

UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA



FACULTAD DE POSTGRADOS Y FORMACIÓN CONTINUADA

ESPECIALIZACIÓN EN CONTRATACIÓN ESTATAL

PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

TEMA:

DEL ALCANCE Y LA APLICACIÓN DE LAS CLAUSULAS EXORBITANTES

PRESENTADO POR:

**NUVIA CONSUELO PINILLA FORERO
EMMANUEL ENRÍQUEZ CHENAS
JIMMY RAHALL BOSCAN TORRES**

**BOGOTÁ DC.
2016**

TABLA DE CONTENIDO

	Pag.
1. RESUMEN	3
2. INTRODUCCION	4
a. Área problemática	5
b. Preposiciones	5
c. Problema.....	5
d. Hipótesis	5
e. Objetivos	5
f. Objetivo General	5
g. Objetivos Específicos	6
h. Justificación	6
3. ESTADO DEL ARTE	7
a. RAI 1.....	7
b. RAI 2.....	10
c. RAI 3.....	15
4. MARCO TEORICO CONCEPTUAL	18
a. CAPITULO 1	19
b. CAPITULO 2	25
c. CAPITULO 3	29
5. CONCLUSIONES	36
6. PROPUESTAS	37
7. CRONOGRAMA	38
8. REFERENCIAS	39

RESUMEN

El desarrollo del presente trabajo esta direccionado a la determinación del alcance y aplicación de las potestades estatales en cuanto a contratación estatal, estas específicamente detalladas en el articulado de la ley 80 denominadas “clausulas excepcionales o exorbitantes” las cuales pretenden de por si otorgarle a la administración una posición privilegiada respecto a un vínculo contractual, al respecto se hace necesario referenciar la atribución propia del estado enfocada a la teoría del hecho de príncipe y al resultado de la aplicabilidad de aquellas en un sentido positivo o negativo en cuanto a la responsabilidad estatal respecto a las controversias contractuales.

ABSTRACT

The development of this work is directed to determining the scope and application of state powers regarding government procurement, these specifically detailed in the articles of the law 80 called "exceptional or exorbitant clauses" which aim in itself grant the administration a privileged position on a contractual link, in this regard it is necessary to reference the proper attribution of state focused on the theory of fact prince and the result of the applicability of those in a positive or negative sense in terms of state responsibility contractual disputes.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo plantea como línea central el Derecho a la Justicia, la Convivencia y la Inclusión Social, del mismo modo se establece como Línea primaria la Teoría del Derecho de la Justicia y de la Política.

En ese orden, se hace necesario trazar límites a las atribuciones que pudiera tener el Estado en cabeza de las entidades públicas respecto a la aplicabilidad o inaplicabilidad de cláusulas excepcionales o exorbitantes en contratos estatales, en ese orden, sea hace imperante revisar la adecuada efectividad de las mismas en las eventualidades que se pudieran derivar en desarrollo del objeto contratado, específicamente con el contratista.

Con base en lo anterior, se describirá lo entendido por cláusulas excepcionales, la noción y conexidad con la teoría del “hecho del príncipe”, de igual manera su aplicabilidad desde el punto de vista legal, jurisprudencial y doctrinario.

Del Alcance y La Aplicación De Las Clausulas Exorbitantes

Problema, Hipótesis, Objetivos

Área Problemática

Proposiciones

Afirmativa: La facultad que tiene la administración para aplicar las clausulas excepcionales transgrede el principio de igualdad contractual.

Interrogativa: ¿En qué medida la superioridad de la administración pública vulnera los derechos de los contratistas al imponer modificaciones unilaterales del contrato estatal?

Dubitativa: La debida aplicación de las clausulas excepcionales ayudaría a fortalecer la seguridad jurídica en la contratación estatal, caso contrario incidiría en el principio de responsabilidad de la administración.

Negativa: Las clausulas excepcionales no garantizan el debido cumplimiento del objetivo contractual.

Categorías

Estado, Contratación, Cláusulas, Exorbitantes, Aplicabilidad

Problema

¿Cuál es limite jurídico que tiene la administración pública para aplicación de las cláusulas exorbitantes?

Hipótesis

Las clausulas exorbitantes figuran como una medida de protección por parte del Estado ante un eventual incumplimiento o inexistencia del contratista, en este orden de ideas es necesario determinar cuál es el verdadero alcance y potestad para acudir a dicha figura.

Objetivos

Objetivo General

Determinar el verdadero alcance y potestad jurídica del Estado en la aplicación de las clausulas exorbitantes.

Objetivos Específicos

1. Describir el contexto jurídico de las clausulas exorbitantes (legalmente y doctrinalmente)
2. Analizar la incidencia de las clausulas exorbitantes en el principio de responsabilidad de la administración pública.

Justificación

Con ocasión a las potestades atribuibles al Estado por intermedio de la inclusión de las clausulas exorbitantes en relación con particulares en la Contratación Estatal como uno de los medios óptimos para satisfacer las necesidades de la sociedad, es de importancia establecer el alcance, aplicabilidad y desarrollo de las diferentes tipos de cláusulas exorbitantes en los distintos procesos de selección utilizados en contratación.

Enfoque Metodológico

Estado del arte

Las cláusulas exorbitantes se constituyen como la potestad que tiene la administración pública que demuestran su superioridad, pues consisten en atribuciones exclusivas del poder público. El desarrollo jurídico de las mismas se ha presentado de diversas maneras en diferentes lugares, por lo cual no podríamos abordar esta temática desde una perspectiva integral sin realizar un análisis de los diferentes contextos jurídicos en que se aplica. Por lo cual se realizaron algunos resúmenes analíticos de investigaciones, que nos permitirán entender con mayor claridad el tema para el desarrollo del problema planteado.

RAI 1

Eduardo Jequier Lehuedé (2013), en su Análisis jurisprudencial de las sentencias que el Estado y sus órganos se encuentran sometidos a la Constitución y a la ley en términos estrictos y sin excepciones, lo que por cierto involucra el respeto de los derechos que adquieren los particulares que contratan con la administración, plantea el siguiente problema: determinar, a partir del examen de dos sentencias judiciales en particular, si las municipalidades están facultadas por la ley para poner término discrecional, unilateral y de manera anticipada a un contrato de concesión válidamente celebrado, y si los administrados contratantes pueden impetrar en tales casos la tutela jurisdiccional a través del reclamo de ilegalidad contemplado en la Ley N°18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades

Como objetivo principal el autor entonces, por una parte, que los concesionarios que contratan con un municipio, afectados por un acto administrativo derivado del ejercicio de esa facultad, se encuentran habilitados para accionar jurisdiccionalmente mediante la acción que se regula en los arts. 151 y ss. De la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades –LOCM–, cuestión que ha sido negada sin embargo por una de las sentencias que comenzaremos a estudiar. Para ello, además, nos ocuparemos de analizar el correcto sentido y alcance de la facultad que el art. 36 inc 3° de la señalada ley le concede a las municipalidades, en orden a poner término anticipado a un contrato de concesión legalmente celebrado, lo que nos llevará a precisar consecuentemente el sentido que debe dársele al

concepto doctrinal de facultades exorbitantes de la Administración, recogido con matices por la jurisprudencia que se cita.

Como problema jurídico de las providencias objeto de análisis se formuló: En tales controversias, judicializadas normalmente por los administrados a través de la interposición de recursos de protección o de reclamaciones de ilegalidad contra las decisiones de los entes municipales, destacan –en lo que aquí concierne– ciertas líneas argumentales construidas por estos últimos con base en dos presupuestos que se repiten con alguna frecuencia y que se invocan, precisamente, en las dos causas que aquí se analizan.

Y como hipótesis se planteó que “se formula una férrea defensa de la potestad discrecional absoluta que tendrían en estos casos los municipios para terminar anticipadamente un contrato de concesión. El art. 36 inc 3º de la ley –se dice–, autoriza la señalada terminación cuando sobrevenga un detrimento o menoscabo grave al uso común o cuando concurren otras razones de interés público, cuestión de hecho cuya calificación sería una atribución privativa, exclusiva y excluyente del ente administrativo, sin injerencia ni intervención de los órganos jurisdiccionales”.

