

**IMPACTO DE LAS FACULTADES EXCEPCIONALES DE LA
ADMINISTRACIÓN FRENTE AL PRINCIPIO DE LA LIBERTAD NEGOCIAL**



HERNÁN DAVID ACOSTA LÓPEZ

ENSAYO DE GRADO

UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA

FACULTAD DE DERECHO

DIPLOMADO EN CONTRATACIÓN ESTATAL

CAMPUS NUEVA GRANADA, SEDE CAJICÁ

2021

**IMPACTO DE LAS FACULTADES EXCEPCIONALES DE LA
ADMINISTRACIÓN FRENTE AL PRINCIPIO DE LA LIBERTAD NEGOCIAL**

HERNÁN DAVID ACOSTA LÓPEZ

ENSAYO DE GRADO

Director de trabajo de grado:

GERMAN ENRIQUE GOMEZ G.

Abogado

UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA

FACULTAD DE DERECHO

DIPLOMADO EN CONTRATACIÓN ESTATAL

CAMPUS NUEVA GRANADA, SEDE CAJICÁ

2021

RESUMEN

La legalidad de los actos administrativos surgidos por las facultades excepcionales de la administración dentro de la ejecución de un contrato no puede ser objeto de conocimiento de un tribunal de arbitramento, no importa si las partes en ejercicio del principio de habilitación lo hayan acordado, pues así lo dispuso la jurisprudencia del Consejo de Estado. Esta es una de las varias consecuencias negativas que tiene el ejercicio de las facultades excepcionales de la administración frente a los contratistas es así, que el objetivo del presente ensayo es realizar una crítica a estas facultades que tiene la administración y que incide de manera negativa en los derechos de los contratistas y al principio de la autonomía de la voluntad de los contratos.

Las facultades excepcionales de la administración tiene un fin que es salvaguardar el buen manejo de los recursos públicos y la de satisfacer el interés general sobre el particular, no obstante, esto genera como consecuencia que las entidades privadas no quieran participar en los procesos de selección con el estado, pues se ven amenazados con dichas facultades, esto genera una limitación al principio de la autonomía de la voluntad de los contratos, subordina al contratista a las decisiones de la entidad pública, siendo la única manera de controvertir dichas decisiones en sede judicial.

El tipo de ensayo que se elaborará es crítico, pues a través de un punto de vista crítico y coherente se demostrará las consecuencias negativas que tiene para los contratistas estas facultades excepcionales y las incidencias que este tiene en los contratos estatales.

PALABRAS CLAVES

Contrato estatal, acto administrativo, principio de la autonomía de la voluntad, facultades excepcionales, caducidad.

PREGUNTA PROBLEMA

¿Qué consecuencias negativas genera el uso de las facultades excepcionales emitidas por la entidad pública en desarrollo de un contrato estatal frente a los derechos de los contratistas y al principio de la autonomía de la voluntad?

OBJETIVO GENERAL

Determinar cuales han sido las consecuencias negativas que tiene el uso de las facultades excepcionales emitidas por las entidades públicas frente al principio de la autonomía de la voluntad en los contratos estatales.

OBJETIVOS ESPECIFICOS

- Establecer cuál ha sido el desarrollo legal y jurisprudencial de las facultades excepcionales del estado en los contratos estatales.
- Identificar cual ha sido la Finalidad de las clausulas exorbitantes en los contratos estatales
- Determinar el alcance que le ha dado la jurisprudencia y la doctrina al principio de la autonomía de la voluntad frente a los contratos estatales.

- Identificar las consecuencias negativas del uso de las facultades excepcionales de la administración, su incidencia con las entidades privadas y la manera como afecta la inversión extranjera.

