecha la anterior precisión, debe indicarse que ésta causal de terminación unilateral del contrato, se encuentra consagrada en los artículos 44 y 45 de la ley 80 de 1993, los cuales preveen, en su orden, lo siguiente:

Artículo 44. De las causales de nulidad absoluta. Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando:

1o. Se celebren con personas incursas en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley;

2o. Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal

;

3o. Se celebren con abuso o desviación de poder;

4o. Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten; y

5o. Se hubieren celebrado con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata esta ley.

Artículo 45. De la nulidad absoluta: La nulidad absoluta podrá ser alegada por las partes, por el agente del ministerio público, por cualquier persona o declarada de oficio, y no es susceptible de saneamiento por ratificación.

En los casos previstos en los numerales 1o., 2o. y 4o. del artículo anterior, el jefe o representante legal de la entidad respectiva deberá dar por terminado el contrato mediante acto administrativo debidamente motivado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre⁹⁷.

⁹⁷ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 80 de 1993. Artículo 45

De acuerdo con las normas transcritas, procede la terminación unilateral del contrato cuando se configuran los casos previstos en los numerales 1º, 2º y 4º del artículo 44 de la Ley 80. Éste último consagra las causales de nulidad absoluta de los contratos estatales, pero darán lugar a la terminación unilateral del contrato únicamente los siguientes supuestos: primero, *“cuando se celebren con personas incursas en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley”*⁹⁸; segundo, *“cuando se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal”*⁹⁹ y, tercero, *“cuando se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamentan.”*¹⁰⁰

Es pertinente señalar que la potestad otorgada directamente a las entidades estatales está encaminada única y exclusivamente a terminar el contrato cuando se evidencie la existencia de una causal de nulidad, específicamente las consagradas en los numerales 1º, 2º y 4º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993. Así pues, no tiene competencia la entidad para declarar la nulidad absoluta del contrato, toda vez que este aspecto corresponde exclusivamente al juez natural del contrato. Dicho de otra manera, *la declaración de terminación, en este caso, constituye “deber legal” de la administración, no bien comprueba la ocurrencia de la causal y en ello no usurpa la competencia judicial de declarar nulo absolutamente e inválido el contrato viciado, que se reserva al juez contencioso administrativo. La competencia administrativa, en caso de ocurrir causal de nulidad absoluta, no va más allá de “hacer cesar los efectos jurídicos del contrato viciado, con el procedimiento de la terminación unilateral, en ejercicio de su poder excepcional como organismo estatal”. Pero, este ejercicio no inhibe, no reemplaza el ejercicio de la acción contenciosa para que el juez contencioso administrativo declare judicialmente la nulidad”*¹⁰¹.

⁹⁸ Ibid. Artículo 44

⁹⁹ Ibid.

¹⁰⁰ Ibid.

¹⁰¹ LAMPREA RODRIGUEZ. Óp. Cit.

Y lo anterior es así porque el legislador no ha dotado de competencia a las entidades estatales para que se pronuncien sobre la nulidad de los contratos, toda vez que dicha competencia está radicada de forma exclusiva en cabeza del poder jurisdiccional, así pues, si vía acto administrativo se declara la nulidad del contrato, procede la nulidad del acto administrativo que así lo declaró, por incompetencia del funcionario que lo profirió.¹⁰² *“Según el Consejo de Estado, en cita de la Corte, las prerrogativas exorbitantes son “actos unilaterales de indiscutible factura que solo pueden ser dictados por la administración en ejercicio de especial poder legal, generalmente llamado exorbitante, cuyo mérito no proviene del contrato mismo, sino del mandato legal que lo establece.”*¹⁰³

El Consejo de Estado se pronunció sobre las diferencias latentes entre la terminación unilateral como consecuencia del acaecimiento de una causal de nulidad y la declaratoria de nulidad:

Si bien algunas de las causales legales de nulidad absoluta de los contratos estatales, esto es las previstas en los numerales 1, 2 y 4 del artículo 44 de la Ley 80, constituyen a la vez razón para que deba disponerse, por parte de la entidad estatal contratante, la terminación unilateral del respectivo contrato estatal, ello no puede servir de fundamento para confundir esas figuras, puesto que son muchas y muy profundas las diferencias que pueden establecerse entre la nulidad absoluta y la terminación unilateral, así ésta tenga por causa la misma hipótesis normativa de aquella.

La terminación unilateral sólo tiene como propósito y efecto la finalización anticipada de un determinado contrato estatal, sin que ello signifique ni pretenda desconocer y mucho menos deshacer todo lo que hasta ese momento se hubiere ejecutado con base en dicho contrato, amén de que tal decisión de terminación anticipada tampoco comporta reproche alguno para las partes o al menos para una de ellas, así sea implícito, respecto de los elementos existentes al momento del perfeccionamiento del respectivo contrato.

Muy por el contrario, la nulidad absoluta refleja la existencia de un vicio muy grave que afecta el contrato y que dice relación con la ausencia, al momento de su celebración, de aquellos requisitos que el ordenamiento jurídico

¹⁰² CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 10 de julio de 1990. Exp. 5782. M.P Carlos Betancur Jaramillo.

¹⁰³ LAMPREA RODRIGUEZ. Óp. Cit. p. 424.

reclama y exige para que el respectivo contrato, en cuanto se ajuste a dicho ordenamiento, merezca su tutela y protección.

Es por ello que la declaratoria de nulidad absoluta se fundamenta en un examen detallado acerca de las condiciones, los requisitos y los elementos de validez existentes al momento de la celebración del contrato; su propósito principal es el de eliminar o expulsar, del mundo jurídico, el contrato estatal que hubiere surgido en contra del ordenamiento al cual debe ajustarse, con el fin de privarlo de la totalidad de sus efectos, sin importar lo que en desarrollo del mismo se hubiere ejecutado y, por eso mismo, por regla general, busca devolver las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el contrato nulo (artículo 1746 C.C.).¹⁰⁴

2.1.3 Competencia para pactarlas y aplicarlas

2.2.3.1 Entidades estatales sometidas al estatuto general de contratación.

Las entidades estatales reguladas por la Ley 80 de 1993, tienen competencia para pactar las cláusulas excepcionales al derecho común en sus contratos conforme a lo establecido en el artículo 14 de dicho Estatuto. En desarrollo del referido artículo, el Consejo de Estado ha clasificado, con base en la ley, el uso de dichas cláusulas excepcionales en cuatro grupos, apelando a la obligatoriedad o no de inclusión de las mismas¹⁰⁵. La clasificación que se expone coincide con la desarrollada por el Doctor Pedro Antonio Lamprea¹⁰⁶.

En el primer grupo se encuentran los contratos en los que las cláusulas excepcionales al derecho común se **tienen** que pactar, es decir, son de obligatoria inclusión y si no se incluyen se entienden pactadas. Los contratos pertenecientes a este grupo son los que *tengan por objeto el ejercicio de una actividad que*

¹⁰⁴ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 2 de mayo de 2007, Exp. 15559. Citada por: CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 24 de Marzo de 2011, Exp. 19446. C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

¹⁰⁵ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 22 de octubre de 2012, Exp. 20738. C.P. Enrique Gil Botero.

¹⁰⁶ Ver Supra. Capítulo II

*constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra.*¹⁰⁷

En el segundo grupo se encuentran los contratos en los cuales es facultativa u opcional la inclusión de dichas cláusulas, pues la ley autoriza más no impone que las partes acuerden su inclusión; así pues, si no están estipuladas en el contrato no puede hacerse uso de las mismas. Los contratos pertenecientes a este grupo son el contrato de prestación de servicios y el de suministro. Es pertinente aclarar que el acuerdo de las cláusulas sólo puede favorecer a las entidades estatales.

En el tercer grupo están los contratos en los cuales se encuentra prohibida la inclusión de dichas cláusulas, por lo que si se incluyen habrá nulidad absoluta de la cláusula; los contratos pertenecientes a este grupo son los “...*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*”¹⁰⁸

Por último, el cuarto grupo se encuentra conformado por todos los demás contratos estatales no previstos ni contemplados en alguno de los grupos anteriores.

De manera que, frente a ellos, es menester precisar el régimen a que deben sujetarse desde el punto de vista de las cláusulas excepcionales. Esta situación genera, necesariamente, el siguiente interrogante: ¿es posible pactar las cláusulas exorbitantes en los contratos que pertenecen a este cuarto grupo? Para la Sala la respuesta debe ser negativa. Pues se requiere

¹⁰⁷ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 80 de 1993. Artículo 14.

¹⁰⁸ *Ibíd.*

a lo menos, autorización legal para su inclusión y posterior utilización, debido a la naturaleza que tienen estas prerrogativas -por su carácter extraordinario e inusual, en relación con el derecho común-, y, de otro, porque el legislador es el único que puede disponer competencias para la expedición de actos administrativos en desarrollo de los contratos estatales, actos que, como es sabido, constituyen el mecanismo de ejercicio de las exorbitancias contractuales. En ejercicio de la autonomía de la voluntad privada no es posible constituir este tipo de poderes, en contratos en los que la ley no ha impartido autorización expresa, o excluirlos en los que el legislador los ha previsto como obligatorios¹⁰⁹

El anterior pronunciamiento está en consonancia con el principio de legalidad, en tanto es uno de los principios rectores de la contratación estatal. El referido principio se encuentra consagrado en los artículos 6, 121 y 122 de la Constitución Política y se erige *“como una regla general de actuación de todas las autoridades públicas y por ende de los servidores públicos, en cuanto sólo podrán ejercer aquellas competencias que le hayan sido expresamente otorgadas por la Constitución, la ley o el reglamento”*¹¹⁰

Las cláusulas excepcionales al derecho común son declaradas por medio de acto administrativo, razón por la cual las entidades estatales necesitan de *“la competencia para proferir y ejecutar los actos administrativos, la cual constituye importante sinónimo del concepto jurídico de capacidad, en cuanto aptitud atribuida por la Constitución, la ley o el reglamento a entes públicos o a los particulares para que manifiesten válidamente la voluntad estatal por vía administrativa.”*¹¹¹

Por lo tanto, tiene competencia la entidad o autoridad que ha sido investida legalmente de la aptitud para proferir válidamente un acto administrativo motivado, el cual tiene carácter ejecutorio, lo que se explica así: *“la resolución que impone la*

¹⁰⁹ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 30 de noviembre de 2006, Exp. 30832. C.P. Alier Eduardo Hernández Enriquez.

¹¹⁰ RODRÍGUEZ TAMAYO. Óp. Cit.

¹¹¹ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo. Bogotá: Ed. Universidad Externado de Colombia, 1998.

*previsión exorbitante se declara decisión ejecutoria, una vez agotados trámite y procedimiento, para hacerse acto de autoridad, que en firme, pasa de inmediato a ejecutarse*¹¹²

Así pues, las entidades sometidas al estatuto general de contratación, aplican directamente las cláusulas excepcionales al derecho común, por el poder de autotutela conferido a ellas por el artículo 14 de la Ley 80 de 1994. El referido poder “*consiste en la facultad de imponer ciertas medidas administrativas, [...] y aplicarlas de manera unilateral, esto es, sin la necesidad de acudir al juez del contrato para tasar o evaluar la intensidad de la medida, su oportunidad y eficacia, sin perjuicio del derecho de defensa que asiste al particular*”¹¹³.

El Consejo de Estado se ha pronunciado al respecto, aduciendo que las facultades excepcionales “*son poderes que se manifiestan con la expedición de actos reguladores denominados autotutela declarativa, dictados por razones de interés público; que tienen la característica de corresponder al privilegio de la decisión previa y ejecutoria en favor de la Administración, y según los cuales, ésta puede regular directamente sus relaciones jurídicas o situaciones con los particulares, sin necesidad de acudir a la jurisdicción, y también, sin perjuicio de que el particular pueda acudir al control de legalidad en sede judicial*”¹¹⁴.

Es posible concluir entonces que las entidades estatales sometidas al estatuto general de contratación encuentran en el artículo 14 de la Ley 80 la fuente que les otorga competencia para pactar y hacer efectivas las cláusulas excepcionales de forma directa. Ahora bien, es necesario tener presente los grupos antes descritos, pues de acuerdo al contrato, las cláusulas serán de pacto obligatorio, facultativo o prohibido.

¹¹² LAMPREA RODRIGUEZ. Óp. Cit.

¹¹³ JOUVE GARCÍA. Óp. Cit.

¹¹⁴ CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 14 de diciembre de 2000, Exp. 1293. C.P. Luis Camilo Osorio Isaza.

