

DE LAS POTESTADES EXCEPCIONALES EN LA
CONTRATACIÓN ESTATAL COLOMBIANA:
¿INSTRUMENTOS PARA LA DEFENSA DEL INTERÉS
GENERAL O SUPERPOSICIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN?
*CARLOS FERNANDO AMAYA RODRÍGUEZ**



THE EXCEPTIONAL POWERS IN THE
COLOMBIAN GOVERNMENT PROCUREMENT:
POSSIBLE TOOLS FOR THE DEFENSE OF GENERAL
INTEREST OR OVERLAPPING ADMINISTRATION?

RESUMEN

La contratación estatal colombiana se ha ceñido a las reglas de los códigos Civil y de Comercio en lo que a su ejecución se refiere, salvo lo que de manera expresa esté regulado por la Ley 80 de 1993 y las demás normas aplicables. A partir de este punto, se entregan atribuciones especiales que exceden de la igualdad de las partes contratantes en favor de la administración para la correcta ejecución del contrato. Como quiera que estas potestades se enfocan en asegurar el cumplimiento del contrato –que no es otra cosa que el interés general–, se hace necesario por medio de la consulta de fuentes secundarias una revisión de las mismas a fin de comprender si son en efecto herramientas para el aseguramiento del interés general o, por el contrario, excesos de poder de la administración pública, lo cual será evidenciable solo si su uso se hace por fuera de los límites que el legislador ha fijado para estas potestades especiales de la contratación estatal.

* Abogado del Colegio Jurídico y Ciencias Sociales de UNICOC (Colombia), Especialista en Contratación Estatal de la Universidad de la Sabana y estudiante de los cursos de Doctorado en Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Se desempeña como Secretario Académico (E) del Colegio Jurídico y de Ciencias Sociales de la Institución Universitaria Colegios de Colombia –UNICOC– y es profesor de derecho administrativo especial I, II y Contratación Estatal de la misma casa de estudios, *e-mail* [cfamaya@unicoc.edu.co].

PALABRAS CLAVE: Contratación Estatal; Excepcionalidad; Interés General; Unilateral.

ABSTRACT

Colombian government procurement has adhered to the rules of the Civil Code and Commercial Code, which refer to its application, except as expressly regulated by Law 80 of 1993 and other applicable standards. From this point it is that special powers that go beyond equality of the contracting parties on behalf of the Administration for the proper performance of the contract are delivered. Since these powers are focused on ensuring compliance with the contract that is nothing other than the general interest, it is necessary through consultation of secondary sources a review of them in order to understand if they are effective tools for securing the general interest or otherwise excessive power of the Public Administration; which will probe only if their use is outside the limits which the legislature has set for these special powers of government contracting.

KEYWORDS: State Contracting, Exceptional, General Interest, Unilateral.

Fecha de presentación: 18 de abril de 2016. Revisión: 3 de mayo de 2016. Fecha de aceptación: 23 de mayo de 2016.



I. INTRODUCCIÓN

La Constitución Política de Colombia de 1991¹ y la Ley 80 de 28 de octubre de 1993² definieron que la contratación estatal estará destinada a la ejecución y prestación del interés general que se pretenderá con los diversos objetos contractuales. Para ello se regula y reglamenta todo el proceso de contratación pública colombiana, desde la preparación del contrato, la ejecución e incluso la liquidación del mismo.

En el marco de esa regulación y con el propósito de cumplir el interés general que se propende con los contratos estatales, se ha definido una regla máxima para ellos, la cual es que todo lo relativo a la contratación pública se regirá por el derecho civil y comercial colombiano salvo lo que en forma excepcional esté regulado por la Ley 80 de 1993 y demás normas que se ocupen del tema, como lo son las modalidades de selección objetiva de contratistas, los principios de

1 Disponible en [http://www.procuraduria.gov.co/guiamp/media/file/Macroproceso%20Disciplinario/Constitucion_Politica_de_Colombia.htm].

2 *Diario Oficial*, n.º 41.094, de 28 de octubre de 1993, disponible en [<http://www.alcaldia-bogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=304>].

la contratación pública, la competencia para contratar de las entidades públicas, las potestades excepcionales (antes llamadas cláusulas exorbitantes), entre otras.

Es aquí que se advierte la potestad de mando de la administración sobre sus contratistas, en las que sobresalen las potestades excepcionales que le permiten a la entidad contratante la interpretación, modificación, terminación unilateral del contrato, reversión de los bienes objeto y destinados al contrato y la declaratoria de caducidad del mismo que podrán ser decretadas de manera unilateral por la administración siempre que así lo demande el interés general, que excepcionan las reglas del derecho privado.

En el presente artículo se persigue el objetivo de realizar una descripción de esas facultades excepcionales al derecho privado, por medio de la revisión de los conceptos y sus alcances, de la mano de una revisión de las normas del Estatuto de la Contratación Pública colombiana, la doctrina y la jurisprudencia.

Para el efecto se realiza un encuadre preliminar de la temática de las potestades excepcionales en el entendido de advertir si son éstas herramientas al servicio del interés general o una mera súper posición de la administración sobre sus contratistas, se abordará en un segundo momento la categoría conceptual del interés general como un medio diferenciador de la esencia del contrato estatal, para luego realizar una descripción de las potestades excepcionales de la administración en el marco de las normas contractuales del Estado vigentes. Al finalizar y con base en la información recaudada, se desarrolla la tensión que se encierra en el marco del primer apartado del presente documento.