-

INTRODUCCIÓN

Las facultades excepcionales son actos administrativos expedidos de manera unilateral en el desarrollo de un contrato estatal, que tiene como propósito salvaguardar el principio del buen manejo de los recursos públicos para que los contratistas como colaboradores con el estado cumpla con los fines esenciales enmarcado en el artículo 2 de la Constitución Política y que prevalezca el interés general sobre el particular, sin embargo la introducción de estas facultades excepcionales al ordenamiento jurídico rompe con el principio de reciprocidad e igualdad que ostenta los contratos, pues impone de manera unilateral a una parte de la relación negocial a que cumpla de manera imperativa con cierta decisión.

El contratista cuenta con los instrumentos legales para poder controvertir dichas decisiones plasmado en actos administrativos, como es el medio de control de controversias contractuales plasmado en el artículo 141 del Código Administrativo y de lo Contenciosos Administrativo, pero la gran congestión judicial que hoy en día se presenta en las sedes judiciales del estado colombiano, hace que los contratistas opten por dirimir sus controversias por un tribunal de arbitramento.

El tribunal de arbitramento por ser un mecanismo de solución alternativo de conflictos permite dirimir una controversia que sea de un derecho de libre disposición en un menor tiempo, evitando a que se pierda tiempo valioso, que para las entidades privadas

se traduce en pérdidas, no obstante, las controversias surgidas por los actos administrativos que en desarrollo de un contrato estatal haya expedido la entidad pública de manera unilateral; el tribunal de arbitramento no tiene competencia para conocerlo, pues así lo ha determinado las sentencias del 10 de junio de 2009. Exp. 36252 Consejo de Estado.

La justicia colombiana es reconocida por ser una justicia lenta, porque los procesos judiciales que en ella se adelantan no tiene una eficaz respuesta, esta no es la excepción de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, pues se sabe que un proceso en ejercicio del medio de control de controversias contractuales perfectamente puede durar más de 10 años. Así vemos que estas facultades excepcionales no sólo imponen una decisión de manera unilateral al contratista quebrantando el derecho la igualdad negocial y el principio de la autonomía de la voluntad, si no también que se ve obligado a acudir a la jurisdicción contenciosa administrativa para poder controvertir dicho acto.

Existe contratos estatales en los cuales la entidad pública le es prohibido incluir, por tanto, ejercer cláusulas o estipulaciones excepcionales. Si se incluyen, habrá nulidad absoluta de la cláusula, como son en los contratos con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; interadministrativos, en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no corresponden a las señaladas en el numeral 2° del artículo 14 de la Ley 80/93, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como los contratos de seguro tomados por las entidades estatales.

El común denominador de aquellos contratos, que le es prohibido incluir en su clausulado las facultades excepcionales son los contratos con otras entidades públicas (contratos

interadministrativos, contratos con personas publicas internacionales), pues sería imposible conciliar que ambas partes pudieran expedir actos administrativos unilaterales.

Existe contratos estatales en los cuales las cláusulas excepcionales al derecho común son obligatorias. Es decir, tienen aplicación así no se hayan pactado en el proceso, razón por la cual, si no se incluyen, se entienden pactadas; -son las denominadas "cláusulas virtuales", Obra, los que tienen por objeto la explotación y concesión de bienes del Estado, la prestación de servicios públicos y las actividades que constituyen monopolio estatal, como son 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 constituyen monopolio estatal.

Existe también Contratos estatales en los cuales las cláusulas excepcionales al derecho común son facultativas Contratos de prestación de servicios y suministro; existe un último grupo en donde contratos estatales no previstos ni contemplados en alguno de los grupos anteriormente individualizados, en los cuales tampoco hay lugar a la inclusión y menos al ejercicio de tales potestades excepcionales.

Todo lo anterior se extrae del artículo 14 de la ley 80 de 1993 al plasmar:

“Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En

los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión.

Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios.

En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aun cuando no se consignen expresamente.