Es necesario hacer una precisión final en lo que respecta a la terminación unilateral por causales de nulidad, toda vez que dicha cláusula excepcional puede hacerse efectiva, sin necesidad de estar pactada, en todos los contratos que celebren las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación, con independencia de su objeto: Lo anterior ha sido sostenido por el Consejo de Estado: *“La norma legal transcrita [artículo 45 de la Ley 80 de 1993] evidencia que esta modalidad de terminación unilateral tiene cabida en relación con cualquier clase de contrato estatal, independientemente de su objeto, siempre que en la celebración del mismo se hubiere configurado una cualquiera de las causales de nulidad antes referidas, sin que su aplicación pueda extenderse entonces a otras causales de nulidad absoluta diferentes a las específicamente indicadas”*¹¹⁵.

Ahora bien, al respecto consideramos que la terminación unilateral por causales de nulidad debería estar permitida para todos los contratos estatales, con independencia del régimen de contratación al que estén sometidos, toda vez que el sentido de la norma, además de pretender el cumplimiento de los fines del Estado y la continuidad en la prestación de los servicios públicos y su cargo, está encaminada a salvaguardar la legalidad del contrato y en general, a preservar el orden jurídico en su integridad. En palabras de la Corte Constitucional:

Las causales de nulidad absoluta que permiten el ejercicio de la potestad excepcional contenida en el artículo 45 de la Ley 80 de 1993, a la cual se viene haciendo alusión, operan cuando la celebración del contrato estatal se efectúa con personas incursas en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley, o contra expresa prohibición constitucional o legal o cuando se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamente el respectivo contrato. Esto significa que se refieren a situaciones de orden estrictamente jurídico que vicien el contrato, afectando su validez jurídica e impidiendo que se inicie o se continúe ejecutando.¹¹⁶

¹¹⁵ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 9 de mayo de 2012, Exp. 20968. C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

¹¹⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T 1341 del 11 de diciembre de 2001. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

2.2.3.2 Entidades excluidas del estatuto general de contratación. En relación con las entidades excluidas del estatuto general de contratación y que están sometidas a un régimen de contratación prevalentemente privado, consideramos que por regla general y en consonancia con el principio de legalidad, no tienen competencia para pactar en sus contratos cláusulas excepcionales. Como consecuencia lógica de lo anterior, carecen entonces de competencia para aplicar directamente las cláusulas excepcionales al derecho común, toda vez no cuentan ni siquiera con competencia para pactarlas, toda vez que si lo hacen la cláusula adolecerá de nulidad por objeto ilícito.

La anterior conclusión encuentra sustento en el principio de legalidad, toda vez que para el uso de dichas cláusulas se requiere autorización legal para su inclusión y posterior utilización en tanto implican la adopción de decisiones de carácter unilateral, en este sentido debe decirse que la autonomía de la voluntad no puede ser fuente de competencias administrativas.

El principio de legalidad se encuentra regulado en los artículos 6, 121 y 122 de la Constitución Política, los cuales en su orden establecen lo siguiente:

“Artículo 6. Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las Leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.”¹¹⁷

“Artículo 121. Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la Ley.”¹¹⁸

“Artículo 122. No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en la ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que

¹¹⁷ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. Artículo 6

¹¹⁸ *Ibíd.* Artículo 21

*estén en contemplado s en la respectiva planta y previstos en sus emolumentos en el presupuesto correspondiente...*¹¹⁹

Reiteramos, por considerarlo de la mayor importancia, el siguiente pronunciamiento del Consejo de Estado quien sostuvo que en los contratos no incluidos en el artículo 14 de la Ley 80 no es posible pactar el régimen de las cláusulas excepcionales,...

... pues se requiere a lo menos, autorización legal para su inclusión y posterior utilización, debido a la naturaleza que tienen estas prerrogativas - por su carácter extraordinario e inusual, en relación con el derecho común-, y, de otro, porque el legislador es el único que puede disponer competencias para la expedición de actos administrativos en desarrollo de los contratos estatales, actos que, como es sabido, constituyen el mecanismo de ejercicio de las exorbitancias contractuales. En ejercicio de la autonomía de la voluntad privada no es posible constituir este tipo de poderes, en contratos en los que la ley no ha impartido autorización expresa, o excluirlos en los que el legislador los ha previsto como obligatorios¹²⁰

En el mismo sentido, la abogada María Teresa Palacio Jaramillo sostiene que:

... ¿qué ocurre con los contratos que no se encuentran listados en la ley ni como de pacto obligatorio, ni facultativo, ni prohibido? La respuesta a este interrogante es a mi juicio evidente: todos los contratos que no se encuentren expresamente definidos en la ley como aquellos en los que las cláusulas excepcionales son de obligatorio o potestativo pacto, que por cierto son la mayoría, tienen prohibición de incluir dichas facultades en su texto, vale decir, los contratos enlistados en la norma como de pacto potestativo u obligatorio, son taxativos, los prohibidos son meramente enunciativos¹²¹

Finalmente, en relación con las entidades excluidas del estatuto general de contratación, será necesario analizar el régimen especial de contratación que les

¹¹⁹ *Ibíd.* Artículo 22

¹²⁰ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 30 de noviembre de 2006, Exp. 30832. C.P. Alier Eduardo Hernández Enriquez.

¹²¹ JARAMILLO, María Teresa. Cláusulas excepcionales. En: Revista de Derecho Público. Ed Universidad de los Andes, 2004. Nro. 17. ISSN 1909-7778.

haya sido designado por el legislador, con el fin de establecer si en éste les ha sido conferida de forma expresa la competencia para pactar y hacer efectivas de forma directa las cláusulas exorbitantes.

Para citar un ejemplo, el régimen especial de las empresas de servicios públicos domiciliarios, consagrado en la Ley 142 de 1994, dispone en su artículo 31 y 32 lo siguiente:

Artículo 31. Concordancia con el Estatuto General de la Contratación Pública. Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta Ley, y que tengan por objeto la prestación de esos servicios, se regirán por el parágrafo 1 del artículo 32 de la ley 80 de 1993 y por la presente Ley, salvo en lo que la presente Ley disponga otra cosa.

Las comisiones de regulación podrán hacer obligatoria la inclusión, en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos, de cláusulas exorbitantes y podrán facultar, previa consulta expresa, que se incluyan en los demás. Cuando la inclusión sea forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, y los actos en los que se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa.”¹²²

Artículo 32. **Régimen de derecho privado para los actos de las empresas.** Salvo en cuanto la Constitución Política o esta Ley dispongan expresamente lo contrario, la constitución, y los actos de todas las empresas de servicios públicos, así como los requeridos para la administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas que sean socias de ellas, en lo no dispuesto en esta Ley, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado...¹²³ (Negrita por fuera del texto original).

Sobre estas normas, el Consejo de Estado ha sostenido que: *“De las anteriores normas se desprende que los contratos de todas las empresas de servicios públicos domiciliarios, sea ésta empresa de servicios públicos oficial, mixta o privada (arts. 14.5, 14.6 y 14.7 de la ley 142 de 1994) se regirán exclusivamente*

¹²² CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 80 de 1993. Artículo 31

¹²³ Ibíd. Artículo 32

por las reglas del derecho privado, salvo cuando en ellos se incluyan las cláusulas exorbitantes.”¹²⁴

En concordancia con las normas anteriores, las empresas de servicios públicos domiciliarios están sometidas al derecho privado en relación con sus actos y contratos, sin perjuicio de lo establecido en las Resoluciones proferidas por las comisiones de Regulación que pueden hacer obligatoria o facultativa la inclusión de cláusulas excepcionales en ciertos tipos de contratos caso en el cual todo lo relativo a las cláusulas excepcionales se regirá por la Ley 80 de 1993 y dichos actos estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa.

Así pues, y a manera de conclusión, es posible afirmar que por regla general las entidades estatales excluidas del Estatuto General de Contratación por estar exceptuadas de su aplicación no podrán, en principio, pactar cláusulas excepcionales, pues es dicho Estatuto la norma que atribuye la competencia. Ahora bien, excepcionalmente, y en tanto el régimen especial que las rija así lo consagre, podrán pactar cláusulas exorbitantes y hacerlas efectivas de forma directa.

2.2 LAS CLÁUSULAS DE PRIVILEGIO

2.2.1 Definición

El Consejo de Estado, como ya fue señalado, desarrolló mediante un concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil una clasificación de los mecanismos de los que se valen las entidades estatales para lograr la efectividad y el cumplimiento de los contrato estatales, clasificación que resulta de la mayor utilidad para efectos del estudio que nos ocupa.

¹²⁴ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 31 de agosto de 2000, Exp. 17234. C.P. Ricardo Hoyos Duque.

Señaló el Consejo de Estado que existen una serie de cláusulas que “denotan algún tipo de ventaja para la entidad contratante, más no operan ni otorgan los mismos privilegios que las cláusulas excepcionales”¹²⁵ Así pues, las cláusulas de privilegio son aquellas que conceden una serie de ventajas a la entidad contratante respecto del contratista.

Las cláusulas de privilegio implican la manifestación unilateral de voluntad que opera como “**concreción de una prerrogativa que el ordenamiento jurídico atribuye**”¹²⁶ a la entidad estatal contratante, lo anterior lleva a concluir, como ya se anticipó, que las cláusulas de privilegio se erigen como una exorbitancia, que sin embargo, no fueron incluidas en el catálogo de las cláusulas excepcionales contenidas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993.

2.2.2 Clasificación de las cláusulas de privilegio

2.2.2.1 Multas y Cláusula penal. El desarrollo conceptual de la cláusula penal ha sido abordado de manera especial por la legislación, la jurisprudencia y la doctrina en el campo del derecho privado, siendo trasladada esta institución al derecho público. El artículo 1592 del código civil define la cláusula penal como “*aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal.*”¹²⁷

Por su parte, el profesor Tamayo Lombana establece que “*la cláusula penal es una modalidad a la que está sometida una obligación y en virtud de la cual se pacta un castigo o sanción por el retardo o incumplimiento en la ejecución de*

¹²⁵ CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 14 de diciembre de 2000, Exp. 1293. C.P. Luis Camilo Osorio Isaza.

¹²⁶ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo contenciosos Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 30 de julio de 2008. C.P. Enrique Gil Botero. Expediente 21574

¹²⁷ COLOMBIA. Código Civil. Artículo 1592.

*dicha obligación, sanción que podrá acumularse con la indemnización compensatoria ordinaria o con el cumplimiento de la obligación principal, si así se estipuló*¹²⁸

Ahora bien, según el tenor literal del artículo 1600 del Código Civil, es claro que no es posible acumular, salvo pacto en contrario, el cobro de la cláusula penal con el cobro de la indemnización de perjuicios: *“ARTICULO 1600. <PENA E INDEMNIZACION DE PERJUICIOS>. No podrá pedirse a la vez la pena y la indemnización de perjuicios, a menos de haberse estipulado así expresamente; pero siempre estará al arbitrio del acreedor pedir la indemnización o la pena.*¹²⁹

Con el fin de precisar el alcance de la cláusula penal y de la imposibilidad de acumular su cobro con el de la indemnización de perjuicios, la Suprema de Justicia ha resaltado que:

Entendida, pues, la cláusula penal como el negocio constitutivo de una prestación penal de contenido patrimonial, fijada por los contratantes, de ordinario con la intención de indemnizar al acreedor por el incumplimiento o por el cumplimiento defectuoso de una obligación, por norma general se le aprecia a dicha prestación como compensatoria de los daños y perjuicios que sufre el contratante cumplido, los cuales, en virtud de la convención celebrada previamente entre las partes, no tienen que ser objeto de prueba dentro del juicio respectivo, toda vez que, como se dijo, la pena estipulada es una apreciación anticipada de los susodichos perjuicios, destinada en cuanto tal a facilitar su exigibilidad. Esa es la razón, entonces, para que la ley excluya la posibilidad de que se acumulen la cláusula penal y la indemnización de perjuicios, y solamente por vía de excepción, en tanto medie un pacto inequívoco sobre el particular, permita la acumulación de ambos conceptos, evento en el que, en consecuencia, el tratamiento jurídico deberá ser diferente tanto para la pena como para la indemnización, y donde, además, la primera dejará de ser observada como una liquidación pactada por anticipado del valor de la segunda, para adquirir la condición de una sanción convencional con caracterizada función compulsiva, ordenada a

¹²⁸ TAMAYO LOMBANA, Alberto. Manual de Obligaciones .Bogotá: Ed. Temis, 2003

¹²⁹ Código Civil. Artículo 1600

forzar al deudor a cumplir los compromisos por él adquiridos en determinado contrato.¹³⁰

Del anterior párrafo se concluye que la cláusula penal en el derecho civil puede cumplir la función que a las multas les ha atribuido el derecho administrativo, cual es, servir como mecanismo sancionatorio tendiente a lograr del contratista el cumplimiento de las obligaciones contractuales, lo anterior siempre y cuando se establezca que la cláusula penal tendrá un carácter sancionatorio, pues si nada se dice al respecto, no será más que una tasación anticipada de perjuicios.