II. PRELIMINARES

La actividad contractual del Estado estará orientada por el fin constitucional de éste de buscar, proveer y garantizar el interés general. Para ello y de la mano de un particular denominando “contratista o colaborador”, realiza la prestación de los servicios públicos³ bajo la orientación de los principios de continuidad, calidad y eficacia.

3 Entiéndase por servicios públicos al conjunto de actuaciones del Estado orientadas a satisfacer necesidades sociales tales como: transporte, educación, salud, saneamiento básico, entre otros.

Para tal propósito, el constituyente y el legislador establecieron unos marcos para el ejercicio de la función contractual del Estado, en donde se construyen una serie de fórmulas jurídicas que pretenden asegurar el cumplimiento de los principios y fines de la contratación estatal, de tal suerte que se permita el desarrollo eficiente de los acuerdos de voluntades en donde el Estado se ha hecho parte en uso de su potestad de mando, es decir en ejercicio de la función administrativa.

El marco normativo de la contratación estatal colombiana ha sido fijado por la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 16 de julio de 2007⁴ que dispuso que para cumplir con los fines de la contratación estatal, en lo referido a la ejecución y el desarrollo de la actividad contractual, se deberá aplicar lo preceptuado por las normas de los códigos Civil y de Comercio, salvo lo que de manera excepcional esté regulado por las normas especiales de contratación pública.

Es a partir de esas regulaciones expresas emanadas de las normas especiales de contratación estatal, que la administración desarrolla una serie de atribuciones, prerrogativas y poderes especiales, referidas a la ejecución del contrato público en contraposición a su par dentro del derecho privado. Estas atribuciones especiales pueden evidenciarse en los procedimientos para la selección de contratistas, las formalidades o solemnidades que se exigen sobre el contrato, la exigencia de garantías especiales que aseguren el objeto, la imposición de apremios y el ejercicio de las potestades excepcionales⁵.

La cuestión está en constituir el grado de justificación de las potestades excepcionales, pues la misma norma ha establecido que estas situaciones son fruto de la necesidad de dotar a la administración de facultades que le permitan proteger los fines para los que ha sido propuesta la contratación estatal, que no son otros que la satisfacción de los intereses colectivos o generales por medio de la prestación de los servicios públicos.

4 *Diario Oficial*, n.º 46.691, de 16 de julio de 2007, disponible en [http://www.secretariase-nado.gov.co/senado/basedoc/ley_1150_2007.html].

5 Las potestades excepcionales, es el nombre dado bajo la Ley 80 de 1993 a las antiguas cláusulas exorbitantes contempladas en el Decreto Ley 222 de 1984.

Lo anterior implica que la administración haga uso de su potestad de mando al romper con la igualdad que se predica de las partes de un negocio jurídico o contrato privado en lo que a la gestión y ejecución de éste se refiere. De tal suerte que para cumplir con el fin ya referido de la contratación estatal, la administración durante la ejecución del contrato podrá liquidarlo, darlo por terminado, por incumplido, interpretarle y modificarle todo lo dicho de manera unilateral, aplicar la reversión de los bienes entregados o necesarios para la gestión de un servicio público, e incluso caducarlo (con todo lo que implica realizar dicha declaración).

En el ejercicio de dichas potestades por parte de la administración, es que se hace palpable por parte del contratista el sentimiento de desprotección y desventaja ante el poder del Estado, o en palabras más realistas, el surgimiento de la inseguridad jurídica en lo que a negocios públicos se refiere.

Vale la pena entonces cuestionarse sobre si son las potestades excepcionales en el marco de la contratación estatal medios para la garantía de la búsqueda, satisfacción y garantía del interés general y las necesidades sociales, o más bien un mero ejercicio de superposición de la administración sobre los particulares.

III. EL INTERÉS GENERAL COMO JUSTIFICACIÓN DEL CONTRATO PÚBLICO

Como soporte de la existencia de los contratos estatales, no se deben perder de vista las siguientes situaciones: que son una expresión de las actuaciones administrativas y que su diseño responde a una necesidad de establecer el medio para el cumplimiento de los fines del Estado (provisión del interés general). Para el propósito del presente apartado se hará una revisión doctrinal y jurisprudencial relativa a identificar el interés general como justificante de la existencia de una regulación especial y de una tipología especial respecto de los contratos públicos y el régimen de poderes espaciales de la administración dentro del contrato.

La doctrina ha definido a *grosso modo* que el contrato estatal recibe su esencia de estatal o público, no por el simple hecho de que una de las voluntades contractuales del acto jurídico sea la adminis-

tración, sino que la finalidad *per se* de dicho negocio es la satisfacción del interés general, de forma tal que

En el ámbito contractual, la idea de lo público se vincula, por una parte, con el Estado como sujeto contratante pero, fundamentalmente, su principal conexión es con el interés general o bien común que persiguen, de manera relevante e inmediata, los órganos estatales al ejercer la función administrativa⁶.

Luego entonces el contrato estatal se entiende como un medio para la búsqueda, satisfacción y garantía de los intereses comunes a la sociedad.

En el mismo sentido, la Corte Constitucional ha advertido que la especialidad sustancial y formal del contrato estatal esta dada en razón al interés general que con ocasión del contrato se busca satisfacer, pues

El fin de la contratación pública en el Estado social de derecho está directamente asociado al cumplimiento del interés general, puesto que 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. El interés general, además de guiar y explicar la manera como el legislador está llamado a regular el régimen de contratación administrativa, determina las actuaciones de la administración, de los servidores que la representan y de los contratistas, estos últimos vinculados al cumplimiento de las obligaciones generales de todo contrato y por ende supeditados al cumplimiento de los fines del Estado⁷.