En los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos; en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2o. de este artículo, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguro tomados por las entidades estatales, se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcional” (Ley 80 , 1993)

La existencia de las cláusulas excepcionales ha sido justificada, por la consecución de los fines del Estado y, en especial, del interés público que, generalmente en Colombia, no se ha reflexionado sobre la esencia de la figura. las cláusulas excepcionales al Derecho común, utilizadas en la actividad contractual de la administración pública, consisten en privilegios especiales que impone el legislador a las entidades estatales, dentro de la relación jurídica contractual, y que se contraponen a la esencia del verdadero concepto de clausula y del principio de la autonomía de la voluntad.

Así las cosas, estos poderes especiales que tiene la administración pública su origen en definitiva deviene de la voluntad del legislador al establecerlos en la ley 80 de 1993, y no de la voluntad de las partes al plasmarlos en un contrato. Esto generaría un rompimiento de la igualdad negocial que tiene los contratos y su aplicación genera consecuencias negativas a las entidades privadas que ejecutan estos contratos. Si bien es cierto las entidades públicas deben realizar primero una serie de actos encaminados de apaciguar la controversia antes de llegar a utilizar estas facultades excepcionales, que como su nombre lo dice, es la excepción y no la regla general, no garantiza a que se le esté respetando los derechos de los contratistas.

Así vemos que los contratos estatales, no tienen esa virtud de los contratos entre privados, ya que en los primeros existe una parte dominante que es la entidad pública y una parte débil que es la entidad privada, en cambio en los segundos si existe una verdadera igualdad negocial entre las partes.

EL IMPACTO DE LAS FACULTADES EXCEPCIONALES DE LA ADMINISTRACIÓN EN LOS CONTRATOS ESTATALES FRENTE AL PRINCIPIO DE LA LIBERTAD NEGOCIAL.

Este trabajo se orienta a un tipo de investigación cualitativo, con utilización de un método descriptivo para la realización del mismo.

1. CONCEPTUALIZACIÓN JURÍDICA

En nuestro país, Colombia, es importante recordar y tener en cuenta que han existido diferentes conceptos y también jurisprudencia que le han dado el aval para que dichas cláusulas excepcionales puedan ser atribuida en algunas circunstancias y determina el ámbito de aplicación de las cláusulas exorbitantes:

1.1 CONCEPTO 380 DE 1997 SECRETARÍA DISTRITAL DE HACIENDA- TESORERÍA DISTRITAL

“La Ley 80 de 1993, conocida como "Estatuto General de Contratación de la Administración Pública" consagró las llamadas cláusulas extraordinarias de los contratos (dentro de las cuales se encuentran las de terminación unilateral y la de caducidad), como medidas que le permiten al Estado cumplir con los fines propios de su naturaleza en aquellos eventos excepcionales que se presenten en el desarrollo de los contratos suscritos.

La denominación de extraordinarias obedece al hecho de que las mismas son totalmente extrañas al derecho común pues, en síntesis, otorgan a una de las partes poderes y prerrogativas que no tienen cabida dentro de la teoría general de los contratos y cuya justificación se encuentra en los intereses y los fines que busca la administración pública, mediante la actividad contractual.

En virtud a la característica anotada en el numeral anterior respecto a las cláusulas extraordinarias, el legislador ha establecido en qué casos precisos pueden ser ellas aplicadas. Así, la terminación unilateral sólo podrá alegarse en la medida en que con ella se

busque prevenir los perjuicios que se le derivarían al Estado frente a uno cualquiera de los hechos contemplados en el artículo 17 de la referida Ley 80 de 1993, aclarando que esta medida no busca sancionar al contratista pues no parte de su incumplimiento; a su vez, con la caducidad se busca, dentro de la finalidad antes señalada, sancionar al contratista que ha incumplido con las obligaciones que le señalan la ley y el respectivo contrato. Es decir, la existencia de dichas cláusulas para este concepto contemplaba dos circunstancias que son la terminación unilateral y la de caducidad ya que estas como se han mencionado en este trabajo su finalidad es la protección de los bienes del estado y la correcta ejecución de los mismo.” (Concepto 380 de 1997)

Como se mencionó en este concepto su utilización solo es de manera extraordinaria es decir que deben existir en primera medida la utilización de mecanismo para la solución de un problema ocasionado en la ejecución de un contrato estatal.