Conforme a lo establecido en el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, los contratos estatales se regirán por las normas de derecho privado, salvo en lo regulado expresamente por el Estatuto General de Contratación. Partiendo de lo anterior y en consonancia con las normas positivas que regulan los negocios jurídicos entre particulares, es dable concluir que en los contratos estatales es posible pactar cláusula penal, la cual en principio tendrá el carácter indemnizatorio, salvo que las partes convengan expresamente bien que la misma tenga una finalidad sancionatoria.

Por su parte, respecto a las multas en el contrato estatal, el Consejo de Estado ha establecido que: *“Las multas que la administración puede imponer a un contratista suyo tienen una finalidad específica: inducir el cumplimiento del contrato. Por eso la doctrina las incluye en las denominadas medidas coercitivas provisionales, por oposición a la medida coercitiva definitiva (caducidad o terminación) que sanciona no ya incumplimientos parciales y salvables, sino incumplimientos graves que muestran que ya el contrato no podrá cumplirse”*¹³¹

¹³⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 23 de mayo de 1996, Exp. 4607. M.P. Carlos Esteban Jaramillo Scholss.

¹³¹ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 1 de octubre de 1992, Exp. 6631. C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

Una vez establecida, de manera general, la finalidad de la cláusula penal y de las multas, es posible afirmar que pese a existir cierta similitud entre ambas, ésta resulta ser aparente, toda vez que la multa pretende lograr la efectividad y cumplimiento de los contratos por la vía de la sanción, mientras que la cláusula penal es, en principio, una tasación anticipada de los perjuicios que puedan surgir como consecuencia del incumplimiento contractual, es decir, no es un mecanismo de persuasión para lograr la efectiva ejecución del contrato, toda vez que su pretensión es indemnizatoria.

En palabras del Consejo de Estado “(...) *la multa es la previsión contractual según la cual, en el evento de incumplimiento parcial o de mora en el cumplimiento de las obligaciones del contratista, acaecidas dentro del plazo previsto para la ejecución del contrato, éste se hará acreedor a una sanción de tipo pecuniario por parte de la administración, con miras a constreñirlo o conminarlo, hasta que cumpla*”. El Alto Tribunal señala que la cláusula penal es una “(...) *estipulación contractual según la cual, el contratista se obliga a pagar a título de tasación anticipada de perjuicios, la cuantía que contractualmente se haya determinado.*”¹³²

Con la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993 se generó un entorno de incertidumbre respecto a la competencia para hacer efectivas las multas y cláusula penal en los contratos celebrados por las entidades estatales sin importar el régimen de contratación que les fuese aplicable.

La controversia se originó puesto que el texto de la Ley 80 de 1993 nada dice sobre las multas o la cláusula penal, a diferencia de lo que sucedida con el derogado decreto-ley 222 de 1983, que consagraba expresamente no solo la competencia para pactar las multas en los contratos celebrados por entidades estatales, sino que además, otorgaba a la entidad contratante la competencia para hacerlas efectivas sin necesidad de acudir al juez competente.

¹³² Ibíd. Sentencia del 19 de octubre de 2005, Exp. 15011. C.P. German Rodríguez Villamizar.

DECRETO LEY 222 de 1983. ARTICULO 71. DE LA CLAUSULA SOBRE MULTAS. En los contratos deberá incluirse la facultad de la entidad contratante para imponer multas en caso de mora o de incumplimiento parcial, las que deberán ser proporcionales al valor del contrato y a los perjuicios que sufra.

Su imposición se hará mediante resolución motivada que se someterá a las normas previstas en el artículo 64 de este estatuto.

En los contratos de empréstito no habrá lugar a la inclusión de esta cláusula.¹³³

DECRETO LEY 222 de 1983. ARTICULO 72. DE LA CLAUSULA PENAL PECUNIARIA. En todo contrato que no fuere de empréstito, deberá estipularse una cláusula penal pecuniaria, que se hará efectiva directamente por la entidad contratante en caso de declaratoria de caducidad o de incumplimiento.

La cuantía de la cláusula penal debe ser proporcional a la del contrato.

El valor de la cláusula penal que se haga efectiva se considerará como pago parcial pero definitivo de los perjuicios causados a la entidad contratante.¹³⁴

Hasta el 2005, la jurisprudencia sostenida por el Consejo de Estado estaba encaminada a aceptar y reconocer en cabeza de las entidades estatales la competencia para pactar y hacer efectivas las multas y para declarar incumplidos los contratos con la finalidad de hacer efectiva la cláusula penal.¹³⁵

Definido como está que las multas pueden estipularse en los contratos estatales a manera de sanción ante el incumplimiento del contratista, el punto a considerar es que si ese incumplimiento lo debe declarar el juez o sí puede hacerlo directa y unilateralmente la administración a través de la expedición de un acto administrativo.

Para la Sala la administración sí tiene competencia para imponer unilateralmente, sin necesidad de acudir al juez, las multas pactadas en un contrato estatal, en virtud del carácter ejecutivo que como regla general

¹³³ PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto ley 222 de 1983. Artículo 71.

¹³⁴ *Ibíd.* Artículo 72.

¹³⁵ SUÁREZ BELTRÁN, Gonzalo. Reforma al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Bogotá: Legis Editores S.A, 2007.

otorga el artículo 64 del decreto ley 01 de 1984 a todos los actos administrativos.¹³⁶

Sostuvo el Consejo de Estado en otro pronunciamiento en la misma línea que:

Frente a la imposición de multas en el contrato estatal, como quiera que la ley 80 de 1993 no las incluyó dentro de las cláusulas excepcionales al derecho común, la sala definió que "la administración tiene competencia para imponer unilateralmente, sin necesidad de acudir al juez, las multas pactadas en un contrato estatal, en virtud del carácter ejecutivo que como regla otorga el art. 64 del decreto ley 01 de 1984 a todos los actos administrativos" (auto de 4 de junio de 1998, expediente No. 13.988). Lo cual significa que la administración puede en uso de sus poderes y prerrogativas públicas, sancionar directamente al contratista con la imposición de multas y cuando así actúa, su decisión adquiere las connotaciones propias del acto administrativo. En la contratación estatal mantienen vigencia los acuerdos interpartes o las previsiones de los pliegos de condiciones, ya que si en el contrato no se estipulan las multas o éstas no se incluyen en las condiciones generales que previamente fija la entidad contratante, ésta no tendrá la facultad de imponerlas, puesto que tal prerrogativa de poder público está limitada a las concretas y particulares causales señaladas en el contrato. Frente a las multas estipuladas en el contrato estatal si nada se dice sobre la forma o el procedimiento que debe seguirse para imponerlas o aplicarlas, la entidad pública contratante tiene la prerrogativa para decidir autónomamente si se configura o no el incumplimiento. Dicho poder podrá sustituirse si en las condiciones generales de contratación o en el contrato mismo se señala un procedimiento específico para aplicarlas, caso en el cual el cumplimiento del mismo será obligatorio, en tanto el contrato es una ley para las partes (art. 1602 Código Civil). Ya la sala en la providencia del 4 de junio de 1998 que se viene comentando, a propósito de los pactos establecidos en los contratos estatales, señaló que éstos "vinculan a las partes contratantes que están obligadas a cumplirlos en su tenor y en ellos tienen plena aplicación los principios que recogen los artículos 1602 y siguientes del Código Civil. En consecuencia, tanto la entidad como el contratista deberán cumplirlos con estricta sujeción a sus cláusulas y a los pliegos que le sirven de base, cuyas condiciones jurídicas, técnicas y económicas en principio son inalterables". Con la inclusión de las multas en el contrato estatal la entidad pública queda facultada para imponerlas autónomamente y en forma unilateral, caso en el cual los actos que expida para hacerlas efectivas son verdaderos actos administrativos, producidos en uso de las potestades públicas otorgadas por la ley (...)¹³⁷

¹³⁶ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 6 de Agosto de 1998, Exp. 14558. M.P. Ricardo Hoyos Duque. En el mismo sentido ver: Sentencia del 9 de marzo de 2000, Exp. 10540. M.P. Ricardo Hoyos Duque. Auto del 16 de febrero de 2004, Exp. 26054. M.P. Alier Hernández.

¹³⁷ *Ibíd.* Sentencia del 20 de junio de 2002, Exp. 19488. C.P. Duque, Ricardo Hoyos

Ahora bien, en el 2005 el Consejo de Estado decidió reevaluar su jurisprudencia y dio un giro de 180 grados al establecer, ante el vacío normativo, que las entidades estatales carecían de competencia para la imposición de multas y para la declaratoria de incumplimiento del contrato en aras de hacer efectiva la cláusula penal:

(...) en ninguna otra disposición de la misma Ley 80, se establece la facultad del Estado para incluir como cláusulas excepcionales la de multas o la penal pecuniaria, de donde se infiere que la derogatoria que se hizo del Decreto 222, incluyó así mismo la de estas dos figuras como potestades excepcionales del Estado.

No obstante lo anterior, no quiere ello decir que las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad no las puedan pactar (...) pero lo que no puede hacer (...) es pactarlas como potestades excepcionales e imponerlas unilateralmente, pues según se vio, dicha facultad deviene directamente de la ley y no del pacto o convención contractual y, a partir de la ley 80, tal facultad fue derogada. Por tanto, cuando quiera que habiendo sido pactadas las multas o la cláusula penal conforme a la legislación civil y comercial vigente, la administración llegare a percibir un incumplimiento del contrato, deberá acudir al juez del contrato a efectos de solicitar la imposición de la correspondiente multa o cláusula penal, en aplicación de lo previsto por el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, pues, se insiste, carece el Estado de competencia alguna para introducirlas en el contrato como cláusulas excepcionales al derecho común y, de contera, para imponerlas unilateralmente.¹³⁸

Con la entrada en vigencia de la ley 1150 de 2007 se zanjó de manera definitiva la discusión, toda vez que el artículo 17 consagró de manera expresa la competencia para pactar y hacer efectivas las multas y la cláusula penal en cabeza de las entidades sometidas al estatuto de contratación:

ARTÍCULO 17. DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO. El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.

¹³⁸ Ibíd. Sentencia del 20 de octubre de 2005, Exp. 14579. C.P. German Rodríguez Villamizar.

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

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

PARÁGRAFO TRANSITORIO. Las facultades previstas en este artículo se entienden atribuidas respecto de las cláusulas de multas o cláusula penal pecuniaria pactadas en los contratos celebrados con anterioridad a la expedición de esta ley y en los que por autonomía de la voluntad de las partes se hubiese previsto la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas.¹³⁹

Pese a que la ley 1150 de 2007 estableció de forma expresa la competencia para hacer efectiva las multas y la cláusula penal, no reguló el procedimiento que, en salvaguarda del debido proceso, debían aplicar las entidades estatales a la hora de ejercer estas facultades. En razón del silencio normativo, la ley 1474 de 2011 por medio de la cual se *dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública* consagró en el artículo 86 las instancias o fases que deben agotarse para la imposición de multas y la declaratoria de incumplimiento tendiente a hacer efectiva la cláusula penal:

ARTÍCULO 86. IMPOSICIÓN DE MULTAS, SANCIONES Y DECLARATORIAS DE INCUMPLIMIENTO. Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán

¹³⁹ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1150 de 2007. Artículo 17

declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento:

a) Evidenciado un posible incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, la entidad pública lo citará a audiencia para debatir lo ocurrido.

En la citación, hará mención expresa y detallada de los hechos que la soportan, acompañando el informe de interventoría o de supervisión en el que se sustente la actuación y enunciará las normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. En la misma se establecerá el lugar, fecha y hora para la realización de la audiencia, la que podrá tener lugar a la mayor brevedad posible, atendida la naturaleza del contrato y la periodicidad establecida para el cumplimiento de las obligaciones contractuales. En el evento en que la garantía de cumplimiento consista en póliza de seguros, el garante será citado de la misma manera;

b) En desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, presentará las circunstancias de hecho que motivan la actuación, enunciará las posibles normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. Acto seguido se concederá el uso de la palabra al representante legal del contratista o a quien lo represente, y al garante, para que presenten sus descargos, en desarrollo de lo cual podrá rendir las explicaciones del caso, aportar pruebas y controvertir las presentadas por la entidad;

c) Hecho lo precedente, mediante resolución motivada en la que se consigne lo ocurrido en desarrollo de la audiencia y la cual se entenderá notificada en dicho acto público, la entidad procederá a decidir sobre la imposición o no de la multa, sanción o declaratoria de incumplimiento. Contra la decisión así proferida sólo procede el recurso de reposición que se interpondrá, sustentará y decidirá en la misma audiencia. La decisión sobre el recurso se entenderá notificada en la misma audiencia;

d) En cualquier momento del desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, podrá suspender la audiencia cuando de oficio o a petición de parte, ello resulte en su criterio necesario para allegar o practicar pruebas que estime conducentes y pertinentes, o cuando por cualquier otra razón debidamente sustentada, ello resulte necesario para el correcto desarrollo de la actuación administrativa. En todo caso, al adoptar la decisión, se señalará fecha y hora para reanudar la audiencia. La entidad podrá dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento.¹⁴⁰

¹⁴⁰ Ibíd. Ley 1474 de 2011. Artículo 86.