Los argumentos de naturaleza constitucional que justifican el respeto del precedente jurisprudencial por parte de las autoridades que ejercen función administrativa son los siguientes: i) la procedencia del reclamo de ilegalidad de la sentencia de la corte de apelaciones de Chillán, de 11 de enero de 2010; ii) actos administrativos y derecho a la tutela judicial efectiva; iii) la sentencia introduce un presupuesto de procesabilidad que la ley no contempla; iv) la sentencia desvirtúa la naturaleza jurídica del acto concesional, en cuanto fenómeno jurídico complejo, v) la sentencia desvirtúa la naturaleza jurídica del acto concesional, en cuanto fenómeno jurídico complejo y vi) en cuanto a la facultad del municipio de poner término unilateral a un contrato de concesión; sentencia dictada por la i. corte de apelaciones de san miguel, de 4 de marzo de 2011.

A partir de la interpretación de determinadas estipulaciones del contrato, en efecto, e invocando concretamente el carácter discrecional que tendría el ejercicio de la facultad contemplada en el art. 36 inc. 3º de la LOCM, la Municipalidad mencionada puso término anticipado al referido contrato de concesión, entendiendo que para ello bastaba la sola dictación del respectivo Decreto alcaldicio. Respondiendo el reclamo, además, la Municipalidad reclamada sostuvo que la acción contemplada en los arts. 151 y ss., de la ley,

sobre reclamación de ilegalidad, no resultaba pertinente ni aplicable al conflicto planteado por la empresa concesionaria. Como se adelantó supra, pues, según la parte reclamada la decisión de poner término unilateral al contrato no involucra el ejercicio de una potestad administrativa propiamente tal, de manera que toda y cualquier pretensión del administrado en tal sentido debía ser actuada y resuelta en un juicio de lato conocimiento. En respaldo de tal tesis, además, el municipio citó en su favor la sentencia dictada en el año 2008 por la Corte de Apelaciones de Santiago¹, la que si bien no se refería a un contrato de concesión, se pronunciaba no obstante en el mismo sentido anteriormente mencionado.

Análisis

Interesa destacar simplemente que, como lo advierte aquí la Corte, la facultad contemplada en el art. 36 de la LOCM no puede entenderse como una autorización genérica para poner término unilateral y anticipado a un contrato de concesión válidamente celebrado. “Cláusula exorbitante”, por lo demás, no es sinónimo de discrecionalidad y menos de arbitrariedad administrativa para disponer de los efectos de un contrato, de manera que la LOCM no ha podido consagrar un extremo semejante ni ha querido otorgarle a la Municipalidad funciones jurisdiccionales que no le corresponden. Lejos de eso, pues, la ley condiciona el ejercicio de la mencionada facultad a la concurrencia de circunstancias materiales determinadas (“cuando sobrevenga un menoscabo o detrimento grave al uso común o cuando concurren otras razones de interés público”), cuyos presupuestos por ende, plasmados en el acto administrativo, deberán ser siempre susceptibles de una revisión jurisdiccional ulterior, en un proceso con todas las garantías que asegure el respeto de los derechos fundamentales que la Constitución le asegura al administrado contratante.

En síntesis, el Estado y sus órganos se encuentran sometidos a la Constitución y a la ley en términos estrictos y sin excepciones, lo que por cierto involucra el respeto de los derechos que adquieren los particulares que contratan con la administración. Por lo mismo, afirmar que una Municipalidad estaría facultada para terminar unilateralmente un contrato de concesión legalmente celebrado y vigente, por su sola determinación y voluntad y aun cuando no exista causa real para ello, constituye una tesis imposible de incardinar en el entramado constitucional chileno. La ley es para las partes al tenor del art. 1545 del C. C., alcanzan no solo a los particulares que contratan entre sí sino también –y especialmente– al Estado y a sus órganos, cuando actúan en el ámbito jurídico contractual vinculándose con dichos particulares.

Conclusiones

Las Municipalidades carecen de la facultad para terminar discrecionalmente un contrato de concesión que no contempla tal posibilidad, como derivación –fase iusprivatista– de las respectivas Bases de Licitación –fase iuspublicista–. La calificación de las circunstancias a que se refiere el art. 36 inc 3º de la LOCM, además, involucra el ejercicio de funciones jurisdiccionales que el art. 76 de la CP de 1980 solo le concede a los tribunales establecidos por la ley, en el marco de un proceso con todas las garantías.

En aquellos casos en que la Municipalidad pone término unilateral al contrato de concesión, actuando discrecionalmente como se dijo, la acción de reclamación de ilegalidad, contemplada actualmente en los arts. 151 y ss. De la LOCM, constituye una herramienta procesal perfectamente idónea para revisar jurisdiccionalmente la legalidad de dicha determinación administrativa.

RAI 2

María Elena Grueso Rodríguez (2014) en su Artículo Las Particularidades de las Entidades Estatales de Naturaleza Única y Régimen Especial, establece como problema de su investigación ¿La normatividad existente en Colombia, sobre entidades de naturaleza única con regímenes especiales, garantiza la seguridad jurídica a dichas empresas? Planteamiento resultante de la introspección que se da del régimen jurídico aplicable a las entidades de derecho común, como las entidades que se presumen de régimen único, y régimen especial, enfocado principalmente a temas de contratación, vinculación laboral y austeridad, con ello la inseguridad jurídica que pudiera generarse en cuanto a la aplicación del régimen específico para cada tipo de entidad según su naturaleza.

En cuanto a Objetivos que se plantea la autora se puede deducir que analizando las normas referentes a la materia y las jurisprudencias del Consejo de Estado, Corte Constitucional, así como la doctrina, se direcciona la investigación que realizó a establecer si existe seguridad jurídica en la aplicación de las normas que rigen a las entidades de régimen único, y especial.

En este orden de ideas se hace una relación de los temas en los que se presentan vacíos en cuanto a la aplicación del régimen respectivo:

- La posibilidad o no de establecer cláusulas exorbitantes en los contratos, condición que es propia de los contratos estatales, pero totalmente ajena a los contratos privados.
- El régimen laboral de las personas vinculadas contractualmente con las entidades de régimen especial y, por ende, la aplicabilidad o no del régimen disciplinario para ellas.
- La aplicabilidad del principio de austeridad en el gasto para las empresas estatales de régimen privado, a fin de conocer si este límite les es aplicable, con las consecuencias que de ello se derivan.

Con base en los temas planteados antes descritos, se buscó analizar si el régimen aplicable para este tipo de entidades genera inseguridad jurídica, y si ese régimen es suficiente para evitar menoscabar los fines del Estado, sin que se presenten irregularidades o equivocaciones.

Puede decirse que en cuanto a la hipótesis, puede pretenderse extraer del artículo en cuestión, sintetizándolo como el conjunto de Normas aplicables que regulan a las Entidades y Función pública, las cuales no discrimen a ciencia cierta las de régimen especial, lo cual puede generar inseguridad jurídica, resultante en la aplicación del derecho público y privado para este tipo de entidades que tienen régimen especial, no dando claridad de cual se debería aplicar.

En relación a este tipo de discrepancias se plantean ejemplos claros en los cuales la inseguridad jurídica que generan las normas de aplicación tanto de derecho público como de derecho privado es visible.

En cuanto a temas contractuales se establecen en primera medida las entidades sometidas al Estatuto de la Contratación, establecidas en principio por la Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007, en cuanto a la primera en su artículo 2 se expresan una serie de entidades que se ajustan al régimen público, sin embargo se menciona también que en las entidades en las que no recae el Estatuto de Contratación deben ceñirse a los principios de la Función Pública, esto queriendo decir que los principios de la Contratación Pública se aplican tanto por entidades de régimen público como especial.

Por otra parte en cuanto a las cláusulas excepcionales utilizadas por las Entidades Estatales con relación a los particulares, dándole una carácter de superioridad en el vínculo contractual, nace la inseguridad si estas cláusulas pueden pactarse o no por las entidades de

régimen especial y único, enfatizando que las entidades de régimen especial se rigen por el derecho privado en la cual se presenta una igualdad entre las partes de un contrato.

Por último la dualidad de concepciones en cuanto a la aplicación o no del principio de austeridad para las entidades de régimen especial y único, basado en que estas manejan un presupuesto propio y que no se ciñen a lo relacionado con el fin perseguido de la austeridad en relación al Tesoro Nacional.

Análisis

En un primer plano se resalta la importancia de la diferenciación de las entidades que se ciñen por el Estatuto de Contratación, y las entidades especiales, basado que estas últimas han sido creadas con el fin de dar celeridad a las actuaciones que realizan, en cuanto esas actividades realizadas en temas contractuales se plantea una igualdad en las partes de un vínculo contractual, el fin de ellas es regirse bajo las mismas condiciones de derecho privado con las personas con quienes se relacionan.