Dichas cláusulas tienen una naturaleza correctiva es decir su fin es corregir y salvaguardar los fines del estado, pero a la ejecución de dichas cláusulas en ocasiones llevan consigo intereses particulares y no se las da el fin adecuado ocasionando así en los contratistas un temor al contratar con el estado ya que no solamente existen las cláusulas anteriormente mencionadas ya que existen otras las cuales están contempladas en la ley 80 de 1993.

1.2 LEY 80 DE 1993 "ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA"

1.2.1 ARTÍCULO 14. DE LOS MEDIOS QUE PUEDEN UTILIZAR LAS ENTIDADES ESTATALES PARA EL CUMPLIMIENTO DEL OBJETO CONTRACTUAL.

“Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:

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

En los actos en que se ejerciten algunas de estas potestades excepcionales deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial.

Jurisprudencia Vigencia

Contra los actos administrativos que ordenen la interpretación, modificación y terminación unilaterales, procederá el recurso de reposición, sin perjuicio de la acción contractual que puede intentar el contratista, según lo previsto en el artículo 77 de esta ley.

2. Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los

contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión.

Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios.

En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aun cuando no se consignen expresamente.

PARÁGRAFO. En los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos; en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2o. de este artículo, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguro tomados por las entidades estatales, se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales.” (Ley 80 , 1993)

1.2.2 ARTÍCULO 15. DE LA INTERPRETACIÓN UNILATERAL.

“Si durante la ejecución del contrato surgen discrepancias entre las partes sobre la interpretación de algunas de sus estipulaciones que puedan conducir a la paralización o a la 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.” (Ley 80 , 1993)

1.2.3 ARTÍCULO 16. DE LA MODIFICACIÓN UNILATERAL.

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

Si las modificaciones alteran el valor del contrato en un veinte por ciento (20%) o más del valor inicial, el contratista podrá renunciar a la continuación de la ejecución. En este evento, se ordenará la liquidación del contrato y la entidad adoptará de manera inmediata las medidas que fueren necesarias para garantizar la terminación del objeto del mismo.” (Ley 80, 1993)

1.2.4 ARTÍCULO 17. DE LA TERMINACIÓN UNILATERAL.

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

1. Cuando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo imponga.

2. <Aparte subrayado del numeral 2o. **CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE**> Por muerte o incapacidad física permanente del contratista, si es persona natural, o por disolución de la persona jurídica del contratista.

Jurisprudencia Vigencia

3. Por interdicción judicial o declaración de quiebra del contratista.

4. Por cesación de pagos, concurso de acreedores o embargos judiciales del contratista que afecten de manera grave el cumplimiento del contrato.

Sin embargo, en los casos a que se refieren los numerales 2o. y 3o. de este artículo podrá continuarse la ejecución con el garante de la obligación.

La iniciación de trámite concordatario no dará lugar a la declaratoria de terminación unilateral. En tal evento la ejecución se hará con sujeción a las normas sobre administración de negocios del deudor en concordato. La entidad dispondrá las medidas de inspección, control y vigilancia necesarias para asegurar el cumplimiento del objeto contractual e impedir la paralización del servicio.” (Ley 80 , 1993).

1.2.4.1 ARTÍCULO 17B. EFECTOS DE LA SENTENCIA JUDICIAL POR ACTOS DE CORRUPCIÓN.

“Una vez en firme y ejecutoriada la sentencia judicial que determina la comisión de delitos contra la Administración pública o de cualquiera de los delitos contemplados en el literal j) del artículo 8o de la Ley 80 de 1993, se hará exigible por parte de la Administración la cláusula penal pecuniaria. (Ley 80 , 1993) .