2.2.2.2 Competencia para hacerlas efectivas

Conforme a lo señalado, es evidente que “(...) con la expedición de la Ley 1150 de 2007, la cual modificó algunos de los artículos de la Ley 80 de 1993, las entidades estatales recobraron la potestad legal para imponer unilateralmente multas, así como para declarar el incumplimiento del contrato con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria; en efecto, el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 atribuyó competencia a las entidades estatales para imponer unilateralmente este tipo de sanciones, de acuerdo con el procedimiento que la misma norma indica (...)”¹⁴¹.

Es necesario señalar que la competencia para imponer multas y hacer efectiva la cláusula penal, trae implícita la competencia para declarar el incumplimiento del contratista, toda vez que sólo en dicho evento podrá imponerse la multa y hacerse efectiva la cláusula penal.

Ahora bien ¿Pueden las entidades estatales excluidas de la aplicación del estatuto general de la contratación estatal pactar multas y cláusulas penales en los contratos que celebren?

La respuesta al anterior interrogante es afirmativa. Es viable jurídicamente que las entidades estatales cuyos contratos se rigen por el derecho privado, en virtud de la autonomía de la voluntad, pacten multas y las cláusulas penales dentro del clausulado contractual, toda vez que son figuras jurídicas que encuentran sus orígenes y regulación primigenia en la legislación civil.

Ahora bien, el hecho de tener competencia para incluir multas y cláusulas penales dentro de los contratos estatales, no les otorga a las entidades estatales cuyo

¹⁴¹ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 24 de Marzo de 2011, Exp. 19446. C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

régimen de contratación es primordialmente privado, la competencia para hacerlas efectivas sin acudir al juez del contrato.

El concepto de competencia ha sido ampliamente desarrollado y regulado en el ordenamiento jurídico colombiano. La Constitución Política de Colombia señala en su artículo 121 que: “*ARTICULO 121. Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley.*”¹⁴²

Por su parte, el Consejo de Estado ha sostenido que la competencia es el elemento o requisito de validez más importante de la función administrativa:

La competencia de las autoridades estatales, constituye un ingrediente vital del Estado de Derecho que nos rige y del cual es una manifestación el principio de legalidad, que impone límites a las actuaciones de aquellas, consistentes en que los funcionarios estatales sólo pueden hacer aquello para lo cual están expresamente autorizados por la Constitución y la ley; tales limitaciones se presentan desde el punto de vista territorial, temporal o material, según que se refiera al ámbito físico o límites del territorio en el que actúa la respectiva autoridad, o al periodo dentro del cual se deben ejercer las funciones, o a la materia o asuntos sobre los que puede recaer su actuación(...)

De otro lado, **la competencia** (...) constituye el primero y más importante requisito de validez de la actividad administrativa, siendo la incompetencia la regla general, mientras que la competencia es la excepción, ya que se restringe a la que de manera expresa les otorga el ordenamiento jurídico a las distintas autoridades, lo que se explica si se tiene en cuenta que “**la incompetencia** está entronizada en beneficio de los intereses generales de los administrados contra los posibles abusos o excesos de poder de parte de los gobernantes; por esta razón, el vicio de incompetencia no puede sanearse”.

Inclusive, dada la gravedad que representa la ausencia de este requisito en la expedición de los actos administrativos, la Sala, al igual que la doctrina, ha considerado que “...por tratarse del cargo de incompetencia (...) que constituye el vicio más grave de todas las formas de ilegalidad en que puede incurrir el acto administrativo y por el carácter de orden público que revisten las reglas sobre competencia (arts. 121 y 122 Constitución Política), es posible su examen en forma oficiosa por el juzgador”.

¹⁴² CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. Artículo 121.

(...) Específicamente en materia de contratación estatal, campo de actuación de la Administración en el que las competencias también deben estar específicamente determinadas, **ha sido una constante la exigencia del cumplimiento del principio de legalidad en el ámbito de las prerrogativas del Poder Público, a tal punto, que resulta inconcebible el ejercicio de una facultad exorbitante o excepcional que no esté expresamente atribuida por la ley**; se trata pues, de facultades regladas que la Administración debe ejercer de conformidad con los procedimientos establecidos por el ordenamiento jurídico y respetando los límites impuestos por el mismo.” (Negrita por fuera del texto original)¹⁴³

En este orden de ideas, es necesario recordar que el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 otorgó la competencia de imponer multas y hacer efectiva la cláusula penal exclusivamente a las **“entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”**¹⁴⁴, al señalar que éstas *tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones*. De otro lado, al expedir la Ley 1474 de 2011 el legislador fue claro al establecer que **“las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal.”**¹⁴⁵

Así pues, es posible concluir que en tanto el legislador dotó de competencia para hacer efectivas las multas y la cláusula penal de manera directa y por medio de acto administrativo, única y exclusivamente a las entidades estatales sometidas al estatuto general de contratación, todas aquellas entidades que hayan sido excluidas del dicho régimen de contratación carecen de competencia para hacer efectivas las multas y declarar el incumplimiento de las obligaciones contraídas por los contratista para hacer efectiva la cláusula penal. Es claro entonces que podrán pactarlas en los contratos, pero deberán acudir al juez competente para

¹⁴³ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 16 de febrero de 2006, Exp. 13414. C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

¹⁴⁴ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1150 de 2007. Artículo 17

¹⁴⁵ *Ibíd.* Ley 1474. Artículo 86.

hacerlas efectivas.¹⁴⁶

Ahora bien, respecto de las entidades que han sido excluidas del régimen de contratación estatal y que cuentan con regímenes de contratación especial, será necesario analizar si en cada uno de éstos se ha consagrado la competencia para hacer efectivas las multas y la cláusula penal sin necesidad de acudir el juez competente.

Declaratoria del siniestro. La constitución de garantías en los contratos celebrados por las entidades estatales tiene como finalidad principal la salvaguarda del patrimonio público, el cual se puede ver afectado por el incumplimiento de las obligaciones adquiridas por el contratista. Ahora bien, es claro que el detrimento del erario público y el incumplimiento de las obligaciones contraídas por los contratistas, tienen un impacto directo en la satisfacción del interés general, toda vez que su concreción es una de las finalidades de la contratación estatal para lo cual se hace necesario contar con los recursos suficientes que permitan respaldar dichos negocios jurídicos.

El Consejo de Estado ha sostenido al respecto que:

En cumplimiento de las disposiciones legales, los contratos celebrados por las entidades estatales, salvo las excepciones previstas en la norma, deberán contener obligatoriamente una cláusula de garantía con el fin de avalar el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato, es decir, que su inclusión en el contrato es imperativa y no está determinada por la voluntad de las partes, a diferencia de lo que sucede en los contratos entre particulares cuya estipulación tiene carácter dispositivo.

¹⁴⁶ El Consejo de Estado ha proferido sentencias anulando actos administrativos de algunas entidades estatales que, sin contar con competencia, han impuesto multas a los contratistas. Sobre el particular puede consultarse, entre otras: CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera. Sentencia del 30 de julio de 2008, Exp. 21574. C.P. Enrique Gil Botero; Sentencia del 28 de septiembre de 2011, Exp. 15476., C.P Ruth Stella Correa Palacio.

El propósito de dicha garantía no es otra que asegurar la ejecución total y oportuna del objeto contratado y **proteger el patrimonio público del daño que le puede ocasionar el posible incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del particular contratista**, llamado por la Administración a colaborar con los cometidos estatales, los cuales necesariamente involucran el interés público, cláusula que es de forzosa estipulación, a tal punto que si no es pactada en aquellos contratos en los cuales la ley establece su obligatoriedad, se presume incorporada en el respectivo contrato y no podrá ser renunciada por la Administración.

La garantía de cumplimiento del contrato estatal mediante la cual la compañía se seguros se compromete a pagar los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones contraídas por el tomador en virtud de la celebración de un contrato tienen **carácter indemnizatorio** pues su finalidad como ya se dijo es **proteger el patrimonio público del daño que le puede ocasionar el posible incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del particular contratista** y de esta manera evitar que dicho patrimonio se vea afectado o empobrecido.¹⁴⁷ (Negrita por fuera del texto original)

Para hacer efectivas las garantías otorgadas para garantizar determinados riesgos, es necesaria la ocurrencias del siniestro, es decir, *“la realización del riesgo asegurado y, corresponde al asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de la pérdida, si fuere el caso.”*¹⁴⁸

Así pues, la ley 80 de 1993 hizo una pobre referencia a la declaratoria del siniestro por parte de las entidades estatales, limitándose a señalar que *“la declaratoria de caducidad será constitutiva del siniestro de incumplimiento”*¹⁴⁹. Es evidente que la redacción de la norma carece de claridad, y abre la puerta a diferentes interpretaciones respecto de la declaratoria del siniestro, así pues *“a efecto de solucionar las dificultades interpretativas presentadas en vigencia de la Ley 80, la reforma ordena que el incumplimiento sea declarado por la entidad mediante acto administrativo, lo que desde luego rodea tal declaración de la presunción de legalidad que les es propia a los actos administrativos, de la que se sigue su*

¹⁴⁷ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 22 de abril de 2009, Exp. 14667. C.P. Myriam Guerrero de Escobar.

¹⁴⁸ Código de Comercio. Art. 1072 y 1077.

¹⁴⁹ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 80 de 1993. Artículo 18.

imperioso obedecimiento dada la fuerza ejecutoria que lo rodea".¹⁵⁰ En efecto, con la entrada en vigencia de la ley 1150 de 2007, el panorama normativo en cuanto a la declaratoria del siniestro por parte de las entidades estatales fue esclarecido, toda vez que se estableció de forma clara y expresa la competencia en cabeza de las entidades estatales para declarar la ocurrencia del siniestro mediante la expedición de un acto administrativo que así lo declare.

Artículo 7°. De las garantías en la contratación. Los contratistas prestarán garantía única para el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato. Los proponentes prestarán garantía de seriedad de los ofrecimientos hechos.

Las garantías consistirán en pólizas expedidas por compañías de seguros legalmente autorizadas para funcionar en Colombia, en garantías bancarias y en general, en los demás mecanismos de cobertura del riesgo autorizados por el reglamento para el efecto. Tratándose de pólizas, las mismas no expirarán por falta de pago de la prima o por revocatoria unilateral. El Gobierno Nacional señalará las condiciones generales que deberán ser incluidas en las pólizas de cumplimiento de los contratos estatales.

El Gobierno Nacional señalará los criterios que seguirán las entidades para la exigencia de garantías, las clases y niveles de amparo de los riesgos de los contratos, así como los casos en que por las características y complejidad del contrato a celebrar, la garantía pueda ser dividida teniendo en cuenta las etapas o riesgos relativos a la ejecución del respectivo contrato.

El acaecimiento del siniestro que amparan las garantías será comunicado por la entidad pública al respectivo asegurador mediante la notificación del acto administrativo que así lo declare. (...)¹⁵¹ (Negrita por fuera del texto original)

El actual *Sistema de Compras y Contratación Pública* expedido mediante decreto 1510 de 2013 imprime certeza y corrobora la literalidad del artículo 7° de la ley 1150 de 2007:

Artículo 128. Efectividad de las garantías. La Entidad Estatal debe hacer efectivas las garantías previstas en este capítulo así:

¹⁵⁰ SUÁREZ BELTRÁN, Gonzalo. Reforma al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Bogotá: Legis Editores S.A., 2007.

¹⁵¹ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1150 de 2007. Artículo 7

Por medio del acto administrativo en el cual la Entidad Estatal declare la caducidad del contrato y ordene el pago al contratista y al garante, bien sea de la cláusula penal o de los perjuicios que ha cuantificado. **El acto administrativo de caducidad constituye el siniestro.**

Por medio del acto administrativo en el cual la Entidad Estatal impone multas, debe ordenar el pago al contratista y al garante. **El acto administrativo correspondiente constituye el siniestro.**

Por medio del acto administrativo en el cual la Entidad Estatal declare el incumplimiento, puede hacer efectiva la cláusula penal, si está pactada en el contrato, y ordenar su pago al contratista y al garante. El acto administrativo correspondiente es la reclamación para la compañía de seguros.¹⁵² (Negrita por fuera del texto original)

Frente al inciso tercero del artículo transcrito es necesario preguntarse ¿Por qué en este caso el acto administrativo que declare el incumplimiento no es constitutivo del siniestro? Sea cual sea la razón, el texto legal es claro y tratándose de la declaratoria de incumplimiento tendiente a obtener el cobro de la cláusula penal, será necesario iniciar la respectiva reclamación ante la aseguradora.