De lo anterior se concluye que interés general respecto de los contratos estatales es la justificación para su régimen especial por cuanto son el medio para la obtención y satisfacción de las necesidades sociales.

6 JUAN CARLOS CASSAGNE. "Características principales del régimen de contrataciones de la administración nacional", *Revista Derecho Administrativo*, n.º 49, 2004, disponible en [<http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/Cassagne/CASSAGNE%20-%20Caracteristicas%20principales%20del%20RCAN.pdf>], p. 1.

7 Sentencia C-713 de 7 de octubre 2009, M. P.: MARÍA VICTORIA CALLE CORREA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2009/C-713-09.htm>].

En razón a la especialidad que se ha reconocido al contrato estatal con ocasión del interés general, el legislador colombiano ha configurado en el marco del Estatuto General de la Contratación Pública una serie de herramientas y prerrogativas exclusivas para la administración (potestades excepcionales), la cuales tienen por finalidad permitir a la administración el correcto ejercicio y aplicación de la contratación estatal en lo que refiere a la provisión del interés general.

IV. DE LAS POTESTADES EXCEPCIONALES DE LA ADMINISTRACIÓN EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL COLOMBIANA

El legislador mediante ley de la República reguló todo lo pertinente a la contratación pública en Colombia, a través de la Ley 80 de 1993 ya citada, reformada por la Ley 1150 de 2007 y reglamentadas por el Decreto 1510 de 17 de julio de 2013⁸ y el Decreto 1082 de 26 de mayo de 2015⁹, que en conjunto con las demás disposiciones concordantes, conforman el Estatuto General de Contratación Pública de Colombia, en donde quedaron establecidas las potestades excepcionales de la administración aplicables durante la ejecución contractual.

Las potestades excepcionales son instrumentos jurídicos exorbitantes al derecho civil y comercial¹⁰, es decir, a las reglas contractuales que en el marco del derecho privado no son aplicables a los negocios jurídicos regulados por esta área del derecho, los cuales son utilizados por la administración pública en el ejercicio de la contratación estatal cuando el interés general o la salvaguarda del objeto del contrato así lo demanden. De esta manera, se dota a la entidad contratante de prerrogativas y potestades especiales sobre su contratista para lo cual toman distancia del derecho privado, afirma el profesor CARLOS BALBÍN que son aquellas que

8 *Diario Oficial*, n.º 48.854, de 17 de julio de 2013, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=53776>].

9 *Diario Oficial*, n.º 49.523, de 26 de mayo de 2015, disponible en [<https://www.dnp.gov.co/Paginas/Normativa/Decreto-1082-de-2015.aspx>].

10 Artículo 13 Ley 80 de 1993. Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2.º del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley.

reconocen poderes excepcionales al Estado que en principio rompen el equilibrio e igualdad entre las partes [...] Pero, ¿cuándo una disposición contractual es exorbitante? Dijimos que su tono exagerado es sí en relación con el derecho privado, es decir, si comparamos el contrato del derecho público con el privado. Por eso, las cláusulas son exorbitantes cuando son ilícitas o inusuales en el contexto de derecho privado¹¹.

Con lo que queda confirmado que son potestades recogidas en cláusulas contractuales que excepcionan la tradicionalidad e igualdad de partes que se profesa en el contrato entre particulares.

Estas potestades son taxativas y de carácter restrictivo en lo que a su aplicación e interpretación se refiere, es decir que solo están sujetas al contenido de la norma que las genera, no pueden hacerse interpretaciones sobre la oportunidad y el mérito para imponerlas. La Ley 80 de 1993 definió como potestades excepcionales las siguientes: la interpretación, la modificación, la terminación unilateral del contrato, la caducidad y la reversión.

De las potestades excepcionales se predica que deben ejercerse durante la vigencia de la ejecución contractual, así como cuando las necesidades frente al interés general que representa el contrato lo ameriten, pues recordemos que “Estas cláusulas se derivan fundamentalmente de la presencia del interés general de los contratos estatales y de la especial naturaleza de los mismos”¹².

Como quiera que la finalidad de dichas potestades no es otra que la protección del interés general objeto del contrato, es imperante mencionar que ésta se ve reflejada por la prestación de servicios públicos con calidad, continuidad, eficacia y economía, concluyéndose que es precisamente ese contrato estatal que ha sido concebido como el medio para la prestación de esos servicios públicos y, por consiguiente, la satisfacción del interés general, por lo que el uso de las potestades solo es posible durante la ejecución del contrato y no por fuera del término.

11 CARLOS F. BALBÍN. *Manual de derecho administrativo*, 2.ª ed. actualizada y ampliada, Buenos Aires, La Ley, 2014, p. 443.

12 CARLOS GUILLERMO CASTRO CUENCA, LUISA FERNANDA GARCÍA LÓPEZ y JUAN RAMÓN MARTÍNEZ VARGAS. *La contratación estatal: Teoría general, perspectiva comparada y regulación internacional*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2010, p. 263

La misma norma de contratación estatal colombiana ha definido a estas potestades como el medio para el cumplimiento de las obligaciones contractuales; para el efecto el numeral 1 del artículo 14 de la Ley 80 de 1993 definió que las entidades contratantes

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

Para el ejercicio de la mayoría de las potestades especiales se exige que la administración haya agotado la conciliación o un acuerdo con su contratista en los aspectos que motiven el ejercicio de una de tales atribuciones en el marco de la ejecución del contrato estatal, situación que debe quedar consignada en la motivación o en las consideraciones del acto administrativo por medio del cual se haga uso de la potestad excepcional.