1.2.5 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 y evidencie 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.

Jurisprudencia Vigencia

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. Es decir, dentro de la ley 80 de 1993 a partir del artículo 14 hasta el artículo 1 se encuentra contempladas las cláusulas excepcionales cada una contempla una diferente discrecionalidad que puede contemplar la administración de manera unilateral, ocasionando modificaciones al contrato pero que estas estén regidas por el debido proceso, caso que en ocasiones se ve afectando por las decisiones de las personas que ejecutan el poder administrativo.

1.3. FALLO 14579 DE 2005 CONSEJO DE ESTADO.

Las denominadas cláusulas exorbitantes, conocidas hoy como excepcionales al derecho común y que en el Decreto 222 de 1983 ocupaban un lugar preferencial, pues eran de obligatoria inclusión, fueron derogadas por la Ley 80 de 1993, que además restringió la aplicación de cláusulas excepcionales al derecho común, estableciendo criterios más exigentes para imponerlas, limitando aquellos contratos para los cuales procede su inclusión, ya sea obligatoria o voluntaria. Así las cosas ni en el Decreto citado ni en

ninguna otra disposición de la misma Ley 80, se establece la facultad del Estado para incluir como cláusulas excepcionales la de multas o la penal pecuniaria, de donde se infiere que la derogatoria que se hizo del Decreto 222, incluyó así mismo la de estas dos figuras como potestades excepcionales del Estado, no obstante que las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad no las puedan pactar, pero lo que no puede hacer, es pactarlas como potestades excepcionales e imponerlas unilateralmente, pues según se vio, dicha facultad deviene directamente de la ley y no del pacto o convención contractual y, a partir de la ley 80, tal facultad fue derogada. cuando quiera que habiendo sido pactadas las multas o la cláusula penal conforme a la legislación civil y comercial vigente, la administración llegare a percibir un incumplimiento del contrato, deberá acudir al juez del contrato a efectos de solicitar la imposición de la correspondiente multa o cláusula penal, en aplicación de lo previsto por el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, pues, se insiste, carece el Estado de competencia alguna para introducirlas en el contrato como cláusulas excepcionales al derecho común .

PRINCIPIO DE LIBERTAD NEGOCIAL.

El principio de la libertad negocial también conocido como libertad contractual está constitucionalmente ubicado en el artículo 333 de la constitución política de Colombia

Artículo 333. “La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.

La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica

obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.” (Constitución Política de Colombia, 1991).

El principio de la autonomía de la voluntad de las partes o la libertad negocial, consagra que las partes inmersas en un negocio jurídico puede pactar las obligaciones y derechos de la manera que ellos convengan, estableciendo las estipulaciones necesarias para llevar a un buen término la finalidad del contrato. En concordancia con lo anterior se entiende que el principio de la libertad contratar es la potestad que tiene las personas para obligarse unas con otras mediante la celebración de un contrato; es la facultad subjetiva contractual de los individuos para decidir hacer o no algo.

Este principio que hace parte de los contratos cuya naturaleza sea sinalagmática, entra en confrontación con el principio de legalidad que rige las actuaciones de la administración, pues según establece el artículo 6 de la Constitución Política los servidores públicos pueden hacer lo que la ley establezca dentro de sus funciones. En ese orden de ideas, la confrontación que existe en estos dos principios de la Autonomía de la voluntad de las partes y el principio de legalidad, se presentada en las relaciones contractuales entre particulares y entidades del estado, por cuanto al primero el régimen de derecho privado plasma una mayor libertad de estipulación es sus contratos, en cambio los segundos están

sometidos estrictamente al imperio de la ley, cuya actuación contractual solo puede ceñirse a lo establecido en el ordenamiento jurídico.