2.2.2.3 Competencia para pactarlas y aplicarlas

El Consejo de Estado ha señalado, respecto a la normativa vigente en materia de declaratoria de siniestros, que:

“En relación con las prerrogativas que posee la Administración frente a las garantías contractuales, también resulta pertinente establecer, como lo ha señalado la jurisprudencia de la Sala, que en materia de contratación estatal no aplica el procedimiento previsto en los artículos 1075 y 1077 del Código de Comercio, relativos a la reclamación por parte del asegurado y a la objeción que puede formularle el asegurador, toda vez que tal reclamación se sule a través de la expedición de un acto administrativo mediante el cual la Administración

¹⁵² PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 1510 de 2013. Artículo 128.

*unilateralmente declara ocurrido el siniestro y ordena la efectividad de las garantías sin la aquiescencia del asegurador, decisión que puede ser impugnada por éste y también por el contratista, administrativa y judicialmente.*¹⁵³

Realizando una lectura integral que permita armonizar la aplicación de las normas contenidas en la Ley 1150 de 2007 y en el Decreto 1510 de 2013, es posible concluir que las entidades estatales sometidas al estatuto general de contratación, se erigen como destinatarias únicas de la competencia para declarar de forma unilateral los siniestros.

La anterior conclusión se deriva del tenor del artículo 128 del Decreto 1510 de 2013, toda vez que éste señala que **el acto administrativo por medio del cual se declare la caducidad será constitutivo del siniestro**, en el mismo sentido, **el acto administrativo por medio del cual se imponga una multa, será constitutivo del siniestro**. Así las cosas, y teniendo en cuenta que las entidades estatales excluidas del Estatuto General de Contratación, carecen de competencia para declarar la caducidad, imponer multas y hacer efectiva la cláusula penal, se verán impedidas para declarar los siniestros, toda vez que los actos administrativos por medio de los cuales se impongan multas, se declare la caducidad o se declare el incumplimiento para hacer efectiva la cláusula penal adolecerán de nulidad por objeto ilícito.

Así pues, las normas en materia de declaratoria de siniestro limitan su aplicación a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación, toda vez que son las únicas que cuentan con competencia para dictar los actos administrativos constitutivos del mismo.

¹⁵³ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 22 de abril de 2009, Exp. 14667. C.P. Myriam Guerrero de Escobar.

Ahora bien, reiteramos que en caso tal que alguna de las entidades estatales excluidas del Estatuto General de Contratación, cuente con un régimen especial el cual la autorice declarar la caducidad, imponer multas o declarar el incumplimiento contractual en aras de hacer efectiva la cláusula penal, podrá declarar el siniestro, toda vez que contaría con competencia para emitir válidamente el acto administrativo constitutivo del siniestro.

Liquidación unilateral del contrato. La terminación de los contratos, sea por causas normales como el vencimiento del plazo, o anormales como la declaratoria de caducidad, requieren de un balance que permita fijar un estado de cuentas final de la ejecución del contrato donde se establezcan los acuerdos, multas, saldos pendientes, conciliaciones etc., para lograr concluir a cabalidad la relación contractual. Para lograr esta finalidad, el legislador creó la figura jurídica que denominó liquidación del contrato, respecto a la cual ha señalado el Consejo de Estado que:

En relación con la liquidación del contrato, como reiteradamente lo ha sostenido la jurisprudencia, la misma consiste en una actuación tendiente a establecer el resultado final de la ejecución contractual, en cuanto al cumplimiento de las prestaciones a cargo del contratista, los pagos efectuados por la entidad contratante, los saldos pendientes, las mutuas reclamaciones entre las partes, las transacciones y conciliaciones logradas, etc., y de esta manera finiquitar la relación negocial.¹⁵⁴

La consagración legal de la liquidación del contrato se encuentra principalmente en el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, parcialmente derogado por la Ley 1150 de 2007 y, modificado por el Decreto 19 de 2012:

Ley 80 de 1993. Artículo 60. De la ocurrencia y contenido de la liquidación. Los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, serán objeto de liquidación.

¹⁵⁴ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, Subsección B. Sentencia del 29 de febrero de 2012, Exp. 16371. C.P. Danilo Rojas Betancourth.

También en esta etapa las partes acordarán los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar.

En el acta de liquidación constarán los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo.

Para la liquidación se exigirá al contratista la extensión o ampliación, si es del caso, de la garantía del contrato a la estabilidad de la obra, a la calidad del bien o servicio suministrado, a la provisión de repuestos y accesorios, al pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones, a la responsabilidad civil y, en general, para avalar las obligaciones que deba cumplir con posterioridad a la extinción del contrato.

La liquidación a que se refiere el presente artículo no será obligatoria en los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión.¹⁵⁵

En cuanto a la oportunidad para la liquidación señala la Ley 1150 de 2007 que:

Artículo 11. Del plazo para la liquidación de los contratos. La liquidación de los contratos se hará de mutuo acuerdo dentro del término fijado en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, o dentro del que acuerden las partes para el efecto. De no existir tal término, la liquidación se realizará dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la expiración del término previsto para la ejecución del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga.

En aquellos casos en que el contratista no se presente a la liquidación previa notificación o convocatoria que le haga la entidad, o las partes no lleguen a un acuerdo sobre su contenido, la entidad tendrá la facultad de liquidar en forma unilateral dentro de los dos (2) meses siguientes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 136 del C. C. A.

Si vencido el plazo anteriormente establecido no se ha realizado la liquidación, la misma podrá ser realizada en cualquier tiempo dentro de los dos años siguientes al vencimiento del término a que se refieren los incisos anteriores, de mutuo acuerdo o unilateralmente, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 136 del C. C. A.

Los contratistas tendrán derecho a efectuar salvedades a la liquidación por mutuo acuerdo, y en este evento la liquidación unilateral solo procederá en relación con los aspectos que no hayan sido objeto de acuerdo.¹⁵⁶

¹⁵⁵ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 80 de 1993. Artículo 60.

¹⁵⁶ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1150 de 2007. Artículo 11

De las normas transcritas es posible concluir la existencia de tres modalidades de liquidación del contrato: la primera, por mutuo acuerdo entre las partes; la segunda, de forma unilateral por parte de la entidad contratante y, por último, la liquidación judicial del contrato. *“En la primera, son las partes las llamadas a finiquitar el negocio estatal. En la segunda, es directamente la administración y sólo cuando se den los supuestos de ley, que podrá imponer unilateralmente esa liquidación. Y finalmente, la tercera, es cuando se acude ante el juez natural del contrato para que sea él quien establezca esa liquidación definitiva del contrato estatal”*¹⁵⁷

La liquidación unilateral del contrato procede en dos eventos: el primero, cuando el contratista no concurre a la liquidación bilateral del contrato habiendo sido citado por la entidad contratante y, el segundo, cuando no es posible llegar a un acuerdo liquidatorio pese a contar con la presencia del contratista.

Respecto a la posibilidad de liquidar unilateralmente el contrato, el Consejo de Estado ha establecido que ésta no es una facultad excepcional de las entidades estatales y, valga la pena señalar, no ha sido catalogada de esa manera por la legislación.

Los poderes exorbitantes de la entidad administrativa contratante (...) miran a la correcta ejecución del contrato y se encuentran limitados por ese fin. Para ello puede dar órdenes, imponer multas para presionar o impulsar esa ejecución, interpretar cláusulas en cuyo entendimiento existan discrepancias, y si estas medidas coercitivas no logran el fin buscado podrá sustituir el contrato, ejecutándolo directamente o haciéndolo ejecutar por otro y hasta terminarlo, cuando el incumplimiento sea de tal envergadura que haga imposible su ejecución o cause perjuicios a la entidad pública (...)

¹⁵⁷ RODRÍGUEZ TAMAYO. Óp. Cit.

Dentro de este marco conceptual, la actividad de la administración en la liquidación del contrato no constituiría siquiera un poder exorbitante pues no tiene la finalidad indicada, pero suele también dársele esa calificación sólo por el carácter de unilateral que puede tener cuando aquélla procede a adelantarla cuando el contratista no colabora para llevarla a cabo o habiéndole hecho no aprueba las conclusiones a las que se llega (...)¹⁵⁸

2.2.2.4 Competencia para pactarlas y aplicarlas Si bien el Consejo de Estado ha establecido que la liquidación unilateral del contrato no se erige como una cláusula excepcional; es dable concluir que tan sólo las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación son destinatarias de dicha facultad o privilegio, toda vez que a las entidades que han sido excluidas de su aplicación, no les ha sido otorgada la competencia para efectuar de forma unilateral, la liquidación de los contratos.

Ahora bien, consideramos que atendiendo a la finalidad misma de la norma, cuál es fijar el estado final de cuentas entre la entidad estatal contratante y el contratista para no permanecer en la incertidumbre jurídica de no liquidar un contrato, todas las entidades estatales, con independencia de su régimen, deberían estar dotadas de competencia para liquidar unilateralmente los contratos si se dan los presupuestos consagrados en las normas.

Debe decirse que, respecto a la posibilidad de liquidar unilateralmente el contrato, el Consejo de Estado ha establecido que ésta no es una facultad exorbitante de las entidades estatales:

Los poderes exorbitantes de la entidad administrativa contratante (...) miran a la correcta ejecución del contrato y se encuentran limitados por ese fin. Para ello puede dar órdenes, imponer multas para presionar o impulsar esa ejecución, interpretar cláusulas en cuyo entendimiento existan discrepancias, y si estas medidas coercitivas no logran el fin buscado podrá sustituir el

¹⁵⁸ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 18 de junio de 2008, Exp. 29290. C.P. Carlos Betancur Jaramillo

contrato, ejecutándolo directamente o haciéndolo ejecutar por otro y hasta terminarlo, cuando el incumplimiento sea de tal envergadura que haga imposible su ejecución o cause perjuicios a la entidad pública (...)

Dentro de este marco conceptual, la actividad de la administración en la liquidación del contrato no constituiría siquiera un poder exorbitante pues no tiene la finalidad indicada, pero suele también dársele esa calificación sólo por el carácter de unilateral que puede tener cuando aquélla procede a adelantarla cuando el contratista no colabora para llevarla a cabo o habiéndole hecho no aprueba las conclusiones a las que se llega (...)¹⁵⁹

Compartimos la posición sostenida por el Consejo de Estado por cuanto consideramos que la finalidad de la liquidación unilateral de los contratos no está encaminada a lograr los fines estatales ni a salvaguardar la prestación de los servicios públicos a su cargo, circunstancias que son, como lo hemos venido sosteniendo, la razón que justifica la existencia de facultades exorbitantes en cabeza de las entidades estatales, sin embargo, mantenemos su clasificación como cláusula exorbitante de privilegio por la unilateralidad que caracteriza su declaratoria y sobre todo, con base en su naturaleza de prerrogativa pública, en consonancia con la jurisprudencia del Consejo de Estado.

¹⁵⁹ *Ibíd.*

2.3 LA CLÁUSULA DE TERMINACIÓN UNILATERAL POR INCUMPLIMIENTO DE CARÁCTER CONVENCIONAL

2.3.1 Definición

Puede afirmarse de manera general que la intención de las partes al suscribir un contrato es cumplir con las obligaciones adquiridas para realizar la finalidad del mismo, sin embargo, con más frecuencia de lo que podría pensarse, este propósito inicial se desvía por diferentes razones, algunas veces imputables a las partes, otras no, situándolas frente a la necesidad de terminar prematuramente el contrato, impidiendo así que éste, el contrato, cumpla la finalidad para la cual fue celebrado. En este orden de ideas, la terminación unilateral del contrato es uno de los mecanismos anticipados y anormales de extinción de las obligaciones contenidas en el acuerdo de voluntades.

Lo anterior pareciera señalar que la terminación unilateral del contrato, en el derecho privado, es una figura nociva y ajena a la legalidad, sin embargo, este mecanismo de terminación anormal de los contratos goza de total validez y ha sido desarrollado por la doctrina y por la jurisprudencia y, su fundamento es, en principio, el mismo que permite a las partes contratar: la autonomía de la voluntad.