A continuación se hará una breve revisión normativa, doctrinaria y jurisprudencial de las potestades excepcionales establecidas por el ordenamiento jurídico colombiano, las cuales son a saber: la modificación, la interpretación, la terminación unilateral del contrato, la reversión de los bienes entregados o construidos para desarrollo del contrato y la caducidad del contrato.

La *modificación unilateral* del contrato en donde la entidad contratante durante la ejecución llegase a advertir que si el pacto realizado, afectará o paralizará el servicio público que se pretende satisfacer, deberá entonces acudir al *ius variandi* y realizar los ajustes necesarios para poder seguir con la ejecución.

Sin embargo, ante tal potestad y la abierta desigualdad del contratista que se genera de esta cláusula, la doctrina –como es el caso del abogado SAMUEL YONG SERRANO¹³– y la jurisprudencia han definido

13 SAMUEL YONG SERRANO. *El contrato estatal en el contexto de la nueva legislación*, 3.ª ed., Bogotá, Ibáñez, 2013.

los límites a su uso y aplicación. Por ejemplo, la Corte Constitucional en su Sentencia C-949 de 5 de septiembre de 2001¹⁴ definió que la modificación del contrato es una potestad reglada, como todas las demás y el uso de una modificación unilateral deberá intentarse primero por mutuo acuerdo. El uso de la modificación debe ser solo para imprevistos que verdaderamente pudieran afectar el proceso de ejecución contractual y nunca con la finalidad de subsanar errores o defectos del proceso de planeación precontractual¹⁵.

Ejercer la modificación unilateral por parte de la administración le impone el deber de restablecer el equilibrio económico del contrato en favor del contratista, de igual forma y como todas las demás potestades, deben ser aplicadas mediante acto administrativo motivado “en el que se justifiquen las razones de interés público que dieron lugar a alterar las condiciones iniciales del contrato”¹⁶.

En todo caso, el contratista puede –en la eventualidad de que la modificación del contrato supere en un 20% o más el valor original del mismo–, renunciarlo sin lugar a la imposición de sanción alguna, y como consecuencia, se debe proceder a la terminación y liquidación respectiva de conformidad con las reglas de la Ley 80 de 1993 y la entidad contratante deberá ejercer las acciones que considere prudentes y necesarias para seguir con la ejecución del contrato.

La terminación unilateral del contrato es una potestad excepcional de la administración regulada en el artículo 17 de la Ley 80 de 1993, en donde se definieron los motivos por los cuales se podrán dar la terminación unilateral del contrato, que en todo caso, guardan relación con la finalidad de salvaguardar el interés general que se predica del ejercicio excepcional de la administración.

De un análisis exegético se concluye que la terminación implica la finalización del acuerdo de voluntades entre la entidad y el particular colaborador en la gestión indirecta de la función administrativa. De igual manera, la doctrina y la jurisprudencia han establecido en que la

14 M. P.: CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-949-01.htm>].

15 YONG SERRANO. El contrato estatal en el contexto de la nueva legislación, cit., pp. 227 a 230.

16 *Ibíd.*, p. 230.

terminación nunca implicará una sanción al contratista, ni un reproche por posibles incumplimientos

por esa razón el tratamiento en la Ley 80 de 1993 fue distinto, es decir, hoy la terminación unilateral no genera las consecuencias jurídicas propias de la declaratoria de caducidad de un contrato estatal, tales como la inhabilidad para contratar con el Estado¹⁷.

Y su uso deberá estar siempre en la aplicación exegética de las causas constituidas por el artículo 17 de la Ley 80 de 1993.

El Consejo de Estado ha reafirmado su carácter de potestad no sancionatoria de incumplimiento, sino protectora del interés general por cuanto “esta especie o modalidad de terminación unilateral de los contratos no comporta la imposición de sanción alguna”¹⁸. La Corte Constitucional ha expuesto a su turno, que la norma establece respecto de esta terminación, que debe ser entendida como una “prerogativa de la administración, por motivos de interés general y con el fin de obtener de manera oportuna y eficiente los bienes o servicios propuestos”¹⁹. Evitando entonces que con el desarrollo y la ejecución del contrato se genere una afectación grave o una paralización en la prestación de los servicios públicos²⁰.

La interpretación unilateral de los contratos consiste básicamente en que la administración, ante cualquier discrepancia sobre la interpretación del contenido o cláusulas del acuerdo jurídico, resuelve mediante acto administrativo motivado, en donde la entidad consignará la interpretación del articulado objeto de discordia entre las partes.

La finalidad de esta potestad es evitar que con ocasión de dichas controversias interpretativas se genere afectación y parálisis al con-

17 MAURICIO FERNANDO RODRÍGUEZ TAMAYO. *Los contratos estatales en Colombia*, Bogotá, Librería Jurídica Sánchez R., 2013, p. 416.

18 CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A. Sentencia de 9 de mayo de 2012, exp. 20.968, C. P.: MAURICIO FAJARDO Gómez.

19 Corte Constitucional. Sentencia C-454 de 20 de octubre de 1994, M. P.: FABIO MORÓN DÍAZ, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=5949>].

20 El artículo 14 de la Ley 80 de 1993 expresa en los fines en los que se deben enmarcar las potestades excepcionales de la contratación pública en Colombia.

trato. Sobre este particular, el profesor JORGE FANDIÑO GALLO concluye que esta “es procedente cuando de las discrepancias sobre la interpretación del contrato se puede llegar a paralización o afectación grave del servicio público que se pretende satisfacer con el contrato”²¹. Por lo que su uso solo será posible cuando no exista acuerdo entre las partes por el significado del texto contractual y como consecuencia de dicho desacuerdo se pueda afectar o detener la ejecución del contrato.