En este punto es de importancia aclarar que al determinarse un régimen privado aplicable a las entidades de régimen especial, también se procura la eficacia en sus procedimientos, dándole así la diferenciación con las Entidades del Estado de régimen común en cuanto a la aplicabilidad de procedimientos descritos en el Estatuto respectivo.

Sin embargo al establecerse que todos los contratos que se realizan entre entidades con particulares se entienden como contratos estatales, y la obligatoriedad de aplicación de los principios del Estatuto de Contratación incluso en los contratos privados, son resultantes en que se apliquen los principios y reglas del derecho común en los procesos contractuales privados por parte de las Entidades de régimen Privado, basado en la inseguridad jurídica que se plantea de no aplicarse los principios mencionados.

Ahora bien, una vez sustentado la dualidad de concepciones que permite la ley al no clarificar en qué medida se pueden aplicar los procedimientos de celeridad propios del derecho privado en los vínculos contractuales por parte de las entidades ajenas al régimen común, es importante establecer la posibilidad de incluir o no cláusulas excepcionales en contratos de derecho privado.

Al respecto la Autora cita tres tesis en las cuales se plantean distintas posiciones con respecto al tema:

Tesis 1

Inclusión de las cláusulas exorbitantes en los contratos de derecho privado celebrados por la administración, por acuerdo entre las partes; es decir, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, contemplado en el artículo 1604 del Código Civil.

Tesis 2

Imposibilidad jurídica de hacer efectivas las cláusulas exorbitantes incluidas en contratos de régimen privado celebrados por entidades estatales.

Tesis 3

Las potestades exorbitantes solo pueden ser aplicadas unilateralmente por las entidades a las cuales la Ley les ha asignado tal facultad.

A manera de síntesis sobre estas tres tesis se plantea en la primera que la voluntad es ley para las partes, y por ello si este tipo de cláusulas se pactan en un vínculo contractual de carácter privado son válidas.

En un segundo momento se plantean que las clausulas excepcionales así se pacten en un vínculo contractual privado, no son aplicables unilateralmente por la entidad con régimen privado, en razón que las partes están en igualdad de condiciones, y una parte no puede ser a la vez esa parte y juez, por tanto para la aplicación de las clausulas excepcionales pactadas tendrá que acudir a un juez para que las haga efectivas.

En tercer momento y en un sentido aceptado por la Jurisprudencia actual, es el lineamiento que las clausulas excepcionales solo se pueden aplicar por las entidades que la Ley determine.

Por otra parte en cuanto a la aplicación del principio de austeridad aplicable por las entidades regidas por el derecho público, se puede mencionar al respecto que si bien las entidades de régimen único y especial manejan su propio presupuesto, y podría decirse precipitadamente que no le es aplicable el principio de austeridad, se esclarece con base en conceptos de la Contraloría General de la Republica, que el principio de austeridad no solamente hace referencia a presupuesto nacional, sino que enmarca el entendido por la conservación del Tesoro Público, que no solamente tiene que ver con los dineros de la Nación, sino también a bienes, ingresos y egresos, y todo lo relacionado con la participación que tiene el Estado en las relaciones que conlleve a proyectos e inversiones del Estado, por lo cual en las entidades de régimen único y especial, se debe aplicar el principio de austeridad.

Conclusiones

Entre las varias conclusiones que plantea la Autora puede mencionarse al tema de interés que nos ocupa las siguientes:

Se puede observar como el legislador dicta normas sin tener en cuenta o sin dar claridad sobre si las mismas deben ser aplicadas por las entidades estatales que en razón de su naturaleza son especiales o de naturaleza única. Esto ha generado y sigue generando en dichas administraciones una incertidumbre jurídica que se traduce en menos eficiencia de la administración, pues en el caso de los contratos, en algunas oportunidades por excesivas precauciones se someten a procesos de contrataciones similares o iguales a los de la Ley 80 de 1993, que no hacen eficiente al Estado y lo ponen en desventaja con los particulares con los cuales se supone que está compitiendo.

En los contratos que celebren las entidades públicas, cuyo régimen jurídico aplicable corresponde a las normas del derecho privado, las partes actúan en una relación de igualdad, a pesar de que tales contratos ostenten la condición de contratos estatales. Por lo tanto, aún pactadas tales cláusulas o si se hubiere estipulado su efectividad unilateralmente, ninguna de las partes podrá ejercerlas, pues tales previsiones provienen de la ley y no del pacto contractual.

Los contratos celebrados por las entidades estatales cuyo régimen legal se sujeta a los lineamientos del derecho privado, no pueden apartarse del principio de legalidad que en materia contractual les rige, por tratarse de normas de orden público y obligatorio cumplimiento.

Respecto de las normas de austeridad del gasto, estas le son aplicables a las entidades de naturaleza única que no hagan parte de presupuesto de la Nación porque tal como lo han dicho la Contraloría y la Jurisprudencia, el concepto de Tesoro Público no hace exclusiva relación a que haga parte del Presupuesto General de la Nación; dicho concepto abarca muchos más temas, dentro de los cuales se encuentran bienes, rentas, ingresos y egresos en los que participa de alguna manera el Estado en dichas empresas

Incidencia en el tema que nos ocupa

Es de importancia lo planteado por la Autora en relación a los vacíos que se presentan en la legislación en cuanto a la aplicabilidad o no de cláusulas excepcionales por parte personas y/o entidades con régimen privado, si bien es cierto que en el derecho privado se han

establecido cláusulas excepcionales de manera convencional como lo son las multas, las cuales de cierta medida se hacen efectivas con la simple estipulación en el contrato, lo cual ha llevado a considerarse que algunas cláusulas denominadas excepcionales ya no tengan esa concepción de excepcionales, y mucho menos solamente atribuibles a las entidades públicas, es de destacar que de manera general la Ley es quien otorga esta potestad, incluso al no pactarse es la misma normatividad las que las da por incluidas en una relación contractual específica, y en contraposición es la ley quien le permite a las partes contractuales la no de estas.

RAI 3

José Antonio De La Hoz (2011) En su artículo Clausulas exorbitantes del derecho común en la ley No. 737 de contrataciones administrativas del sector público, plantea la importancia del contrato administrativo enfatizando en sus características esenciales, entre otras las cláusulas que lo comprenden como lo son las clausulas exorbitantes. Se refiere a las clausulas exorbitantes como el criterio primordial del contrato administrativo por el ser el elemento que los distingue del contrato civil.

En el presente se analiza desde una óptica crítica la vigencia de la ley 737 la cual enfatiza en las contrataciones administrativas del sector público. De la anterior se comenta que no vislumbra de manera detallada las clausulas exorbitantes, pero si se refiere a ellas como lo es “dotar a la administración, de ciertas prerrogativas que hace valer frente a los administrados, dentro del procedimiento administrativo de contratación”.

El contrato administrativo desde su análisis conceptual partiendo, de la función de la administración, así las cosas La administración publica dotada de personería jurídica propia, desarrolla su actividad en sus relaciones jurídicas con los administrados a través de dos tipos de actuaciones: “ unilaterales, mediante actos administrativos y bilaterales, mediante convenios o contratos” .

El interés general comprende el elemento esencial de la función pública, entonces el contrato administrativo es administrativo por el hecho de buscar satisfacer el interés general, el autor define el contrato de la administración como: aquel que una de las partes es la administración pública y que está sometido a un régimen jurídico exorbitante del derecho

privado que por el cual el contratante se encuentra en un situación de subordinación jurídica frente a la administración pública

Características del contrato de la administración

- Sujetos, por una parte la administración y por la otra particulares de forma individual o colectiva.
- Objeto del contrato, el cual debe comprender los fines del Estado para la realización de obras civiles y prestación de servicios públicos.
- Participación estatal de un órgano de la administración publica
- Forma, como se materializa la vinculación contractual.
- Prerrogativas especiales de la administración publica en orden de su interpretación , modificación y resolución

Finalmente se menciona que el contrato de la administración, no tiene gran diferencia del contrato civil del derecho privado, pero al existir intervención como parte del contrato por parte de la administración ya tiene características propias, como a inclusión de las prerrogativas en cuanto a su interpretación, modificación, ejecución y extinción.

Varios autores están es desacuerdo sobre la existencia del contrata de la administración, como un acuerdo de voluntades especial. Ya que si bien se ha enfatizado en que lo que diferencia la contratación pública con la privada es la subordinación del administrado por parte de la administración, en el derecho privado se reconoce el contrato de adhesión en el cual la parte contratante diseña un modelo de vinculación contractual sin consultar las observaciones del contratista, en este sentido el contratista no podrá cambiar el acuerdo, Simplemente se adhiere.