Al otorgar la ley a la administración la facultad de expedir actos administrativos unilaterales ya sea para modificar, interpretar, terminar, liquidar, los contratos con los particulares, vemos que el principio de legalidad se interpone sobre el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, perdiendo así el carácter sinalagmático y conmutativo que tiene los contratos estatales. Por consiguiente, el contratista se encuentra en una situación desventajosa, siendo la parte débil de los contratos estatales.

Se sabe que dicha facultad exorbitante que ostenta la administración es para salvaguardar los principios de la buena administración, el buen manejo de los recursos públicos, esto con el fin de satisfacer el interés general, mirándolo en este punto de vista resulta aceptable y viable que la administración este legitimada para expedir dichos actos, sin embargo, se pone en desigualdad al contratista frente a las entidades públicas. Como primera medida valga recordar, que, de conformidad con el principio constitucional de legalidad, las autoridades públicas sólo podrán realizar las actuaciones que constituya un desarrollo directo de las funciones a ellas asignadas por la constitución y la ley (Sentencia C 1026, 2001)

De esta manera se encuentra demostrado la confrontación que existe entre estos dos principios constitucionales, el de la autonomía de la voluntad y el de legalidad, que para el tema que nos aborda, es un claro ejemplo que la libertad negocial dentro de un contrato estatal se encuentra limitado para una de las partes la cual es la entidad privada o contratista.

PRINCIPIO DE EQUIVALENCIA DENTRO DE LOS CONTRATOS

El principio de equivalencia dentro de las relaciones contractuales, es el equilibrio de las obligaciones entre las partes y sustento de las relaciones sinalagmáticas que ostenta los contratos, dicho de otro modo, es la proporción de cargas que deben asumir las partes con el fin de concretar el negocio jurídico.

De este principio se desprende además el principio de justicia que debe tener las relaciones contractuales, por cuanto cada parte debe asumir con debida diligencia su obligación y en caso de que exista una desproporción, deben equilibrarlo para que ambas partes estén en igualdad de condiciones para cumplir con sus obligaciones.

Es así, que las prerrogativas que ostenta la administración, violenta de manera directa dicho principio, pues es de manera unilateral y no consensual que se imparte una alteración a las condiciones iniciales de los contratos.

De esta manera el contrato estatal, des configura por completo los principios del derecho privado sobre equivalencia en derechos, obligaciones y la libertad negocial que tiene los contratos en el derecho común; adaptando estos principios al derecho administrativo, limitándolos hasta tal punto que sean compatibles con las prerrogativas de la administración.

CONSECUENCIAS NEGATIVAS DE LAS FACULTADES EXCEPCIONALES.

Las facultades excepcionales de la administración, como si dijo anteriormente, quebranta los principios de la libertad negocial, así como también Principio de equivalencia de los contratos los demás de desconocer todos los principios que ella van a una equivalencia contractual de las cargas.

La aplicación de dichas cláusulas exorbitantes afectan el equilibrio de los contratos estatales, es de saber que dichas cláusulas exorbitantes se materializan y se ejercen a través de actos administrativos y por consiguiente todo acto administrativo puede ser objeto de nulidad por las siguientes circunstancias:

1. “Cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que debían fundarse. (Vicio formal)
2. Falta de Competencia. (Vicio formal)
3. Expedición en forma irregular. (Vicio formal)
4. Violación del derecho de audiencia y defensa. (Vicio material).
5. Falsa Motivación. (Vicio material).
6. Desviación de las atribuciones propias del funcionario que los profirió.
(Vicio material).

«Observa la sala que se hace preciso señalar que los vicios que atacan la presunción de legalidad de los actos administrativos son de dos clases; los vicios formales, que operan de pleno derecho, habida cuenta que representan la vulneración a la objetividad del ordenamiento jurídico y los vicios materiales, que, por el contrario, no surgen de la mera confrontación con el ordenamiento, sino que nacen de la comprobación de circunstancias de hecho, es decir, de los comportamientos concretos de la administración.