La cláusula de reversión tiene por particularidad *per se* el hecho de ser usada o mejor aplicada solo en los contratos de concesión y recientemente en los proyectos de asociación público privados o APP'S. Esta prerrogativa de la administración se ejerce cuando finaliza el término de duración de la concesión o proyecto (a diferencia de las demás que deben ser solo durante la vigencia del mismo) de tal suerte que finalizado el contrato todos “los elementos y bienes directamente destinados a su ejecución pasan a ser propiedad de la entidad pública contratante, sin que a para ello ésta deba efectuar compensación alguna”²². Es decir que los bienes necesarios y utilizados para el ejercicio de la actividad objeto de la concesión serán transferidos a título *gratuito* a la entidad contratante.

En el caso de la concesión de obra pública en donde el bien inmueble público cuya construcción, mantenimiento, reparación, entre otros ha sido financiado²³ a través de un modelo de concesión, debe ser reintegrado a la entidad contratante que a fin de cuentas es la propietaria del inmueble objeto de la concesión.

La transferencia de los bienes muebles e inmuebles destinados al desarrollo del objeto de la concesión por parte del concesionario a la entidad contratante, se hace a título gratuito, sin que por esta operación la administración tenga el deber de indemnizar algún tipo de perjuicio causado al contratista, puesto que

21 JORGE ELIECER FANDIÑO GALLO. *La contratación estatal*, Bogotá, Leyer, 2014, p. 366.

22 CARLOS PACHÓN LUCAS. *Contratación pública: análisis normativo, descripción de podreimientos, estatuto general, normas complementarias, decretos 1510 de 2013 y 791 de 2014, directrices de Colombia compra eficiente*, 6.^a ed., Bogotá, ECOE Ediciones, 2014, p. 156.

23 Es importante mencionar que para muchos académicos de la contratación estatal, la concesión, más que un contrato del Estado, es entendida como un modelo o esquema financiero para el desarrollo de proyectos de gran magnitud en infraestructura.

la razón de ser se halla en la continuidad del servicio o actividad al término del contrato y se justifica en el entendido que el contratista estimó anticipadamente los costos derivados de la cláusula y los incorporó a su oferta, con lo cual queda a salvo la ecuación financiera²⁴.

Estableciéndose así la ausencia de responsabilidad del Estado de indemnizar por el uso de esta potestad, pues ésta se hace necesaria con el fin de asegurar que después de finalizada la gestión del servicio público por parte del concesionario, la misma podrá seguir siendo atendida por un nuevo concesionario o el mismo Estado sin generar mayores traumatismos al interés general.

Sin embargo, el abogado CARLOS PACHÓN advierte que esta reversión tienen sus límites en las concesión especiales, como lo son los temas mineros, ya que

en las explotaciones y concesiones mineras, de acuerdo con el Código de Minas (art. 74), la cláusula de reversión de equipos, instalaciones y obras mineras, se circunscriben a concesiones de gran minería. En los contratos de mediana y pequeña minería, de explotación, no opera la reversión, a menos que a juicio del Ministerio de Minas y Energías sea necesario conservar las instalaciones fijas y las excavaciones para iniciar un nuevo proyecto²⁵.

Así mismo, en lo que se refiere a los contratos de concesión del espectro electromagnético para la explotación de la actividad de las telecomunicaciones, “la reversión opera únicamente respecto de los bienes estatales”²⁶.

Por último, dentro de los poderes especiales de la administración, con ocasión del contrato estatal se encuentra el tema de la caducidad. Facultad que es muy sonada frente a eventos de demora e incumplimientos que lleven a la parálisis o grave afectación de la ejecución del contrato, generando con su declaratoria la terminación del mismo y la

24 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-250 de 6 de junio de 1996, M. P.: HERNANDO HERRERA VERGARA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/c-250-96.htm>].

25 PACHÓN LUCAS. *Contratación pública...* cit., pp. 156 y 157.

26 *Ibíd.*, p. 157.

imposición de sanciones e inhabilidades sobrevinientes al contratista que es objeto de la misma.

La Ley 80 de 1993 dispuso en su artículo 18

De la caducidad y sus efectos. 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, 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. 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. La declaratoria de caducidad no impedirá que la entidad contratante tome posesión de la obra o continúe inmediatamente la ejecución del objeto contratado, bien sea a través del garante o de otro contratista, a quien a su vez se le podrá declarar la caducidad, cuando a ello hubiere lugar. Si se declara la caducidad no habrá lugar a indemnización para el contratista, quien se hará acreedor a las sanciones e inhabilidades previstas en esta ley. La declaratoria de caducidad será constitutiva del siniestro de incumplimiento.

El marco de la normatividad de la cláusula de caducidad de los contratos estatales abre la posibilidad de que la entidad valore la oportunidad y el mérito de la aplicación de la misma, o la adopción de medidas conducentes a evitar que se afecte la normal ejecución del contrato.