La ley 737 menciona bajo el título “Derecho Contractuales y Potestades Administrativas exorbitantes de la entidad contratante “las clausulas exorbitantes del derecho común, las que por imperio de la ley, se tienen como automáticamente incorporadas a los contratos de la administración, sin necesidad de ser incluidas expresamente. Las cuales son:

1. potestad para modificar unilateralmente
2. potestad para ampliar unilateralmente
3. potestad para suspender o resolver el contrato
4. potestad para rescindir del contrato por incumplimiento del contratista
5. potestad para imponer multas

6. potestad para ejercer garantías

Se menciona que la oportunidad para imponer estas potestades es en la etapa de ejecución del contrato ya que la finalidad de las mismas es proteger la ejecución adecuada del mismo evitando paralización injustificada que pueda afectar la obra o el servicio.

También es importante resaltar que no es posible aplicar por ejemplo la potestad de resolver el contrato, si antes no se ha realizado la debida audiencia con el fin de acordar aspectos específicos del contrato para su debida ejecución, así pues el contratista tendrá la oportunidad de defenderse directamente ante la entidad primordialmente.

Conclusiones

En primer lugar se habla de la nueva legislación en cuanto a la contratación de la administración No. 737. Se mencionas características especiales, como los elementos y características que comprende el contrato de la administración. También se habla de las diferencias respecto a la legislación anterior.

En segundo lugar se habla de un cambio muy importante en cuanto a la modificación unilateral el cual antes se podía hacer hasta el 50% del contrato, ahora hasta el 20%. Hace esta aclaración mencionan que el mismo Estado utilizando de manera indebida dichas potestades, torpedeaba la ejecución del contrato por ejemplo de obra vial, y esto dificultaba su entrega en el tiempo determinado aduciendo falta de presupuesto por lo cual obliga a ejecutar el mismo contrato pero el presupuesto recortado, lo cual causaba inseguridad jurídica.

MARCO TEÓRICO-CONCEPTUAL

Alcance y potestad jurídica del Estado en la aplicación de las clausulas exorbitantes. Contexto jurídico de las clausulas exorbitantes (legalmente y doctrinalmente). Incidencia de las clausulas exorbitantes en el principio de responsabilidad de la administración pública.

CAPITULO 1

Alcance Y Potestad Jurídica Del Estado En La Aplicación De Las Clausulas Exorbitantes

El contrato estatal, como lo considera el doctor Matallana, es un acuerdo de voluntades mediante el cual se busca cumplir con los fines del Estado, considerado como un acto jurídico generador de derechos y obligaciones, que son celebrados por entidades públicas con capacidad para contrata. A diferencia del contrato privado en el cual el acuerdo de voluntades es un factor objetivo de negociación, en el contrato estatal el mismo acuerdo corresponde a un elemento general determinando primeramente que el poder de control y dirección de los contratos, está a cargo de la Entidad Estatal. Tal función la cumple con los mecanismos que la Ley le otorga a través de las denominadas cláusulas excepcionales o exorbitantes, denominadas así, porque con ellas se quiebra el principio de libertad contractual basado en la autonomía de la voluntad y el de la igualdad contractual, propios del Derecho Civil. (Mojica, 2007)

La Corte Constitucional en sentencia T- 1341 del 2001 determina que a través de las potestades excepcionales generales, la Administración goza de prerrogativas que le permiten llevar a cabo el objeto del contrato celebrado, la dirección general del mismo, así como el control y la vigilancia de su ejecución, a fin de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y poder, así, asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación de los mismos. Se garantiza de esta manera, el cumplimiento de los fines estatales que se desarrollan a través de la contratación estatal mediante el reconocimiento a la Administración Pública, de un poder especial de orden administrativo.

Palacio citando a George Vedel presenta un concepto de lo que debe entenderse por cláusulas excepcionales: “son estipulaciones cuyo objeto es conferir a las partes derechos u obligaciones ajenos que por su naturaleza a aquellas que son susceptibles de ser libremente consentidos por una persona en el marco de las leyes civiles o comerciales” (Palacio, 2010)

Las potestades excepcionales permiten que el Estado dirija y controle el contrato estatal, en procura del interés general para obtener la ejecución idónea, oportuna y adecuada del objeto pactado, lo cual sería imposible cumplir si la administración tuviera que someterse a la discusión judicial y por tanto, a la espera de una sentencia para evitar la paralización de la

obra, el servicio o el suministro, La Corte Constitucional se refiere a este aspecto estimando que de las potestades excepcionales de la Administración en el campo de la contratación estatal constituye materia legislativa. La Ley 80 de 1993, las define como medios brindados a las entidades estatales para que garanticen el cumplimiento del objeto contractual, y se concretan en potestades de interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares del objeto contratado y la ejecución del mismo así los exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado. (Mojica, 2007)

La Ley 80 de 1993, en su artículo 14, estima los términos de las potestades excepcionales que se incluyen en contratos estatales, se trata de potestades que la ley le confiere a la administración, y no se negocian en un acuerdo de voluntades sino que nacen de la ley y deben incluirse en el contrato. (Matallana, 2013)

El contrato estatal en sentido amplio debe estipular las cláusulas excepcionales que le correspondan de acuerdo a lo que se pretenda contratar pero la ausencia de estipulación suscrita en el contrato de manera expresa no niega su existencia en el mismo pues en algunos casos su existencia se entiende por la naturaleza del tipo bien o servicio a contratar, ya que la ley señala que cuando no se suscriban dichas cláusulas excepcionales se entenderán incorporadas. La Ley 80 en el artículo 14 numeral 2, las cláusulas excepcionales deben pactarse en los contratos de obra, concesión de bienes del estado, contratos explotaciones y todas aquellas más que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal. En los contratos de suministro y de prestación de servicios profesionales la inclusión de las cláusulas es facultativa, toda vez que a juicio de la Entidad Estatal se determina su pertinencia y conveniencia de pactarlas. En todo caso les aplica el hecho en que no se consignen expresamente se entenderán pactadas por su naturaleza.

No en todos los Contratos Estatales se pueden pactar las cláusulas excepcionales; el parágrafo Artículo 14 de la Ley 80 de 1993, señala los contratos estatales en los que se prescindirá de las estipulaciones que otorgan los poderes excepcionales de la Administración, los cuales son:

Los que se celebran con personas públicas internacionales, Los de cooperación, ayuda o asistencia técnica, Interadministrativos, Los de empréstito interno o externo, Los de donación, Los de arrendamiento, Los que tengan por objeto actividades industriales o

comerciales que no correspondan a las actividades señaladas en el numeral 2o del artículo 14. La excepción a que hace referencia este numeral, comprende las actividades que constituyan monopolio estatal, a la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, eventos en los cuales, aunque el objeto sea actividad comercial o industrial, deben incluir las cláusulas excepcionales, Los que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, Los de seguro tomados por las Entidades estatales.

Es claro que los Contratos conducen a desarrollar los fines estatales, se podría afirmar que este tipo de contratos no se dirigen de manera directa y no constituyen actividades monopolísticas del estado, ni comprometen los recursos públicos por su naturaleza objetiva, en razón a factores meramente formales y determinantes de la prestación del servicio o contraprestación en razón al objeto contractual, razón por la cual, no se le dota a la Administración de supremacía en la relación contractual.

Es natural que estos elementos contractuales afectan el principio de igualdad entre las partes y que no caracteriza a los contratos privados, siendo evidente que el contrato estatal es un instrumento jurídico utilizado por la Administración Pública, por tanto debe proteger el interés público y los recursos públicos, por ello la ley le otorga una importancia especial que se traduce en el ejercicio de potestades excepcionales, mediante actos administrativos motivados. Estas potestades son: la caducidad, la interpretación, la modificación, la terminación unilateral, la reversión, las multas, la declaratoria de incumplimiento y la cláusula penal pecuniaria. (Mujica, 2007)

La interpretación unilateral de lo contratado se estimará conveniente como lo dispone la ley 80 de 1993 en el artículo 15 “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” . la Corte constitucional en sentencia C-1514 de 2000 “La interpretación unilateral no implica violación del principio de economía, pues indudablemente resulta más "económico" para los fines estatales, garantizar la normal prestación de los servicios públicos, que sujetarlos a las decisiones judiciales, cuya competencia, no se elimina por el ejercicio de la mencionada facultad”.