Justamente, la autonomía privada en cuanto libertad contractual, comporta el razonable reconocimiento legal a toda persona de un cúmulo de poderes o facultades proyectadas en la posibilidad de disponer o abstenerse de la disposición (libertad de contratar o no contratar), seleccionar el sujeto con quien dispone (libertad de elegir parte o contratante), escoger o crear el tipo contractual (libertad de optar en el catálogo legis o en los usos y prácticas sociales por la especie singular de contrato o crearlo), celebrarlo de inmediato o previo agotamiento de una fase formativa (libertad de celebrar el contrato en forma inmediata o progresiva), hacerlo directamente o por mandatario, representante o apoderado, expresar el acto dispositivo (libertad de expresión o de forma), determinar el contenido (libertad de estipular el contenido), asegurar el cumplimiento, prevenir la terminación o disponerla, y garantizar, atenuar o ampliar la responsabilidad.¹⁶⁰

¹⁶⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 30 de Agosto de 2011, Exp. 1947. C.P Vargas, William Namén.

Respecto a la terminación unilateral de carácter convencional, también conocida como cláusula resolutoria expresa, ha sostenido la Corte Suprema de Justicia que:

Las cláusulas resolutorias expresas, según denota la expresión, resuelven, y por tanto, terminan el contrato. Las más usuales conciernen al incumplimiento de obligaciones precisas y confieren a la parte cumplida o presta al cumplimiento el derecho a terminarlo por decisión autónoma y potestativa en cuanto su ejercicio depende de la exclusiva decisión de la parte interesada cuando se verifica. Sin embargo, la cláusula resolutoria también podrá referir a hipótesis diferentes al incumplimiento.¹⁶¹

Es posible afirmar entonces, que *“la terminación unilateral es un acto jurídico unilateral y recepticio del que se sirve la parte contractual que se ha visto perturbada por el incumplimiento del contrato para poner fin al mismo. De lo anterior concluye el abogado e investigador Ranfer Molina Morales que la naturaleza jurídica de la terminación unilateral por incumplimiento equivale a una “especie de condición resolutoria ordinaria (...). Así las cosas, la cláusula de terminación unilateral es una condición resolutoria positiva (que ocurra un hecho: el incumplimiento) y potestativa (depende de la voluntad del deudor), con una particularidad y es que da lugar a la indemnización de perjuicios, a diferencia de otras condiciones resolutorias.”*¹⁶²

La terminación unilateral por incumplimiento de carácter convencional parece, a primera vista, casi idéntica la cláusula exorbitante de caducidad, toda vez que ésta última permite a la entidad contratante llevar a cabo la terminación unilateral de los contratos por incumplimiento originado en la actuación del contratista, por lo anterior, es necesario evidenciar las principales diferencias entre la cláusula de terminación unilateral por incumplimiento de carácter convencional y la cláusula excepcional de caducidad.

¹⁶¹ *Ibíd.*

¹⁶² MOLINA MORALES, Ranfer. La terminación unilateral del contrato por incumplimiento. En: Revista de derecho privado, 2009. Editorial Universidad Externado de Colombia, nro. 17. p. 77-105. ISSN 0123-4366.

2.3.2 Diferencias entre la caducidad y la terminación unilateral por incumplimiento de carácter convencional

A continuación enunciamos, las que a nuestro parecer, se erigen como las diferencias más relevantes entre la cláusula de terminación unilateral por incumplimiento de carácter convencional y la cláusula excepcional de caducidad:

- Aunque ambas cláusulas dan por terminado el contrato en caso de incumplimiento, se trata de incumplimientos diferentes: en la cláusula excepcional de caducidad, el legislador ha establecido que el incumplimiento debe afectar de manera grave y directa la ejecución del contrato, amenazando su paralización, lo que tiene como consecuencia última la afectación grave de la prestación de los servicios públicos, por su parte, la cláusula de terminación unilateral convencional está circunscrita a aquellas causales pactadas de forma expresa en el contrato, siempre y cuando el incumplimiento sea ostensible. Al respecto la Corte Suprema de Justicia, ha establecido que: *“De igual manera, su ejercicio (el de la terminación unilateral por cláusula resolutoria expresa) presupone un incumplimiento cierto, ostensible, evidente e incontestable de las obligaciones individualizadas, no de otras, y de tal gravedad, magnitud, relevancia, significación o importancia, por cuanto no cualquier inobservancia de los deberes de conducta justifica la resolución.”*¹⁶³
- La cláusula de caducidad, a diferencia de la terminación unilateral convencional, es una cláusula, como se mencionó en el capítulo cuarto, de carácter sancionatorio, pues una vez terminado y liquidado el contrato, se genera una inhabilidad para el contratista, que le impedirá participar en licitaciones o concursos ante cualquier entidad estatal así como celebrar contratos con cualquiera de dichas entidades estatales por un término de

¹⁶³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 30 de Agosto de 2011, Exp. 1947C.P Vargas, William Namén.

cinco años, y, lo obligará a ceder los contratos estatales que ya hubiere celebrado o renunciar a su participación en los mismos si dicha cesión no fuere posible.¹⁶⁴

Por su parte, la terminación unilateral convencional por incumplimiento, carece de carácter sancionatorio y tiene una virtual finalidad indemnizatoria, toda vez que terminado el contrato, la parte que decidió finiquitar la relación contractual queda facultada para reclamar judicialmente la indemnización de perjuicios a que tenga derecho.

- Adicional a lo anterior, la cláusula de caducidad se diferencia de la terminación unilateral convencional, pues el acto administrativo que declara la caducidad es constitutivo del siniestro y, además permite hacer efectiva la cláusula penal. Por su parte, una vez terminado el contrato en virtud de la cláusula convencional, será necesario acudir al juez competente para que haga efectiva la cláusula penal y, para que declare el siniestro, esto último si la aseguradora ha objetado la reclamación.

2.3.3 Validez de la cláusula de terminación unilateral por incumplimiento

Mucho se ha debatido sobre la validez de la cláusula de terminación unilateral por incumplimiento en los contratos entre particulares. *“Sobre dicha cláusula se ha dicho en Colombia que no es válida porque contraviene la fuerza obligatoria del contrato, porque no está prevista dentro de los modos de extinción de las obligaciones del artículo 1625 del Código Civil y porque sería una condición meramente potestativa, prohibida por el artículo 1535 de dicho código.”*¹⁶⁵

Pese a las críticas de las que es objeto la terminación unilateral del contrato, la Corte Suprema de Justicia ha establecido que el pacto de la cláusula de

¹⁶⁴ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 80 de 1993. Artículos 8 y 9.

¹⁶⁵ MOLINA MORALES, Óp. Cít.

terminación unilateral en los contratos es completamente válida, lícita y ajustada al orden jurídico, toda vez que no contraviene el orden público y no hay norma que la prohíba de forma expresa, sin perjuicio del control judicial posterior de que pueda ser objeto.

La cláusula resolutoria expresa por la cual se estipula la terminación unilateral ipso jure del contrato, es elemento accidental (*accidentalia negotii*), presupone pacto expreso, claro e inequívoco de las partes, y en principio, se estima ajustado a derecho, válido y lícito (cas. civ. sentencias de 31 de mayo de 1892, VII, 243; 3 de septiembre de 1941, LII, 1966, 36 y ss.; 23 de febrero de 1961, XCIV, 549) pero susceptible de control judicial posterior, en su origen, contenido y ejercicio.¹⁶⁶

Para estimar la validez de la cláusula, el Alto Tribunal de la jurisdicción ordinaria, ha desarrollado una serie de criterios y características que debe cumplir el pacto de terminación unilateral del contrato, las cuales se describen a continuación:

- Se debe establecer de forma clara y precisa las obligaciones que incumplidas darán lugar a la terminación unilateral del contrato, es decir, no basta con una enunciación genérica o en bloque de las mismas. En palabras de la Corte Suprema de Justicia es necesario *“singularizar, precisar, especificar, concretar e individualizar en forma clara y expresa, la obligación, sea legal o contractual, ya principal o accesoria, como corresponde a lo expreso y a la trascendencia del incumplimiento.”*¹⁶⁷
- En principio la facultad de terminar el contrato debe ser recíproca, es decir, todas las partes del contrato deben quedar facultadas para ejercerla. En caso tal que ese pacto se realice en beneficio de una sola de las partes, se debe acordar un procedimiento, que iniciando un preaviso, le permita a la parte incumplida subsanar dicha situación dentro de un término razonable so pena de que opere la terminación. Así pues, el Máximo Tribunal de la

¹⁶⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 30 de Agosto de 2011. Exp. 1947. C.P Vargas, William Namén.

¹⁶⁷ Ibid.

jurisdicción ordinaria suspendida la validez de la cláusula de terminación a *“la reciprocidad de la facultad para ambas partes o, estipulada para una, a un preaviso razonable de quien la ejerce dando a conocer a la otra el incumplimiento preciso, su derecho a subsanarlo antes de vencer el término y la terminación al expirar cuando no rectifica su conducta según corresponde a la probidad o corrección exigible, el principio de la conservación del acto, su utilidad y la gravedad de aquél.”*¹⁶⁸

- Para ejercer la facultad de terminación unilateral la parte que pretenda hacerlo debe haber cumplido con sus obligaciones o, haberse allanado al cumplimiento de las mismas.
- Como cuarta característica señala la Corte que su *“ejercicio presupone un incumplimiento cierto, ostensible, evidente e incontestable de las obligaciones individualizadas, no de otras, y de tal gravedad, magnitud, relevancia, significación o importancia, por cuanto no cualquier inobservancia de los deberes de conducta justifica la resolución.”*¹⁶⁹
- El ejercicio de la facultad de terminación unilateral encuentra un su límite en la buena fe y el abuso del derecho.
- Finalmente, y adelantándonos a la conclusión, *“la eficacia y el ejercicio de esta prerrogativa, es controlable [a posteriori] por los jueces.”*¹⁷⁰

Para el ejercicio de la terminación unilateral de los contratos entre particulares, no se requiere la intervención judicial, toda vez que *“al ejercerse la facultad de terminación unilateral termina el contrato ipso jure sin intervención judicial. No*

¹⁶⁸ Ibid.

¹⁶⁹ Ibid.

¹⁷⁰ Ibid.

*obstante, existiendo disputa, las partes pueden acudir a la jurisdicción, lo que descarta tomar justicia por mano propia.*¹⁷¹

Clarificado el concepto, las características y el alcance de la terminación unilateral en el derecho privado, procedemos a determinar si el ejercicio de dicha facultad en los contratos estatales es viable, determinando si las entidades estatales tiene competencia para pactarla y competencia para ejercerla de forma directa, esto es, sin intervención del juez natural del contrato.

2.3.4 La terminación unilateral por incumplimiento de carácter convencional en los contratos estatales

Tomando como punto de partida la agrupación desarrollada por el Consejo de Estado en sentencia proferida el 9 de mayo de 2012 con ponencia del Consejero Mauricio Fajardo, se dividirá el análisis de la competencia para pactar y hacer efectiva la cláusula de terminación unilateral por incumplimiento de carácter convencional en dos grupos: el primer grupo estará conformado por los contratos de las entidades estatales en las cuales el pacto de cláusulas excepcionales al derecho común es obligatorio y aquellos en los que el pacto de cláusulas excepcionales es facultativo pero se ha decidido incluirlas; del segundo grupo harán parte los contratos estatales en los cuales la inclusión de cláusulas exorbitantes es potestativo y se opta por no incluirlas, los contratos en los que está prohibida su inclusión o la ley ha guardado silencio y, los contratos estatales sometidos a derecho privado.¹⁷²

Previo al desarrollo de la clasificación, debe recordarse que la Ley 80 de 1993 remite al derecho privado como normatividad aplicable a los contratos celebrados

¹⁷¹ Ibid.

¹⁷² Hemos introducido una variación a la clasificación que propone el Consejo de Estado, en aras de lograr mayor claridad.

por las entidades estatales, aplicando en todo caso, y de forma preferente, las disposiciones consagradas en el Estatuto General de Contratación:

*Artículo 13. Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2 del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta Ley.*¹⁷³

Con ocasión de la demanda de inconstitucionalidad promovida contra los incisos 2º, 3º y 4º del artículo 13 de la ley 80 de 1993, la Corte Constitucional señaló que:

(...) conforme al primer inciso del artículo acusado le corresponde al operador jurídico realizar una labor de interpretación sistemática en orden a la aplicación de las reglas pertinentes, que bien pueden corresponder simultáneamente a las de la ley 80 de 1993 y a las de los códigos de comercio y civil; sin que por otra parte ello pueda llegar a propiciar algún tipo de intangibilidad o dispensa frente a los controles estatales que la Constitución y la ley estipulan en torno al gasto público. Consecuentemente, cada hipótesis contractual del Estado es susceptible de gobernarse por principios y reglas tanto de orden público como de orden privado, donde la intensidad de la preeminencia del primero sobre el segundo dependerá del grado de regulación normativa que el Estatuto Contractual Estatal establezca para el respectivo caso. Y al decir Estatuto Contractual Estatal debe entenderse la ley 80 de 1993 junto con todas las demás disposiciones que válidamente la complementan, modifican y derogan.¹⁷⁴

2.3.4.1 Contratos estatales en los cuáles la inclusión de cláusulas excepcionales resulta forzosa y, contratos estatales en los cuales la inclusión de cláusulas exorbitantes es potestativa, pero se ha decidido incluirlas.