«De manera particular, el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, como causales de nulidad de los actos administrativos, contempla como vicios formales, los de infracción de las normas en que debía fundarse, expedición por funcionario u organismo incompetente y expedición irregular y como vicios

materiales: su emisión con desconocimiento del derecho de audiencias y defensa, falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que lo profirió».”

Por lo tanto, quien pretenda demandar la nulidad de un acto administrativo. Debe demostrar en el concepto de violación, la configuración de vicios, bien sean de carácter formal o material. De acuerdo, con los numerales dispuestos en el artículo 137 de la ley 1437 de 2011. (Vivas, 2018)

La existencia de dichas cláusulas exorbitantes al generar una desproporcionalidad en las cargas contractuales de los contratos estatales, ponen al contratista en una situación de desfavorabilidad.

Es cierto que la utilización de dichas cláusulas deben ser el último recurso que la administración deberá usar, pero en la práctica se ha visto que estas cláusulas son utilizadas de manera incorrecta y desproporcionada, causándoles a las contratistas pérdidas monetarias y también lo más importante la capacidad contractual ya que esta se ve reducida por la aplicación indebida de las cláusulas exorbitantes por parte de los funcionarios.

Aparte de estas pérdidas que ocasionan al contratista, también existe una pérdida económica en el patrimonio de la nación, ya que cuando se incurre en una cláusula exorbitante la cual no está debidamente fundamentada ocasiona un desgaste de la administración donde las partes se ven involucrada, el estado en primera medida en la pérdida del capital económico producto del pago de los perjuicios causados por la aplicación indebida de dicha cláusula, en segunda medida el estado se ven afectados en razón a que existe un desgaste judicial y administrativo; el contratista siendo la parte más afectada aparte de la consecuencias que tiene dicho acto administrativo que conllevó a la

expedición de la cláusula exorbitante ve afectado para contratar, con el pago del dinero adeudado por el tiempo que durará el proceso hasta que este se culmine, siendo así el más afectado las partes; también existe un tercer directamente afecto siempre y cuando este haya expedido dicho acto administrativo (cláusula exorbitante) ya que si no lo expidió debidamente fundamentado estará incurriendo en una falta gravísima la cual está contemplada en la ley 734 del 2002 en el artículo 48 numeral 32. (Ley 734 de 2002).

CONCLUSIÓN

Las existencias de dichas cláusulas exorbitantes producen una desproporcionalidad en las actividades contractuales del estado, colocando en una posición de desventaja al contratista ya que este sería la parte débil, también es importante la aplicación indebida de dichas cláusulas conllevan a una pérdida económica del patrimonio de la nación por ende a todos los ciudadanos colombianos se ven afectados por el mal manejo y aplicación de las cláusulas exorbitantes.

En el desarrollo de este ensayo se demostró con una posición crítica, las desventajas y las consecuencias negativas que tiene las facultades excepcionales de la administración, así mismo se demostró la afectación al principio la libertad negocial por parte de las prerrogativas que ostenta la administración, por otro lado se explicó con sustento en el ordenamiento jurídico colombiano que la competencia para mirar la legalidad de dichos actos sólo lo ostenta de manera privativa el juez administrativo, excluyendo de esta forma a un árbitro.

Se realizó una breve exposición sobre la definición de cada una de las facultades excepcionales, definiéndolas jurisprudencialmente y ubicándolas legalmente. De igual

forma se explicó las posibles causales de nulidad que tendría dichos actos administrativos por la expedición irregular de dichas actuaciones.

Como conclusión, estas facultades que legítimamente ostenta las entidades contratantes, si bien tiene un fin constitucional, violenta la libertad negocial de las partes y la igualdad dentro de los contratos.

Cabe aclarar que dicho ensayo, es para un fin académico demostrando mi punto de vista frente a estas cláusulas exorbitantes.