La modificación Unilateral de lo contratado dispuesto en la ley 80 de 1993 en el artículo 16 dispone “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”. La Corte Constitucional se refiere en su sentencia C-949 de 2001 a la modificación unilateral del contrato como: “una facultad que el legislador, en uso de su facultad configurativa, le ha otorgado a la administración cuando ésta actúa como contratante en un negocio jurídico de carácter estatal. Esta prerrogativa pública o privilegio contractual que tiene la administración es de naturaleza reglada, porque para poder ejercerla debe constatar la existencia de los supuestos fácticos previstos en la norma, previa garantía del debido proceso. Además, esta medida, que debe hacerse mediante acto administrativo debidamente motivado, se encuentra revestida de la presunción de legalidad y como tal adquiere el carácter de obligatoriedad, de ejecutividad y de eficacia. Es decir, que la modificación unilateral no es discrecional ya que debe adoptarse solamente cuando dentro de la ejecución de un contrato se presenten circunstancias que puedan paralizar o afectar la prestación de un servicio público que se deba satisfacer con este instrumento”.

La Corte Constitucional analiza la modificación unilateral del contrato desde una perspectiva general ampliando el concepto. Si bien la modificación unilateral del contrato introducir variaciones en el contrato con el fin de evitar la paralización de la ejecución, dicha variación no podrá ser impuesta de manera desproporcionada en este sentido la corte en sentencia C-949 de 2001 considera que “Cuando las modificaciones alteran el valor del contrato en un 20% o más del valor inicial, el artículo 16 permite que el contratista pueda renunciar a la continuación de la ejecución, evento en el cual la entidad contratante debe ordenar la liquidación del contrato y adoptar de manera inmediata las medidas que fueren necesarias para garantizar la terminación del objeto contractual, determinación que se juzga razonable si se tiene en cuenta que, de un lado, no parece justo que frente a esta circunstancia se constriña al contratista para que culmine una obra que pueda acarrearle consecuencias económicas desfavorables”

La terminación unilateral del contrato de la que se refiere el artículo 17 de la ley 80 de 1993 dispone que la entidad mediante acto administrativo motivado en los eventos que por su

naturaleza impiden la ejecución del contrato en tal sentido la ley determina que por situaciones de orden público o cuando las exigencias del servicio público la requieran, por muerte del contratista o por disolución de la persona jurídica, por interdicción judicial o quiebra del contratista, por cesación de pagos o embargos judiciales que afecten de manera grave el cumplimiento del contrato. La Corte Constitucional en sentencia C-454 de 1994 aclara un aspecto importante, en el numeral segundo del presente artículo 17 estima también casual de terminación unilateral la incapacidad física o permanente del contratista, en este sentido la Corte dispuso “en la medida en que la incapacidad física permanente impida de manera absoluta el cumplimiento de las obligaciones específicamente contractuales, cuando ellas dependan de las habilidades físicas del contratistas” así declaró la afirmación condicionalmente exequible.

La caducidad dispuesta en el artículo 18 de Ley 80 corresponde a la estipulación en virtud del cual si se presenta de manera directa el incumplimiento de las obligaciones que derivan de la relación contractual a cargo del contratista, y que dicho incumplimiento afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie de manera clara que dicho incumplimiento podría conducir a la paralización total de la ejecución, la administración mediante acto administrativo debidamente motivado dará por terminado el contrato y procederá a su liquidación en el estado en que se encuentre al momento de probar el incumplimiento. Lo anteriormente dispuesto bajo los lineamientos del debido proceso y derecho a la defensa. La ley es clara que en caso que se declare la caducidad no habrá lugar a indemnizaciones para el contratista, el cual de acuerdo a la afectación causada por el incumplimiento se hará acreedor a las sanciones e inhabilidades previstas en la ley.

A pesar que la regulación normativa de la cláusula de caducidad es tan tajante en el hecho de resolver la relación contractual por causa del incumplimiento del contratista, el hecho de declararse la caducidad no impide que la entidad contratante tome posesión de la obra o continúe inmediatamente la ejecución de la misma, buscando evitar la paralización de la obra y evitando afectación mayor por este hecho, así las cosas, la entidad debe dar cumplimiento a los principios de eficiencia y economía y en su defecto los fines del estado, la protección de los bienes de la nación y el interés general. La entidad estatal revisando y estudiando la situación y observando que la declaratoria de caducidad podría causar un daño más complejo, podrá justificadamente abstenerse de declararla y adoptar las medidas de

control en intervención necesaria tomando los postulados descritos anteriormente en el presente párrafo.

La reversión corresponde a una cláusula especial para los contratos de concesión y de explotación, referido en el artículo 19 de la ley 80 de 1993, los elementos y bienes empleados para el ejercicio de la concesión o explotación previo inventario, al finalizar la relación contractual pasará a ser propiedad de la entidad estatal sin que ello efectúe compensación alguna al concesionario.

Las multas y cláusula penal pecuniaria no se encuentran reguladas en la ley sustancial pues su naturaleza jurídica corresponde a la ley civil y comercial por lo cual se regulará en las condiciones descritas en la ley, en tal sentido La ley 80 de 1993 que en caso de existir laguna jurídica respecto a la aplicación de las misma se remitirá a la ley civil y comercial así las cosas se aplicarán en la relación contractual, previa disposición expresa en el contrato y bajo las condiciones estimadas.

CAPITULO 2

El Contexto Jurídico De Las Clausulas Exorbitantes (Legalmente Y Doctrinalmente)

De acuerdo al artículo 14 de la ley 80 de 1993, al referirse a los medios que pueden ser utilizados por las Entidades Estatales para el cumplimiento del objeto contractual, se determinan entre otros apartes, las potestades solamente regladas para disposición preferente del Estado, dando así aplicabilidad a la teoría llamada "Hecho del príncipe" (Manuela Alcer Martínez - Ivonne Arabia Chaverra 2013).

Al respecto cabe mencionar de manera general, que dicha teoría trata sobre la aplicación y/o utilización de las atribuciones propias de los Estados que de manera directa o indirecta tienden a afectar el equilibrio económico de las partes en un contrato estatal, en el caso local se hace referencia a las leyes promulgadas con posterioridad a la suscripción de determinado contrato y que afectan de forma grave la ejecución y desarrollo del mismo, consecuencias que deben ser demostradas para que se configure la existencia del “hecho del príncipe” (http://www.tesauro.com.co/EQUILIBRIO/IMP-HEPRINa_1.htm).

Esta situación direcciona varios planteamientos, entre ellos cabe destacar la distinción entre la comprobación de existencia del “hecho del príncipe” el cual entra en controversia con los riesgos previsibles e imprevisibles en el contrato estatal, situación que al no ser demostrada, simplemente resultaría en los riesgos aceptables asumibles por parte de la Entidad y sobre todo por el Contratista, circunstancias propias de la actividad contractual.

Contrario al planteamiento anterior, al ser demostrado un menoscabo financiero en desarrollo del contrato y en sujeción a la ley o acto administrativo que pudiera generar tal afectación, debe diferenciarse si tal actuación por el Estado (Entidad) ha sido de carácter general o particular, siendo así de tal importancia que al referirse a un acto administrativo de carácter particular emitido por la Entidad contratante resultaría en desarrollo ya no de la aplicación del hecho del príncipe, sino más bien en la utilización del carácter exorbitante de ésta como Estado, y por otro lado al ser una ley o acto administrativo de carácter general por el Estado o una Entidad externa, se estaría frente a la teoría de la imprevisibilidad propia del derecho administrativo (http://www.tesauro.com.co/EQUILIBRIO/IMP-HEPRINa_1.htm).

Ahora bien, al hacer alusión a las actuaciones de la Entidad no como contratista si no como Estado en su expresión administrativa de carácter general, en principio también se propia deducir que se presenta tal teoría, limitándose sin embargo a la prueba afectación económica grave a cargo de contratista. (Julieth Poal Valdez - 2012 <http://repository.urosario.edu.co/>)

No obstante la teoría señalada en principio y situada al caso de presente con ocasión a las clausulas exorbitantes por parte de las entidades públicas estarán encaminadas a reflejar las potestades jerárquicas que tiene el Estado en un vínculo contractual, lo cual genera de por sí la semejanza del “hecho del príncipe” en la aplicación propias de las clausulas exorbitantes, anteriormente conocidas como excepcionales.