Las medidas distintas a la imposición de la caducidad bien pueden ser la imposición de multas para motivar al contratista a cumplir con los términos del contrato o efectuar la cesión del mismo, tal como fue el sonado caso de la obra de la troncal de la calle 26 del sistema de transporte masivo de Bogotá, TransMilenio, en donde el contrato de obra pública suscrito entre el Instituto de Desarrollo Urbano –IDU– y el Grupo Nule, fue objeto de uno de los escándalos más sonados de corrupción e incumplimiento en los últimos años en Colombia. Para dicha ocasión, la directora del IDU tomó la decisión de no caducar el contrato con el Grupo Nule, sino por el contrario, optó por cederlo en razón a los más de 80 contratos que quedarían en el aire debido a la inhabilidad sobreviniente sobre el Grupo, y las condiciones climáticas que para aquel entonces acaecían sobre Bogotá, que afectarían aún más la paralización de las obras en la citada troncal de la 26. Esta cesión fue avalada por la compañía aseguradora, quien con-

sideró prudente la decisión del grupo Nule y el IDU, siendo a pesar de las opiniones en contrario, la más acertada en términos de mérito y oportunidad para la ejecución del contrato²⁷.

Al igual que en las demás cláusulas excepcionales, su imposición está obligada a la expedición de un acto administrativo motivado en donde la entidad contratante realice una exposición clara y detallada de los motivos, hechos, situaciones, entre otros, generados por parte del contratista, que derivan en una parálisis a la ejecución del contrato o una grave afectación al mismo, a fin de dar por terminada la relación contractual e imponer las sanciones que hubiere a lugar.

Nótese, que tanto en la terminación unilateral como en la caducidad, amabas implican la extinción del negocio jurídico que representa con el contrato estatal, que es objeto de éstas. En el fondo, amabas guardan relación en lo que se refiere a la principal motivación para su aplicación, es decir, la protección del interés general, la diferencia se encuentra en las consecuencias que tiene la aplicación de una u otra respecto del contratista.

V. ¿SUPERPOSICIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN O DEFENSA DEL INTERÉS GENERAL?

Las potestades excepcionales de la administración han sido concebidas como medios para salvaguardar la defensa del interés general que se persigue en el marco de los contratos estatales. No obstante, no se puede desconocer que estas potestades representan situaciones de poder y superioridad de la administración frente a sus contratistas, definidas por GEORGE VEDEL como

estipulaciones cuyo objeto es conferir a las partes derecho u obligaciones ajenos por su naturaleza a aquellos que son susceptibles de ser libremente consentidos por una persona en el marco de las leyes civiles o comerciales²⁸.

27 "Conalvías terminará de construir TransMilenio por la 26", *El Tiempo*, 12 de febrero de 2010, disponible en [<http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-7195307>], consultado el 4 de octubre de 2015.

28 GEORGE VEDEL. *Derecho administrativo*, Madrid, Aguilar, 1980, p. 191.

Las potestades excepcionales son una limitación al principio de la autonomía de la voluntad privada de las partes, el cual está presente en casi todos los actos jurídicos denominados como contratos, pues su uso implica un ejercicio de la posición dominante, en palabras de JOSÉ DROMI, estas son

clausulas derogatorias del derecho común, inadmisibles en los contratos privados, porque rompen el principio esencial de la igualdad de los contantes y la libertad contractual que prima en la contratación civil²⁹.

Se puede advertir entonces, que estas cláusulas buscan diferenciar el contrato estatal del civil, reafirmando la superioridad de la voluntad de la administración respecto de sus contratistas, suprimiendo así la autonomía del contratista, por cuanto es la administración quien define la estructura general del contrato estatal respecto a su objeto, cláusulas, obligaciones, etc., lo cual quiere decir que en el contrato estatal el contratista solo se puede adherir a lo que estipule la administración.

Afirma el profesor JUAN CARLOS CASSAGNE que

la inserción de una cláusula exorbitante en un contrato celebrado por la administración tenía la virtud de convertirlo en administrativo, ya que, según la doctrina dominante en Francia, tal circunstancia hace presumir la intención de acudir al régimen del contrato público³⁰.

Buscando de esta manera diferenciarle de su par privado al expresar un ejercicio de limitación a la voluntad privada mediante un régimen excepcional establecido en las normas de contratación administrativa.

Estas potestades o prerrogativas excepcionales de la administración en el ejercicio de un contrato estatal, encuentran su sentido en el ámbito de la protección del interés general y el cumplimiento del objeto del contrato que apunta –a fin de cuentas– a la provisión del citado interés, lo cual genera en el entendido de la administración la

29 JOSÉ ROBERTO DROMI. *Licitación pública*, Buenos Aires, Astrea, 1980, p. 315.

30 JUAN CARLOS CASSAGNE. *El contrato administrativo*, 3.ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009, p. 19.

necesidad de sobreponerse a su contratista por medio de poderes especiales para el *cumplimiento de sus deberes*, tomando las medidas que considere necesarias para hacer cumplir el contrato y su objeto sin necesidad de acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo para tomar tales decisiones³¹.

Empero, no se puede obviar que el Estado colombiano se ha constituido como Estado social de derecho que reconoce la competencia y la autonomía privada de la voluntad de las partes como derecho constitucional, por lo que el uso de las potestades excepcionales y su presencia en la contratación estatal resta competitividad al Estado. La abogada y profesora MARÍA TERESA PALACIO JARAMILLO afirma que

No podemos pretender y transitar los caminos de un Estado competitivo, desregularizado, globalizado y desmonopolizado, basado, en su contratación, en el principio de autonomía de la voluntad y en las normas del Código Civil y del Código de Comercio, con regulaciones paralelas que contradicen abiertamente esta orientación y se fundamentan en la generalización de la exorbitancia pública y en la subordinación plena del contratista. Esto carece de coherencia y solo logra crear mayor inseguridad jurídica, que es, en mi sentir, el mayor problema existente en nuestro país, incluso peor y más dañino, a nivel de inversión, que la propia situación de orden público y de conflicto interno³².