En la celebración de ciertos contratos estatales, como ya se indicó, es forzosa, obligatoria e imperativa la inclusión de cláusulas exorbitantes que le permiten a la Entidad Estatal contratante ejercer en forma adecuada la dirección, vigilancia y control de los contratos que celebre. Así pues, la entidad cuenta con herramientas

¹⁷³ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 80 de 1993. Artículo 13

¹⁷⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena. Sentencia C 249 de 16 de marzo de 2004, Exp. D-4869. M.P. Jaime Araujo Rentería.

jurídicas para enfrentar eventuales incumplimientos en los que incurra el contratista, herramientas que por cierto, son de orden legal, imperativo y exorbitante. Es decir, el legislador se encargó de regular de forma precisa las vías u opciones de las que puede valerse la entidad para hacer frente al incumplimiento de los contratistas, así que adolecerían de nulidad las cláusulas que pretendan modificar en cualquier sentido la competencia emanada de la ley para regular o dar por terminado un contrato.

En palabras del Consejo de Estado, postura que compartimos por considerarla lógica y coherente,

... en los contratos de este primer grupo resulta abiertamente improcedente incluir, por estipulación de las partes, cláusulas que de manera convencional habiliten a las partes para poner fin al vínculo contractual de forma unilateral en cualquier momento de su ejecución, distintas de las cláusulas excepcionales expresamente previstas y reguladas en la Ley 80; porque las entidades públicas y los contratistas no se encuentran en un pie de igualdad comoquiera que el legislador expresamente dispone que las Entidades Estatales Contratantes ocupen y mantengan en una situación de superioridad al asignarles, como facultad y deber a la vez, “la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y la vigilancia de la ejecución del contrato”, asignación en cuyo desarrollo les consagra determinadas prerrogativas excepcionales –incluidas las de terminación unilateral y la de caducidad administrativa del contrato– con “el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata y adecuada prestación” de los mismos.

En este orden de ideas, si la entidad pública se encuentra investida legalmente de una facultad excepcional que le permite o incluso le impone, en los casos contemplados y autorizados por la ley y con sujeción a las exigencias expresamente determinadas en las normas, dar por terminado unilateralmente el contrato, mal podrían las partes modificar, condicionar o ampliar, por vía convencional, esa regulación de Derecho Público; debe recordarse que el ejercicio de estas potestades excepcionales se encuentra consagrada dentro de un marco de competencias definidas expresamente por el legislador.¹⁷⁵

¹⁷⁵ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 9 de mayo de 2012, Exp. 20968. C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

Con todo, será nula la cláusula que consagre de forma convencional la terminación unilateral por incumplimiento de los contratos en los que se imponga forzosamente la inclusión de cláusulas excepcionales, lo anterior por tratarse de una competencia reglada que no puede ser modificada por la simple voluntad de las partes y, que en última instancia, cuenta con una figura, en cierto sentido análoga, cual es, la caducidad del contrato.

Por las mismas razones antes expuestas, concluye el Consejo de Estado que no resulta jurídicamente aceptable el pacto convencional de terminación unilateral por incumplimiento en aquellos contratos en los cuales se ha decidido incluir cláusulas excepcionales al derecho privado, siendo estas últimas meramente facultativas, más no de inclusión forzosa. Lo mismo deberá tenerse en cuenta para los contratos que celebren las entidades públicas excluidas del estatuto general de contratación cuando sus regímenes especiales les impongan la inclusión contractual de las cláusulas exorbitantes o, cuando dichas entidades decidan, de forma voluntaria, incluirlas por contar con autorización legal para ello. En este orden de ideas, “*resultan inadmisibles convenciones adicionales que signifiquen la inaceptable modificación, por vía contractual, del régimen legal que regula esas prerrogativas.*”¹⁷⁶

Al no superar el análisis de la competencia para pactar la cláusula, resulta inoficioso analizar si hay competencia para hacerla efectiva de forma directa, pues el ejercicio de la facultad convencional de terminación unilateral en los referidos contratos resultaría abiertamente ilegal.

¹⁷⁶ *Ibíd.*

2.3.4.2 Contratos estatales en los cuales la inclusión de cláusulas exorbitantes es potestativa y se opta por no incluirlas, contratos estatales en los que se ha prohibido la inclusión de las cláusulas excepcionales y, contratos estatales sometidos de forma preferente al derecho privado

Al no estar incluidas en este tipo de contratos cláusulas excepcionales al derecho común, se desprende que no hay en el contrato régimen alguno que regule la terminación unilateral del contrato, por lo que resulta necesario establecer una herramienta que permita a la entidad hacer frente a los posibles incumplimientos en que incurra el contratista. De no existir una figura como la terminación unilateral por incumplimiento, la entidad estatal se vería avocada a soportar el incumplimiento hasta la terminación por el advenimiento del plazo o peor aún, hasta demandar ante el juez natural del contrato para que sea éste, quien tras un largo y engorroso proceso, declare probado el incumplimiento del contratista. Ahora bien, posiblemente antes de obtener un fallo de primera instancia, es dable que haya operado la terminación del contrato por la finalización del plazo de ejecución del mismo.

Con lo anterior, permitir que la entidad estatal se vea ligada al contratista incluso en situaciones constitutivas de incumplimiento de este último, pone evidentemente en jaque, la materialización de los fines del Estado y la prestación efectiva de los servicios públicos a su cargo. Adicionalmente, no hay norma que prohíba el pacto de la terminación unilateral dentro de este tipo de contrato, más aún, el mismo articulado de la Ley 80 de 1993, abre las puertas para que ésta figura sea incluida en los contratos, según lo dispuesto en los artículos 13 y 40 de dicho cuerpo normativo, los cuales en su orden establecen: Artículo **13°.- De la Normatividad Aplicable a los Contratos Estatales. Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2 del presente estatuto se regirán por las disposiciones**

*comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta Ley.*¹⁷⁷

Artículo 40°.- Del Contenido del Contrato Estatal. Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta Ley, correspondan a su esencia y naturaleza.

Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales.

En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta Ley y a los de la buena administración.¹⁷⁸

Como se observa, las entidades estatales pueden pactar las cláusulas que a bien tengan siempre y cuando éstas no contravengan el orden público, la ley y los principios y finalidades del estatuto general de contratación.

En este punto del análisis y en aras de determinar si es posible o no hacer efectiva la terminación de manera unilateral y sin necesidad de intervención judicial, es necesario establecer si la terminación unilateral convencional comporta el ejercicio de una exorbitancia.

Como fue mencionado en la introducción del estudio, son dos las características estructurales de una exorbitancia, de una lado, debe ser una manifestación unilateral de voluntad que produzca efectos jurídicos, y de otro, debe constituir la ***“concreción del ejercicio de una prerrogativa pública, es decir de una prerrogativa de un sujeto de derecho (público por regla general y privado excepcionalmente) que debe ser contemplada por el ordenamiento jurídico en***

¹⁷⁷ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 80 de 1993. Artículo 13

¹⁷⁸ *Ibíd.* Artículo 40

*virtud de la realización de los fines del Estado que se ve comprometida directamente con su actividad.*¹⁷⁹ (Negrita por fuera del texto original)

Claramente, la terminación unilateral del contrato comporta, como su propio nombre lo indica, una manifestación unilateral de voluntad tendiente a producir efectos jurídicos. Ahora bien, como se mencionó al inicio del estudio, los particulares realizan manifestaciones unilaterales de voluntad que alteran la situación jurídica de sus destinatarios, sin que pueda decirse que estamos frente al ejercicio de una exorbitancia, toda vez que no cumple con el segundo requisito, es decir, ser la materialización del ejercicio de una prerrogativa pública.

De otro lado, es necesario precisar que la terminación unilateral convencional no constituye el ejercicio de una prerrogativa pública toda vez que no ha sido consagrada como tal por el derecho público, es decir, el ordenamiento jurídico no le ha otorgado a las entidades estatales contratantes la facultad de terminar unilateralmente el contrato por razones distintas a las consagradas en los artículos 17, 18 y 45 de la Ley 80 de 1993, así pues, el poder de autotutela, en cuanto a la terminación unilateral de los contratos, se restringe a los supuestos legales ya mencionados. Por el contrario, se trata de una facultad reconocida como válida en las relaciones entre particulares.

Con lo anterior, queda claro que el ejercicio de la terminación unilateral convencional no comporta el ejercicio de un poder o facultad exorbitante.

Como ya se mencionó, el legislador ha abierto las puertas para que las entidades estatales apliquen en los contratos que celebran, normas y acuerdos de derecho privado, siempre y cuando no resulten contrarias a *“la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta Ley y a los de la buena*

¹⁷⁹ CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 30 de julio de 2008, Exp. 21574. C.P. Enrique Gil Botero.

*administración.*¹⁸⁰ La terminación unilateral convencional, especialmente por incumplimiento, permite, sin ser una facultad exorbitante, proteger el orden jurídico y lograr los fines del Estado, toda vez que se puede hacer frente al incumplimiento en que incurra el contratista, evitando que se afecten los fines que pretenden lograr las entidades estatales al contratar.

No existe además prohibición legal que impida a las entidades estatales pactar en los contratos que hacen parte de este grupo, la terminación unilateral convencional, muy por el contrario, como se indicó, es la misma ley 80 de 1993 la que autoriza la aplicación del derecho civil y comercial a los contratos estatales, respetando siempre las estipulaciones del Estatuto General de Contratación.

No se observa entonces, en principio, un límite jurídico que impida el pacto de la terminación unilateral por incumplimiento en este grupo de contratos, por el contrario, su pacto lo encontramos ajustado a derecho con fundamento en la autonomía de la voluntad y en la configuración, lucha y concreción del cumplimiento de los fines del Estado, de la protección del erario público y de la prestación de los servicios públicos, puesto que incumplido el contrato la entidad estatal contará con un mecanismo, que como lo señaló la Corte Suprema de Justicia, opera de pleno derecho, para dejar sin efectos el contrato, esto es, para aniquilarlo o terminarlo de forma definitiva.

Consideramos que la validez de la cláusula de terminación unilateral convencional, así como su ejercicio dependerá del estricto cumplimiento de los criterios fijados por la Corte Suprema de Justicia, y que fueron ya desarrollados.

¹⁸⁰ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 80 de 1993. Artículo 40

Adicional a lo anterior, deberá analizarse en cada caso concreto...

... los alcances del respectivo contrato; las finalidades que se busca satisfacer con su celebración y ejecución, así como la aplicación, que siempre tendrá lugar, de los Principios Constitucionales que deben orientar y a los que se encuentra sometida toda la actividad del Estado, incluida, claro está, la función administrativa que comprende las actividades de naturaleza contractual.(...) Si al realizar el análisis específico que demanda cada caso se concluye que resulta legalmente procedente la estipulación de facultades contractuales para la terminación unilateral del contrato (...) de todas maneras deberán observarse, según se dejó expuesto, tanto los aludidos Principios de Igualdad y Moralidad, como la limitación derivada de la imposibilidad de que dicha estipulación pueda tenerse como válida si es el resultado de la imposición abusiva de una de las partes del contrato o, peor aun, si su ejercicio se encamina a ejercer y servir, precisamente, para configurar alguna forma o modalidad de abuso del derecho.¹⁸¹

En conclusión, en los contratos de las entidades estatales que hacen parte de este grupo, los cuales debe decirse, son la gran mayoría, es completamente válido y legal el pacto de la cláusula de terminación unilateral, la cual será ejercida de forma directa, es decir, sin necesidad de acudir ante el juez competente para que se declare la terminación, sin que esto implique la expedición de un acto administrativo. Ahora bien, se erigen como límites al pacto contractual, el cumplimiento de los requisitos desarrollados por la Corte Suprema de Justicia, el orden público, el interés general, los principios que rigen la actividad estatal, en particular los principios de la función administrativa y, en todo caso, está proscrito el uso de la cláusula que configure un abuso del derecho.