En ese orden de ideas al procurar definir de manera vaga lo entendido por “clausulas exorbitantes”, puede decirse que su significado deja prever la preponderancia de una posición respecto a otra, y específicamente en cuanto a contratación bien sea de carácter pública o privada, se puede razonar la supremacía de una parte con su semejante, en ese entendido, es de precisar que si bien la teoría del negocio jurídico establece derechos y obligaciones generadas por un vínculo contractual estará supeditado a lo estipulado por convención de las partes contratantes (derecho privado), por lo cual en principio no se generaría una supremacía de una parte respecto a otra, o por lo menos no, sin que se haya estipulado tal atribución. (<http://www.procuraduria.gov.co/relatoria>).

Así mismo, si los elementos del contrato entre particulares, tales como consentimiento, capacidad, objeto y causa lícita, son los mismo aplicables al derecho público, no son los únicos que forman parte integral del contrato estatal, determinándose así por el tipo de proceso de selección implementado para la escogencia del contratista, el objeto a contratar, presupuesto, territorio y competencia.

Es importante resaltar que este tipo de formalidades si bien no necesariamente son producto de un acuerdo de voluntades, ellas forman parte de una serie de prerrogativas que van más allá de ese acuerdo contractual (Ley), de tal manera que se ven incorporadas siendo parte integral del contrato incluso fuera de la voluntad propia de la entidad (administración), de tal manera que la ley forma parte integral de todo contrato estatal asemejándose a cláusulas externas a las cuales las partes se adhieren, y que da preponderancia a las entidades respecto de los contratistas (<http://www.javeriana.edu.co>)

Sí bien podría entenderse el rompimiento del principio de igualdad en una relación contractual propia del contrato en general, estas cláusulas que se ven incorporadas tienen como finalidad no solamente el carácter primordial al Estado, también tienen el carácter de dirección y control por parte de la administración respecto al objeto contratado, atendiendo a los fines del Estado y la función pública, de tal manera que aquellas son de características sancionadoras, preventivas y correctivas, ajenas al contrato privado.

De tal manera es lógico plantear que sí bien la administración a diferencia del particular como uno de sus fines no está el de utilidad más si la implementación de los principios de la función públicas estipulados tanto en la Constitución Política como el Estatuto General de la Contratación, primordialmente en los señalados en la Ley 80 de 1993, las entidades están llamadas a proteger el interés general y el cumplimiento de los fines del Estado, refugiándose así en atribuciones que no podrían plantearse entre particulares, otorgando herramientas que le dan cierta superioridad en las relaciones contractuales tales como la terminación unilateral, interpretación unilateral, modificación unilateral, declaración de caducidad, reversión, que a pesar de que cada una de ellas debe regirse a un procedimiento específico para su aplicación, se originan por lo general por la voluntad de una sola de las partes, en este caso el Estado, plasmando así una total diferenciación de lo que pudiera entenderse de cierta igualdad de condiciones al acuerdo que pudiera generarse de un contrato privado entre particulares.

Al respecto, en cuanto a la naturaleza y fin que persiguen las cláusulas excepcionales a cargo del Estado, se puede mencionar lo expresado por el Consejo de Estado en Auto 19483 de 2011 (Consejera Ponente Stella Conto Díaz Del Castillo):

En la exposición de motivos del estatuto contractual de 1993 se establece que la administración debe estar dotada de mecanismos eficaces, así fueren excepcionales, que contribuyan a la adecuada realización de la finalidad contractual y de los fines estatales. Es por eso que cuando se presenten circunstancias que amenacen la paralización de los servicios, las entidades públicas pueden tomar medidas que conduzcan a garantizar la continua y adecuada prestación del servicio, con fundamento en la prevalencia del interés público sobre el particular. La exposición califica como excepcionales las circunstancias que generan el ejercicio de las cláusulas exorbitantes. Anota que los motivos aducidos por la entidad para ejercerlas

deben ser graves, ya que no cualquier hecho puede provocarla pues son inescindibles al interés público, sin que se pueda desconocer las compensaciones e indemnizaciones a que tendrán derecho las personas objeto de tales medidas, traducida en la contraprestación necesaria para mantener la igualdad contractual. (Auto 19483 de 2011).

Si bien es cierto la existencias de un trámite formal para la aplicabilidad de cada una de las cláusulas excepcionales, pactadas o no en el contrato, según el objeto y naturaleza del mismo, y en atención que el fin perseguido es la prestación del servicio y la preponderancia del interés general sobre el particular, lo cual se sintetiza en la motivación para la aplicación de cada una de ellas, también es cierto que tanto la motivación estará sujeta a discrecionalidad en principio del Ente Estatal, más no de las partes, no queriendo decir con esto que pudiera pregonarse una violación al debido proceso propio inmerso en las actuaciones administrativas (Ballesteros: 2013).

Sin embargo, al referirse en especial a las cláusulas entendidas aún sin estar incorporadas en el contrato estatal tales como los contratos de concesión, monopolio obra o concesión, el contrato Estatal se ve direccionado en esencia totalmente distinta del contrato por acuerdo de voluntades entre las partes que pudiera pregonarse en un principio, reflejándose así a una modalidad de contrato de carácter más privado que público, incluso asemejándose al contrato de adhesión en el sentido estricto de la imposibilidad de supresión o modificación de las cláusulas excepcionales. (<http://repository.urosario.edu.co>)

De tal manera, que sí bien el Estado al ser garante de la prestación del servicio, el cual ha sido dispuesto por intermedio de contratos con privados, y en necesidad que ese servicio tenga un mayor control por las Entidades Públicas, la ley le ha otorgado al Estado ese dominio entre una relación contractual, otorgándole facultades que incluso al no ser pactadas se ven inmersas en el contrato, o caso contrario de no ser necesarias da potestad al Estado para incorporarlas, predominando así el llamado “Hecho del príncipe”.

CAPITULO 3

Incidencia de las clausulas exorbitantes en el principio de responsabilidad de la administración pública

En cuanto al tema de presente, es importante primero hacer referencia al concepto de responsabilidad del Estado, y en sentido estricto por parte de la administración por conducto de las distintas entidades que cumplen y desarrollan funciones estatales, bien por mandato Constitucional o legal, este tipo de responsabilidad es de carácter patrimonial dada sus condiciones en el resarcimiento del daño causado, desarrollada de fondo principalmente de manera jurisprudencial y doctrinario.

Al respecto la Corte Constitucional ha mencionado en cuanto a la responsabilidad patrimonial lo siguiente:

...donde se considera que a pesar de que las entidades estatales sean personas jurídicas y, por tanto, irresponsables penalmente por los daños que ocasionaran a los ciudadanos, sí se encontraban obligadas objetivamente a las reparaciones civiles por los perjuicios que resultaren de una conducta punible imputable a los funcionarios públicos...(Sentencia C-644 de 2011).

Con base en lo anterior, se puede mencionar en principio que la responsabilidad del Estado se situará en materia civil por tratarse sus entidades por regla general de personas jurídicas a las cuales no les son atribuibles las consecuencias penales, de igual manera cabe advertir que este tipo de responsabilidad no es el único a cargo del estado, desarrollándose varias teorías respecto a la responsabilidad estatal las cuales serán mencionadas más adelante.

En tal sentido es apropiado traer a colación la Constitución Política de Colombia, que a lo largo de su articulado contempla entre otros muchos aspectos del Estado Social de Derecho, principios, valores, y garantías, entre las cuales se establecen deberes y derechos que están bien a cargo de la ciudadanía como parte integral de la Nación, al igual como los que están a cargo del Estado en sí, determinándose así la primera noción de responsabilidad Estatal. (Constitución Política de Colombia)

En este punto en particular, al observar de manera ligera los fines esenciales del Estado, tales como el interés general, la prosperidad social y demás aspectos constitucionales relacionados en especial en artículo 2 superior, y en consecuencia de que aquellos sean de

obligación de la administración sin perjuicio de organización administrativa ni de su competencia, se hace necesario que el Estado utilice los mecanismos apropiados para el cumplimiento del encargo constitucional atribuido, coligiéndose así que los procedimientos desarrollados en los distintos procesos de contratación como mecanismos usados para tal función, deban tener garantías que le permitan a las entidades garantizar lo más posible la prestación del servicio en procura del interés general. (<http://www.procuraduria.gov.co/relatoria>).

No obstante lo anterior, y antes de enfatizar en el concepto de responsabilidad por parte de la administración en cuanto a contratación estatal, es importante determinar el surgimiento de aquella carga por parte del Estado y con ello el procedimiento establecido desde el marco legal para pretender hacerla efectiva.