Por lo que si bien es cierto la norma ha orientado el deber ser de las potestades excepcionales en procura del interés general, estas –bajo el argumento ya citado– resultan en nocivas e incompatibles con el modelo de Estado que se definió para Colombia en 1991, generando temor en los contratistas al no existir confianza en la igualdad y seguridad jurídicas en los términos de suscripción de los contratos estatales.

Las potestades excepcionales también reciben crítica por cuanto son contradictorias a sí mismas, ya que si bien buscan proteger el interés general que se persigue con el contrato, la realidad difiere de

31 CIRO NORBERTO GÜECHÁ MEDINA. “Falacia de las cláusulas exorbitantes en la contratación estatal”, *Revista Opinión Jurídica*, vol. 5, n.º 10, julio-diciembre de 2006, Universidad de Medellín, p. 43.

32 MARÍA TERESA PALACIO JARAMILLO. “Cláusulas excepcionales”, *Revista de Derecho Público*, n.º 17, Bogotá, Universidad de los Andes, 2004, p. 110.

la teoría. Por ejemplo, en el caso de la modificación unilateral del contrato, en donde se puede dar una materialización “en mayores costes para la inversión pública y en claros focos de corrupción, por lo que debe extremarse el celo frente a esta figura jurídica”³³. En otras palabras, se convierten en un dispositivo para la corrección de los errores de planeación de la actividad contractual del Estado, mas no como respuesta a una verdadera demanda de salvaguarda del interés general.

El legislador definió con precesión la regulación de estas potestades excepcionales, en cuanto a que los contratos estatales se entenderán pactados como elementos naturales; así mismo, definió un grupo de contratos en los cuales estas potestades son inocuas, pues son ilícitas, ya que de llegarse a pactarse, serán nulas de pleno derecho. Un tercer grupo lo conforman los contratos en donde la presencia de estas cláusulas es de uso facultativo de la administración y obviamente, sin lugar a discusión por parte del contratista, como quiera que el contrato estatal es de adhesión, en donde la entidad expone en el marco del proceso de selección la minuta de lo que será el contrato una vez éste sea adjudicado³⁴.

Es en este punto, es decir, en la presencia de estas potestades al arbitrio de la entidad, lo que genera tal vez el mayor grado de inseguridad en cuanto a la igualdad de las partes de un contrato estatal, pues se abre la puerta por completo a la discrecionalidad de la administra-

33 CASTRO CUENCA, GARCÍA LÓPEZ y MARTÍNEZ VARGAS. *La contratación estatal...*, cit., p. 265.

34 La voluntad del legislador sobre la presencia o no obligatoria de dichas cláusulas responde a la complejidad de los objetos contractuales que se desarrollarán en el marco del contrato estatal, así pues al primer grupo pertenecen los contratos de: “obra, los que tienen por objeto la explotación y concesión de bienes del Estado, la prestación de servicios públicos y las actividades que constituyan monopolio estatal”. Para el segundo grupo se estableció que pertenecerían los siguientes “según el párrafo del artículo 14 de la Ley 80 los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos; en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2 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”, para el último grupo se definió que estará integrado por el contrato de prestación de servicios y el de suministro.

ción de incluir y hacerlas efectivas, dando lugar al desconocimiento de los principios que han orientado la configuración del sistema de contratación pública de Colombia, los cuales se enmarcan en un ejercicio de libre competencia y de la globalización de los mercados como bien lo menciona la profesora MARÍA TERESA PALACIO.

Está entonces en el espíritu del legislador brindar a la administración un poder especial para hacer efectivo el desarrollo del objeto contractual y, como consecuencia, la satisfacción del interés general que se pretende; no obstante la anterior interpretación, el Consejo de Estado ha sido de igual forma enfático en recordar el carácter de superioridad de estas atribuciones y que las mismas deben ser utilizadas por autorización del legislador a fin de evitar abusos y extralimitaciones en el desarrollo de las mismas, pues su finalidad en el mundo del deber ser es ser herramientas extraordinarias para que en casos especiales definidos por la misma ley se proteja el interés general que se propende con el contrato estatal y no como se advierte en muchos casos en donde su uso es el ejercicio del poder de mando de la administración sobre su colaborador, que a fin de cuentas, no es más que otro administrado.

VI. CONCLUSIÓN

Las potestades excepcionales son en verdad atribuciones especiales a favor de la administración, que le permiten ejercer actuaciones en el marco de un contrato estatal que en la órbita del derecho privado, serían absolutamente inconcebibles; sin embargo, tal atribución es fundamentada en la necesidad de generar medios para la defensa y protección de la necesidad social (objeto contractual) que con ocasión del contrato administrativo se propende satisfacer.

La defensa del interés general responde incuestionablemente a que dicho interés se expresa en el objeto contractual de los contratos administrativos, motivo por el cual se deben –desde una justa proporción– establecer mecanismos idóneos para su protección.

Sin embargo, estos poderes especiales dados a la administración pública quebrantan la igualdad entre las partes de un negocio jurídico, así como –en cierto modo– la seguridad jurídica respecto de la ejecución del contrato, pues como bien se ha anotado, si la administración

considera que de la misma ejecución del contrato se afecta el interés general, podrá entonces tomar las medidas que la excepcionalidad de la contratación estatal le permiten, para proteger el mencionando interés sin tener otra consideración que la de su propia voluntad.

En algunos casos, estas atribuciones excepcionales de la administración pueden convertirse en el medio para subsanar errores de la estructuración y etapa de planeación del contrato correspondiente a la administración, desvirtuándose el deber ser de estas herramientas como garantes del interés general.