¹⁸¹ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 9 de mayo de 2012, Exp. 20968. C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

3. CONCLUSIONES

A efectos de sintetizar las conclusiones del estudio, presentamos el siguiente esquema que expone la competencia para pactar y hacer efectivas las cláusulas excepcionales, las cláusulas de privilegio y la cláusula de terminación convencional en los contratos estatales.

		ENTIDADES ESTATALES SOMETIDAS AL ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN	ENTIDADES ESTATALES NO SOMETIDAS AL ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN
CLÁUSULAS EXORBITANTES	CLÁUSULAS EXCEPCIONALES	Interpretación unilateral - Pacto Se deben diferenciar 4 grupos: Contratos en los que se tienen que pactar: se deberán incluir las cláusulas y de no hacerse se entienden pactadas. Ley 80 de 1993 Art. 14 Contratos en los que se faculta la inclusión: el pacto de las cláusulas deberá ser expreso. Ley 80 de 1993 Art. 14	- Pacto No pueden incluirlas, toda vez que el ejercicio de las cláusulas excepcionales está ligado al concepto de competencia. En este sentido, al haber decidido el legislador excluir a ciertas entidades del Estatuto General de Contratación, no les concedió en consecuencias, competencia para pactar y hacer efectivas las cláusulas excepcionales. Constitución Política de Colombia, Arts. 6, 121, 122.
		Modificación unilateral Contratos en los que se prohíbe el pacto: no se podrá pactar cláusulas excepcionales y, de hacerse, será nula la cláusula por objeto ilícito. Ley 80 de 1993 Art. 14	
		Caducidad Demás contratos de las entidades estatales respecto de los cuales la ley guardó silencio: la ley no les otorgó competencia para pactar las cláusulas, por lo tanto adolecerán de nulidad por objeto ilícito en caso de incluirse en el texto contractual.	
		Terminación unilateral - Ejercicio El ejercicio de las cláusulas excepciones se lleva a cabo directamente por la entidad contratante mediante acto administrativo debidamente motivado.	
CLÁUSULAS DE PRIVILEGIO	Multas y cláusula penal	- Pacto Podrán pactarse en todos los contratos que celebren las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación. Ley 1150 de 2007. - Ejercicio Las entidades que hayan decidido pactarlas podrán imponerlas directamente, por medio de acto administrativo.	- Pacto Es viable jurídicamente que las entidades estatales excluidas del Estatuto General de Contratación pacten, en virtud de la autonomía de la voluntad, cláusulas penales y multas. Código Civil, Arts. 1592 y 1602. - Ejercicio Para hacer efectivas las multas y las cláusulas penales, las entidades estatales deberán acudir al juez natural del contrato, toda vez que no les fue otorgada la competencia para hacerlo de forma directa. Constitución Política de Colombia, Arts. 6, 121, 122. Ley 1150 de 2007.

	<p>Declaratoria del siniestro</p>	<p>- Pacto y ejercicio Las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación, cuentan con competencia para declarar la ocurrencia del siniestro, toda vez que el acto administrativo mismo por medio del cual se declare la caducidad o se imponga una multa será constitutivo de siniestro. Ley 80 de 1993, Art. 18. Ley 1150 de 2007, Art. 7. Decreto 1510 de 2013, Art. 128.</p>	<p>El legislador no le atribuyó competencia a las entidades estatales excluidas del Estatuto General de Contratación para declarar la ocurrencia de siniestro, por lo tanto deberán presentar a la aseguradora la respectiva reclamación. Si la aseguradora objeta el siniestro, será necesario acudir ante el juez natural del contrato. Constitución Política de Colombia, Arts. 6, 121, 122.</p>
	<p>Liquidación unilateral</p>	<p>- Pacto y ejercicio Las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación, pueden proceder a liquidar de forma unilateral los contratos en caso tal que el contratista no concurra para efectuar la liquidación de mutuo acuerdo o si habiendo concurrido, no es posible llegar a un acuerdo. Ley 80 de 1993, Art. 61.</p>	<p>- Pacto El legislador no dotó de competencia a las entidades estatales excluidas del Estatuto General de Contratación para liquidar de forma unilateral los contratos que celebran, así que en caso tal de no lograr un acuerdo con el contratista, deberán acudir necesariamente al juez natural del contrato para que lleve a cabo el trámite de liquidación del mismo. Constitución Política de Colombia, Arts. 6, 121, 122.</p>
<p>CLÁUSULA DE TERMINACIÓN CONVENCIONAL</p>		<p>- Pacto En los contratos estatales en los cuáles la inclusión de cláusulas excepcionales resulta forzosa, y en los contratos estatales en los cuales la inclusión de cláusulas exorbitantes es potestativa, pero se ha decidido incluirlas, no resulta viable incluir la cláusula de terminación unilateral convencional, toda vez que el legislador ya ha dotado de mecanismos de control exorbitantes a estas entidades. <i>CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 9 de mayo de 2012, Exp. 20968. C.P. Mauricio Fajardo Gómez.</i></p> <p>- Pacto y ejercicio En los contratos estatales en los cuales la inclusión de cláusulas exorbitantes es potestativa y se opta por no incluirlas y en los contratos estatales en los que se ha prohibido la inclusión de las cláusulas excepcionales es válido pactar y hacer efectiva la terminación unilateral convencional. El ejercicio de esta cláusula no comporta un poder exorbitante y por tanto la terminación se proferirá por medio de un acto de carácter contractual, que en ningún caso constituirá acto administrativo. <i>CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 9 de mayo de 2012, Exp. 20968. C.P. Mauricio Fajardo Gómez, y CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 30 de julio de 2008. Expediente 21574. C.P. Enrique Gil Botero.</i></p>	<p>- Pacto y ejercicio Es válido pactar y hacer efectiva la terminación unilateral convencional. El ejercicio de esta cláusula no comporta un poder exorbitante y por tanto la terminación se proferirá por medio de un acto de carácter contractual, que en ningún caso constituirá acto administrativo. <i>CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 9 de mayo de 2012, Exp. 20968. C.P. Mauricio Fajardo Gómez y</i></p>

BIBLIOGRAFÍA

BENAVIDES RUSSI, José Luis. El Contrato Estatal: Entre el Derecho Público y el Derecho Privado. 2ª Ed. Bogotá: Ed. Universidad Externado de Colombia, 2004.

COLOMBIA. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución Política de Colombia de 1991. (20, julio, 1991). Bogotá D.C.: Gaceta Constitucional No. 116.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 57 de 1887. (15, abril, 1887) Por la cual se expide el Código Civil. Diario Oficial. Bogotá D.C.: Diario Oficial No. 7.019 del 20 de abril de 1887.

_____. Ley 80. (28, octubre, 1993). Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Diario Oficial. Bogotá D.C., 1993. Diario Oficial no. 41.094.

_____. Ley 1150. (16, julio, 2007). Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos. Bogotá D.C.: Diario Oficial No. 46.691.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 10 de julio de 1990. Exp. 5782. M.P Carlos Betancur Jaramillo.

_____. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 1 de octubre de 1992, Exp. 6631. C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

_____. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 24 de septiembre de 1998, Exp. 14821. C.P. Ricardo Hoyos Duque.

_____. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 6 de Agosto de 1998, Exp. 14558. M.P. Ricardo Hoyos Duque.

_____. Sección Tercera. Sentencia del 13 de septiembre de 1999, Exp. 10264. C.P Ricardo Hoyos Duque.

_____. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 9 de marzo de 2000, Exp. 10540. M.P. Ricardo Hoyos Duque.

_____. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 31 de agosto de 2000, Exp. 17234. C.P. Ricardo Hoyos Duque.

_____. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 14 de diciembre de 2000, Exp. 1293. C.P. Luis Camilo Osorio Isaza.

_____. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 20 de junio de 2002, Exp. 19488. C.P. Duque, Ricardo Hoyos

_____. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Auto del 16 de febrero de 2004, Exp. 26054. M.P. Alier Hernández.

_____. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 20 de octubre de 2005, Exp. 14579. C.P. German Rodríguez Villamizar.

_____. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 16 de febrero de 2006, Exp. 13414. C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

_____. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 30 de noviembre de 2006, Exp. 30832. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

_____. Sección Tercera. Sentencia del 2 de mayo de 2007, Exp. 15559. Citada por: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 24 de Marzo de 2011, Exp. 19446. C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

_____. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 18 de junio de 2008, Exp. 29290. C.P. Carlos Betancur Jaramillo

_____. Sala de lo contenciosos Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 30 de julio de 2008, Exp. 21574. C.P. Enrique Gil Botero.

_____. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 20 de noviembre de 2008, Exp. 17031. C.P. Ruth Stella Correa Palacios.

_____. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 22 de abril de 2009, Exp. 14667. C.P. Myriam Guerrero de Escobar.

_____. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 24 de Marzo de 2011, Exp. 19446. C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

_____. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 28 de septiembre de 2011, Exp. 15476., C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

_____. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, Subsección B. Sentencia del 29 de febrero de 2012, Exp. 16371. C.P. Danilo Rojas Betancourth.

_____. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 9 de mayo de 2012, Exp. 20968. C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

_____. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 22 de octubre de 2012, Exp. 20738. C.P. Enrique Gil Botero.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU 747. (2, diciembre, 1998). M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

_____. Sentencia T 1341 del 11 de diciembre de 2001. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

_____. Sentencia C 395 del 22 de mayo de 2002. M.P. Jaime Araujo Rentería.

_____. Sentencia T 520. (26, junio, 2003). M.P. Rodrigo Escobar Gil.

_____. Sentencia C 249 de 16 de marzo de 2004, Exp. D-4869. M.P. Jaime Araujo Rentería.

_____. Sentencia C 932. (8, noviembre, 2007). M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 23 de mayo de 1996, Exp. 4607. M.P. Carlos Esteban Jaramillo Scholss.

_____. Sentencia del 19 de octubre de 2005, Exp. 15011. C.P. German Rodríguez Villamizar.

_____. Sala de Casación Civil. Sentencia del 30 de Agosto de 2011, Exp. 1947. C.P Vargas, William Namén Vargas

_____. Sala de Casación Civil, Sentencia del 30 de agosto de 2011. Exp. 11001 3103 012 1999 01957 01. M.P. William Namén Vargas.

COLOMBIA. MINISTERIO DE PROTECCIÓN SOCIAL. Código Sustantivo del Trabajo. (7, junio, 1951). Bogotá D.C.: Diario Oficial No 27.622. Artículo 430.

COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 1510. (17, julio, 2013). Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública. Bogotá D.C.: Diario Oficial nro. 48854.

_____. Decreto ley 222 de 1983. (9, febrero, 1983). Por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones. Bogotá D.C.: Diario Oficial nro. 36189.

_____. Decreto 410. (27, marzo, 1971). Por el cual se expide el Código de Comercio. Bogotá D.C.: Diario Oficial No. 33.339 del 16 de junio de 1971.

CORREA PALACIO, Ruth Stella. El ejercicio de los poderes del Estado en el contrato estatal. Citado por DE VIVERO ARCINIEGAS, Felipe. Reforma al régimen de Contratación Estatal. Bogotá: Universidad de Los Andes, 2010.

DROMI, Roberto. Derecho Administrativo. 9ª. Ed. Buenos Aires, Argentina: Editorial de Ciencia y Cultura, 2001

JARAMILLO, María Teresa. Cláusulas excepcionales. En: Revista de Derecho Público. Ed. Universidad de los Andes, 2004. Nro. 17. ISSN 1909-7778.

JOUBE GARCÍA, Antonio. Temporalidad de la Caducidad. En: Revista Estudios Socio Jurídicos. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario. Volumen 4, N° 2, 2002. ISSN 0124-0579.

LAMPREA RODRÍGUEZ, Pedro Antonio. Contratos Estatales. Bogotá: Ed. Temis, 2007.

MOLINA MORALES, Ranfer. La terminación unilateral del contrato por incumplimiento. En: Revista de derecho privado, 2009. Editorial Universidad Externado de Colombia, nro. 17. ISSN 0123-4366.

PALACIO JARAMILLO, María Teresa. Potestades excepcionales y su nueva regulación legal y reglamentaria - Poderes de la Administración. Citado por DE VIVERO ARCINIEGAS, Felipe. Reforma al régimen de Contratación Estatal. Bogotá: Universidad de Los Andes, 2010.

RODRÍGUEZ TAMAYO, Mauricio Fernando. Los Contratos Estatales en Colombia. Bogotá: Librería Jurídica Sánchez, 2013.

SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo. Bogotá: Ed. Universidad Externado de Colombia, 1998.

SUÁREZ BELTRÁN, Gonzalo. Reforma al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Bogotá: Legis Editores S.A. 2007.

TAMAYO LOMBANA, Alberto. Manual de Obligaciones. Bogotá: Ed. Temis, 2003