Al respecto y como punto hito para desarrollar el surgimiento de responsabilidad administrativa, es ineludible hacer referencia de manera general a los fallos "Blanco y Cadot" que parten como origen no solo del principio de responsabilidad estatal sino del nacimiento de la rama del derecho encargada de estrechar la distancia entre ciudadanía y estado, concluyente con el nacimiento propiamente dicho de la jurisdicción administrativa, y por ende la contratación estatal en la actualidad al ser parte de aquella jurisdicción (<http://el-desparch.blogspot.com.co>).

Cabe mencionar que sí bien los Estados pueden desarrollar sus funciones o fines mediante actos reglados por el derecho público, las actuaciones propias ejecutadas por el derecho privado según las circunstancias específicas y/o necesidades también pueden ser implementadas por la administración, en ese entendido, fue necesario determinar los tipos de actuaciones o negocios jurídicos a cargo del estado que pudieran enmarcarse tanto en el derecho público como en el privado, y de ahí la aplicabilidad y determinación de las normatividad ajustada a los negocios jurídicos realizados, e incluso la inhibición de pronunciamiento alguno de una u otra jurisdicción por no tratarse de una situación para aquel tiempo típica. (<https://www.ramajudicial.gov.co>).

Al respecto, si bien los distintos tipos de responsabilidad que pudieran generarse en la actualidad por parte de los privados como del estado e incluso originados por un vínculo contractual, tales como responsabilidad civil, penal, fiscal, contractual y extracontractual, para el tiempo referenciado no podían ser imputados a la administración por tratarse de una

jerarquización suprema por parte del estado respecto a sus asociados (hecho del príncipe). (<http://consejodeestado.gov.co>).

Sin embargo al hacerse necesario el resarcimiento a determinadas personas o corrección a determinadas situaciones, fue necesario contemplar la responsabilidad como causante ya no solamente en estricto sentido a los privados en los casos que se vieran inmersos en tales hechos, sino también al estado como cabeza y encargado del cumplimiento de los fines perseguidos con las políticas y negocios jurídicos de la administración, en ese sentido dio inicio al surgimiento de la responsabilidad por acción u omisión por parte de la administración. (<http://www.javeriana.edu.co>).

Si bien las limitantes que se dieron para contemplar las responsabilidades de la administración se situaron en principio al carácter extracontractual en consecuencia de las acciones y omisiones estatales, las responsabilidades en el transcurso del tiempo se han equiparado incluso a los partícipes de un vínculo privado, y más aun teniendo a cargo las propiamente atribuibles como estado, determinándose así de manera estricta la responsabilidad general del estado en sus distintos actuantes, principalmente en cabeza de las entidades administrativas, acercándose así a la sociedad como fuente principal de derecho y obligaciones a su administración en cuanto a sus procederes (actos administrativos). (consejodeestado.gov.co).

Teniendo en cuenta los distintos tipos de responsabilidades en las que pudiera verse inmersa la administración (Estado), es de interés mencionar algunas de las teorías tratadas por la jurisprudencia y la doctrina, y desarrolladas también por la universidad nacional abierta y a distancia (UNAD) reseñadas al caso colombiano:

Responsabilidad Directa: Esta teoría contempla al estado como sujeto de derechos y obligaciones, y respecto a ellos por tratarse de un “ente jurídico” le son aplicables el cumplimiento o incumplimiento de lo encomendado, en ese entendido las entidades al representar al estado, sus actuaciones se entenderán como las del estado propiamente realizadas, siendo así responsable como cualquier persona privada, natural o jurídica. (<http://datateca.unad.edu.co>)

Responsabilidad Indirecta: En concordancia con la teoría anteriormente mencionada, la responsabilidad indirecta plantea la responsabilidad del estado por acción u omisión, no obstante esta teoría se sitúa más en la responsabilidad de sus dependientes y no como el

Estado directamente, esto se puede entender en la responsabilidad atribuible al Estado por consecuencia de actuaciones de sus funcionarios, entidades, y demás partícipes que pudieran representar al estado. (<http://datateca.unad.edu.co>)

Responsabilidad por ejecución de trabajos públicos: esta teoría a pesar de que se ve inmersa la responsabilidad de hacer o no hacer, se enmarca más en el daño directamente causado a alguien o a algo con ocasión a la ejecución de “trabajos públicos”. (<http://datateca.unad.edu.co>)

Responsabilidad por falla del servicio: en esta teoría se contempla más no el hacer respecto al hacer, y esto resultante en la ausencia o suministro inadecuado de un servicio público, a diferencia de la anterior teoría, no se trata de una obligación en consecuencia de una ejecución de obra pública, sino más bien en la falta de ejecución de un servicio determinado, por lo general de carácter público. (<http://datateca.unad.edu.co>)

Responsabilidad por acto administrativo: esta teoría es la que por regla general se contempla en contratación estatal, específicamente acudiendo al código procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo respecto a las controversias contractuales, y se fundamenta en la responsabilidad del Estado como consecuencia de una afectación originada por un acto administrativo, aquí se da aplicabilidad a lo anteriormente mencionado con ocasión a la jurisdicción contencioso administrativa, originada por los fallos Blanco y Cadot. (<http://datateca.unad.edu.co>)

Responsabilidad por daño antijurídico: al respecto se contempla la responsabilidad del Estado respecto a la afectación de alguno o de varios asociados (ciudadanía) en razón a un daño del que pudiese producir por otro asociado o por el mismo estado, acudiendo como regla general a la omisión del Estado consecuente en esa afectación. (<http://datateca.unad.edu.co>)

Responsabilidad por el hecho del constituyente: la teoría de presente se plasma cuando por vía normativa se afecta a un grupo de asociados, de manera general en su actividad siempre y cuando se cumplan ciertas condiciones, entre ellas que aquella actividad sea lícita. (<http://datateca.unad.edu.co>)

Responsabilidad por daño especial: se plantea una carga a determinada persona o personas cuando se produce una manifestación de la administración, no obstante si bien esa carga puede estar ajustada a ley, la misma no puede ser asumida por quién es responsable de ella. (<http://datateca.unad.edu.co>)

Responsabilidad por expropiación en caso de guerra: como su nombre bien lo referencia, se surte cuando por circunstancias en caso de guerra, es necesario la utilización de un determinado bien o bienes, por lo cual se procede a su expropiación. (<http://datateca.unad.edu.co>)

Responsabilidad a causa de la administración de justicia: aunque en la actualidad puede decirse que ya no es un tema atípico, esta se endilga cuando la justicia comete un error y produce una afectación a una persona o personas, por lo general se producen por causa del administrador de justicia o falencias en el procedimiento. (<http://datateca.unad.edu.co>)

Responsabilidad por privación injusta de la libertad: aunque esto hace referencia a un tema netamente penal, hace referencia a la privación de la libertad sin cumplimiento de los requisitos procesales y sin atención a los principios fundamentales que rigen el ordenamiento jurídico, en el caso de contratación estatal por lo general se aplica al resultado de irregularidades en contratación estatal que se derivan de la privación de la libertad en el contexto penal, justa o injusta. (<http://datateca.unad.edu.co>)

Como se puede observar, el Estado puede ser acreedor de distintos tipos de responsabilidad por varios hechos propios de sus funciones o actuaries, y al mencionarse la responsabilidad extracontractual del estado frente a sus asociados, se enmarcan en responsabilidades legislativas, judiciales y administrativas, las cuales no solamente se sitúan solamente en temas contractuales sino del desarrollo estatal en general, lo cual implicaría responsabilidad por norma, juicio y acto administrativo. (<http://datateca.unad.edu.co>)

En ese orden de ideas, es aceptable mencionar que el Estado puede ser responsable por distintos tipos de actuaciones u omisiones, no obstante aquellas se pueden pretender por su cumplimiento mediante la jurisdicción naciente después de los fallos blanco y cadot, y esto es la jurisdicción contencioso administrativa, que equipara al ciudadano como parte en una posible controversia que pudiera generarse con el estado, dando así un acercamiento del ciudadano a sus dirigentes y las decisiones de la administración. (<http://www.fuac.edu.co>).

Ahora bien, en materia de responsabilidad extracontractual en materia administrativa, y en los cuales se ven inmersos los distintos tipos de contratos celebrados por el Estado para el cumplimiento de sus fines (contratación estatal), se hace imperioso mencionarse las consecuencias de la aplicabilidad de ese tipo de negocios jurídicos, así como la determinación

de las responsabilidades que están a cargo ya no solamente de los privados sino también del estado en sí. (<http://repository.urosario.edu.co>).