A fin de generar limitantes al uso de estas potestades, su empleo solo puede hacerse dentro de los términos que el legislador ha conferido en la Ley 80 de 1993 y las demás normas que complementen el uso de estas atribuciones para proteger el interés general. Es interesante anotar en lo anterior, que para el uso de las potestades excepcionales siempre se requerirá de manera imperativa un intento de solucionar la problemática que afecte el contrato por la vía conciliatoria o por medio del debido proceso en el caso de la caducidad.

La jurisprudencia por su parte, ha afirmado que estos poderes excepcionales a las normas comunes del derecho privado deben ser utilizados solo dentro del campo de acción establecido por el legislador y en el sentido por éste dado, es decir, que su interpretación y aplicación sea de tipo taxativo y restrictivo.

Por ello no resulta desmedida su presencia, pues están para la protección del interés general siempre y cuando se apliquen dentro del marco definido por la normatividad aplicable, evitando de esta manera el abuso de las mismas, situación que se ve tipificada en la superposición de la administración sobre su contratista.

BIBLIOGRAFÍA

BALBÍN, CARLOS F. *Manual de derecho administrativo*, 2.^a ed. actualizada y ampliada, Buenos Aires, La Ley, 2014.

CASSAGNE, JUAN CARLOS. "Características principales del régimen de contrataciones de la administración nacional", *Revista Derecho Administrativo*, n.º 49, 2004, disponible en [<http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/Cassagne/CASSAGNE%20-%20Caracteristicas%20principales%20del%20RCAN.pdf>].

CASSAGNE, JUAN CARLOS. *El contrato administrativo*, 3.^a ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009.

CASTRO CUENCA, CARLOS GUILLERMO; LUISA FERNANDA GARCÍA LÓPEZ y JUAN RAMÓN MARTÍNEZ VARGAS. *La contratación estatal: Teoría general, perspectiva comparada y regulación internacional*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2010.

“Conalvías terminará de construir TransMilenio por la 26”, *El Tiempo*, 12 de febrero de 2010, disponible en [<http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-7195307>], consultado el 4 de octubre de 2015.

CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 30 de noviembre de 2006, exp. 30832, C. P.: ALIER E. HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ.

CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A. Sentencia de 9 de mayo de 2012, exp. 20.968, C. P.: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ.

Constitución Política de Colombia de 1991, disponible en [http://www.procuraduria.gov.co/guiamp/media/file/Macroproceso%20Disciplinario/Constitucion_Politica_de_Colombia.htm].

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-454 de 20 de octubre de 1994, M. P.: FABIO MORÓN DÍAZ, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=5949>].

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-250 de 6 de junio de 1996, M. P.: HERNANDO HERRERA VERGARA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/c-250-96.htm>].

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-949 de 5 de septiembre de 2001, M. P.: CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-949-01.htm>].

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-713 de 7 de octubre 2009, M. P.: MARÍA VICTORIA CALLE CORREA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2009/C-713-09.htm>].

Decreto 1510 de 17 de julio de 2013, *Diario Oficial*, n.º 48.854, de 17 de julio de 2013, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=53776>].

Decreto 1082 de 26 de mayo de 2015, *Diario Oficial*, n.º 49.523, de 26 de mayo de 2015, disponible en [<https://www.dnp.gov.co/Paginas/Normativa/Decreto-1082-de-2015.aspx>].

DROMI, JOSÉ ROBERTO. *Licitación pública*, Buenos Aires, Astrea, 1980.

FANDIÑO GALLO, JORGE ELIECER. *La contratación estatal*, Bogotá, Leyer, 2014.

GÜECHÁ MEDINA, CIRO NORBERTO. “Falacia de las cláusulas exorbitantes en la contratación estatal”, *Revista Opinión Jurídica*, vol. 5, n.º 10, julio-diciembre de 2006, Universidad de Medellín.

Ley 80 de 28 de octubre de 1993, *Diario Oficial*, n.º 41.094, de 28 de octubre de 1993, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=304>].

Ley 1150 de 16 de julio de 2007, *Diario Oficial*, n.º 46.691, de 16 de julio de 2007, disponible en [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1150_2007.html].

MATALLANA CAMACHO, ERNESTO. *Manual de contratación de la administración pública. Reforma de la Ley 80 de 1993*, 3.ª ed., Bogotá, Externando, 2012.

RODRÍGUEZ ARANA, JORGE. "Las prerrogativas de la administración en los contratos de las administraciones públicas", *Revista AFDUDC*, n.º 12, Universidad da Curuña, 2008, disponible en [http://ruc.udc.es/bitstream/2183/7496/1/AD_12_art_42.pdf], consultado el 25 de octubre de 2014.

RODRÍGUEZ TAMAYO, MAURICIO FERNANDO. *Los contratos estatales en Colombia*, Bogotá, Librería Jurídica Sánchez R., 2013.

PACHÓN LUCAS, CARLOS. *Contratación pública: análisis normativo, descripción de podrecimientos, estatuto general, normas complementarias, decretos 1510 de 2013 y 791 de 2014, directrices de Colombia compra eficiente*, 6.ª ed., Bogotá, ECOE Ediciones, 2014.

PALACIO JARAMILLO, MARÍA TERESA. "Cláusulas excepcionales", *Revista de Derecho Público*, n.º 17, Bogotá, Universidad de los Andes, 2004.

VEDEL, GEORGE. *Derecho administrativo*, Madrid, Aguilar, 1980.

YONG SERRANO, SAMUEL. *El contrato estatal en el contexto de la nueva legislación*, 3.ª ed., Bogotá, Ibáñez, 2013.