Si es cierto que dichas cláusulas son utilizadas de manera excepcional, sería pertinente que existiera un comité de evaluación externo que evalué si la aplicación de dicha cláusula si pertinente es decir que sea un control previo a la aplicación de dicha cláusula, para que no puede existir intereses particulares que afecten tanto al estado como al contratante.

Bibliografía

(s.f.).

actualicese. (26 de septiembre de 2016). *¿Qué significa la libertad o autonomía*

contractual? Obtenido de <https://actualicese.com/que-significa-la-libertad-o-autonomia->

[contractual/#:~:text=A%20su%20vez%2C%20la%20libertad,del%20marco%20de%20la%20ley.&text=%E2%80%9C](https://actualicese.com/que-significa-la-libertad-o-autonomia-)Los%20contratos%20son%20ley%20para%20las%20partes.

Concepto 380 de 1997. (s.f.). Obtenido de Secretaría Distrital de Hacienda:

<https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=235>

Constitución Política de Colombia. (1991). Obtenido de

http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html

eficiente, c. c. (21 de octubre de 2015). *colombia compra eficiente* . Obtenido de

<https://sintesis.colombiacompra.gov.co/sintesis/7-etapa-contractual-poderes-excepcionales>

Estado, C. d. (5 de julio de 2018). *Sentencia 00064 de 2018* . Obtenido de

[https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=88501#:~:text=Seg%C3%BAn%20el%20inciso%202%20del,incompetentes%3B%20c\)%20cuando%20hayan%20sido](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=88501#:~:text=Seg%C3%BAn%20el%20inciso%202%20del,incompetentes%3B%20c)%20cuando%20hayan%20sido)

GAMBOA, J. O. (15 de septiembre de 2017). *funcion publica* . Obtenido de

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=86459>

Ley 734 de 2002. (s.f.). Obtenido de Diario Oficial No. 44.708 de 13 de febrero de 2002:

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0734_2002.html

Ley 80 . (28 de Octubre de 1993). Obtenido de Diario Oficial No. 41.094 :

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0080_1993.html

Marín, G. A. (s.f.). *Discrecionalidad Administrativa: Los márgenes de apreciación y de volición en la*. Obtenido de aplicación de las cláusulas excepcionales del contrato Estatal:

<https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/23280/1/Articulo%20de%20investigaci%C3%B3n%20->

[%20Discrecionalidad%20Administrativa%20Los%20m%C3%A1rgenes%20de%20apreciaci%C3%B3n%20y%20de%20volici%C3%B3n%20en%20la%20aplicaci%C3%B3n%20de~1.pdf](https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/23280/1/Articulo%20de%20investigaci%C3%B3n%20-Discrecionalidad%20Administrativa%20Los%20m%C3%A1rgenes%20de%20apreciaci%C3%B3n%20y%20de%20volici%C3%B3n%20en%20la%20aplicaci%C3%B3n%20de~1.pdf)

Medina, C. N. (10 de julio de 2006). *scielo* . Obtenido de

http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1692-25302006000200002

MUÑOZ, E. C. (23 de junio de 1993). *Sentencia No. T-240*. Obtenido de

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/T-240-93.htm>

Nieves-López, J. G. (25 de mayo de 2019). *La competencia de los tribunales de arbitramento*. Obtenido de en asuntos contencioso-administrativos:.

Parrado, D. C. (30 de agosto de 2007). *Es paradójica la autonomía de*. Obtenido de

https://www.urosario.edu.co/urosario_files/54/54295c6d-7800-482d-a4ac-6da44efc086b.pdf

SCHLESINGER, C. P. (16 de mayo de 2019). *Sentencia C-207*. Obtenido de

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/C-207-19.htm>

Sentencia C 1026. (26 de Septiembre de 2001). Obtenido de Corte Constitucional:

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-1026-01.htm>

Vivas, F. B. (28 de Julio de 2018). *Consultor Pensiones* . Obtenido de

<https://consultorpensionesbogota.com/causales-de-nulidad-de-los-actos-administrativos-generales-o-particulares/>