Es de importancia también resaltar que si bien la responsabilidad extracontractual que se surte de la contratación estatal estará en cabeza del Estado y la cual puede ser accionada por la ciudadanía acudiendo a los distintos mecanismos señalados en la ley, tales como las controversias contractuales mencionadas, y en especial por irregularidades en los procesos de selección y/o ejecución de determinado contrato, que resultan en una reparación de tipo patrimonial por no adecuarse las responsabilidades penales por las condiciones expuestas, ello no implica que éstas no puedan ser conexas con las responsabilidades enmarcadas en las teorías citadas, tales como la responsabilidad indirecta. (<http://repository.urosario.edu.co>).

De igual manera, al resaltar la importancia de la contratación estatal como base fundamental para el cumplimiento de las obligaciones del Estado, en especial en sus fines, es sensato establecer que la utilización de tales medios deba ser reglada, regulada y controlada de manera idónea y oportuna, en tal sentido en concordancia a los postulados constitucionales que se enmarcan en el “estatuto de contratación” principalmente en cabeza de la ley 80 de 1993, así como sus decretos reglamentarios a lo largo de su vigencia y en la actualidad reglamentación estipulada en el decreto 1082 de 2015, se han establecido las denominadas cláusulas excepcionales o exorbitantes, que tienen como finalidad otorgar a la administración una postura privilegiada respecto a los vínculos contractuales con privados por regla general para el cumplimiento de los fines estatales. (Ley 80 de 1993 - Decreto 1082 de 2015)

Si bien es cierto que estas cláusulas tanto de interpretación, terminación, modificación unilateral, caducidad y reversión, contenidas en la ley 80 de 1993 procuran el adecuado desarrollo del objeto contratado, y de esta manera exaltar el cumplimiento de la obligación a cargo de Estado, a lo cual podría denominarse una especie de responsabilidad positiva de la administración frente al mandato constitucional, también podría generar de cierta manera una responsabilidad negativa frente a su contraparte contractual y terceros, en especial el contratista. (<http://revistas.uexternado.edu.co>).

Como fundamento a lo anteriormente mencionado, se sitúa una posible responsabilidad negativa por parte de la administración o bien sea a la indebida aplicabilidad de las cláusulas excepcionales, o por errónea inclusión de las mismas en el vínculo contractual, tanto es así, que la legislación actual ha establecido los tipos de contratos en los cuales no se pueden ver

incorporadas, donde pueden según el acuerdo de voluntades incorporarse o no incorporarse, y por último cuando se entienden incorporadas aquellas sin ni siquiera haberse estipulado de manera formal en el contrato, dando estricto cumplimiento a la teoría de la primacía del poder estatal, incluso interpretándose así como un quebranto a la igualdad de las partes por tratarse de intereses y objetivos perseguidos con el contrato que van más allá de las decisiones propias de la administración, en este caso al deber ser contemplado por mandato constitucional. (<http://repository.urosario.edu.co>)

No obstante, puede colegirse de lo mencionado, que sí bien las cláusulas excepcionales son herramientas limitadas por distintos factores en su aplicación en un vínculo contractual (procedimiento), cabe destacar que ha sido de un avance por parte de la norma para propender el cumplimiento de los fines estatal, dando así un impulso en la debida utilización y conclusión que se busca por medio de los distintos procedimientos de contratación. (www.notinet.com.co)

CONCLUSIONES

El trabajo realizado nos señala de que realmente las cláusulas excepcionales o exorbitantes tienen un alcance de manera general garantista para el Estado en el sentido que permiten que los fines perseguidos con los contratos estatales, tales como la prestación del servicio y el interés general, puedan otorgar a la administración los mecanismos propios para la exigencia del objeto contractual, estableciéndose así este tipo de las cláusulas como atribuciones contenidas y definidas para el cumplimiento de aquellas obligaciones surtidas del vínculo contractual entre el Estado y sus contratistas.

No obstante, es importante aclarar que los procedimientos para hacer efectivas ese tipo de cláusulas, no siempre cumplen con la eficacia y efectividad necesaria, pues corresponde a un procedimiento que en cierto modo no resulta ágil para resolver el problema que se derive de la relación contractual.

En procura de desarrollar al tema planteado se encuentran varios factores que dejen muchas inquietudes respecto al alcance y aplicación de las cláusulas excepcionales.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado se enfatiza en la necesidad de las cláusulas excepcionales con la finalidad de garantizar la debida ejecución del contrato en procura del interés general y en protección del erario público, por lo cual se plantea la inquietud respecto si las cláusulas excepcionales son elementos integrales del contrato que permiten la supremacía estatal para ejercer un control sobre la debida ejecución del contrato, esto soportado que en la actualidad se evidencian tantas falencias en las actividades de la contratación, falencias talen que van en detrimento del patrimonio público y del interés general, así mismo otra incertidumbre conexas es si realmente la tesis que se plantea alrededor de la supremacía de la administración sobre el contratista es un factor objetivo para garantizar debida ejecución del contrato o si por el contrario causa diferencias entre las partes que impiden un adecuado cumplimiento.

PROPUESTAS

Con base en lo anterior, es razonable deducir de cierta manera que sí bien las normas le han proporcionado al Estado de herramientas legales para el cumplimiento de sus fines al igual que el predominio y distinción en una relación contractual, éstas herramientas no son del todo garantistas al ser exigibles, teniendo como declives entre otras, los términos de aplicación, pruebas, subsanaciones, generando así limitantes tanto en eficacia y eficiencia, por lo tanto es de importancia que los procedimientos para su aplicabilidad sean ágiles, si bien garantistas y en respeto del debido proceso, deben ser estrictos en sus términos y obligaciones, adecuándose así a las necesidades y circunstancias que impidan dilatar la aplicabilidad de aquellas.

Meses										
Actividad	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10
Propuesta										
Estado del Arte										
1ra Socialización										
Marco teórico-conceptual										
Conclusiones										
Entrega										

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

De La Hoz, José Antonio (2011) *Clausulas exorbitantes del derecho común en la ley No. 737 de contrataciones administrativas del sector público*. Universidad Centroamericana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Managua, Nicaragua

Palacio Hincapié, Juan Ángel, (2010) *La contratación de las entidades estatales*, Librería Jurídica Sánchez r. Ltda, Cartagena, Colombia

Matallana, Ernesto (2013). *Manual de contratación de la administración pública*, Editorial Universidad Externado De Colombia, Bogotá, Colombia

Lehuedé, Eduardo Jequier (2013). *Terminación unilateral del contrato de concesión municipal y reclamo de ilegalidad (Ley No. 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades), Análisis Jurisprudencial* . Revista de Derecho, Universidad Católica Del Norte, Antofagasta, Chile

Martínez Manuela Alcocer – Chaverra Ivonne Arabia (2013). *Mecanismos de control de las entidades estatales para el cumplimiento del objeto contractual*, Trabajo de grado presentado como requisito parcial para optar el título de Abogado. Universidad EAFIT, Medellín, Colombia.

Mojica, Felipe, (2007). *Algunos apuntes sobre la caducidad de los contratos estatales en el régimen jurídico colombiano*, Revista virtual via inveniendi et iudicandi “ camino del hallazgo y de juicio”, Bogotá, Colombia

Grueso Rodríguez, María Elena (2014) *Las Particularidades de las Entidades Estatales de Naturaleza Única y Régimen Especial*. Revista Republicana, Corporación Universitaria Republicana, Bogotá, Colombia .

Fuentes Legales y Jurisprudenciales

- Ley 80 de 1993
- Decreto 1082 de 2015
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-1341 de 2001
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-949 de 2001
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-1514 de 2000

- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-454 de 1994

Sitios Web.

- <http://repository.urosario.edu.co>
- <http://www.procuraduria.gov.co>
- <http://www.javeriana.edu.co>
- <http://www.scielo.org.co/scielo>
- <http://www.alcaldiabogota.gov.co>
- <http://colcontratoestatal.blogspot.com.co>
- <http://datateca.unad.edu.co>
- <http://el-desparch.blogspot.com.co>
- <https://www.ramajudicial.gov.co>
- <http://consejodeestado.gov.co>
- <http://www.fuac.edu.co>
- <http://repository.urosario.edu.co>
- <http://revistas.uexternado.edu.co>