



**FACULTAD DE DERECHO, CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES**

**MAESTRIA EN DERECHO ADMINISTRATIVO**

**ENTREGA DE TRABAJO DE GRADO**

**“LA INEXISTENCIA DE LA REVERSIÓN PRESUNTA  
COMO CLÁUSULA EXCEPCIONAL”**

**DEYSI CAROLINA GUTIÉRREZ REY**

**BOGOTÁ D.C.**

**-2015-**

**“LA INEXISTENCIA DE LA REVERSIÓN PRESUNTA  
COMO CLÁUSULA EXCEPCIONAL”**

**DEYSI CAROLINA GUTIÉRREZ REY**

**Trabajo de grado para optar al título de  
Maestría en Derecho Administrativo**

**Tutora Temática del Trabajo de Grado  
Dra. DILIA PAOLA GOMEZ PATIÑO**

**UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA  
FACULTAD DE DERECHO, CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES  
MAESTRIA EN DERECHO ADMINISTRATIVO  
BOGOTÁ D.C.  
2015**

## CONTENIDO

Introducción.....	5
Tipo de Investigación.....	8
Formulación del Problema.....	9
Objetivos.....	10
Objetivo General .....	10
Objetivos Específicos.....	10
Características de las cláusulas contractuales .....	11
La reversión como pacto obligatorio en el contrato estatal.....	12
Obligatoriedad y voluntad en la cláusula de reversión.....	14
Cláusulas excepcionales o exorbitantes.....	17
Procedibilidad de las cláusulas contractuales .....	20
Cláusulas contractuales y reversión como mandato legal.....	26
La reversión como garantía contractual .....	29
La reversión como supremacía de poder estatal.....	33
Desarrollo conceptual.....	36
Aspectos legales y jurisprudenciales.....	45
Análisis jurisprudencial respecto de las cláusulas excepcionales y el derecho a la igualdad.....	47
Contrato estatal y concesión de bienes del Estado .....	59
Tipos de contratos estatales.....	61
El contrato de concesión y el Estado.....	65
La reversión y la voluntad en los contratos de concesión de bienes del Estado....	68
Reversión y garantía del derecho a la igualdad.....	72
Autonomía de la voluntad en el contrato estatal.....	77
El derecho de igualdad en la contratación estatal.....	80
Efectos jurídico-legales de la reversión en los contratos de concesión de bienes del Estado.....	87

Fines de la contratación estatal.....	93
Cláusulas exorbitantes y tipos de Estado.....	97
La incorporación presunta de cláusulas exorbitantes.....	104
Conclusiones.....	107
Recomendaciones.....	113
Referencias.....	116

## INTRODUCCIÓN

La presente investigación se plantea desde la interpretación genérica en cuanto a que un Contrato es un acuerdo de dos o más voluntades con el fin de crear obligaciones entre las partes, en tanto que el contrato estatal es un acto jurídico generador de obligaciones que celebran las entidades estatales, previstos en el derecho privado o en normas de derecho público, como los que a título enunciativo se nombran a continuación: Contrato de obra, contrato de consultoría, contrato de prestación de servicios, contrato de concesión, encargos fiduciarios y de fiducia pública, etc. Como garantía para el cumplimiento del objeto de contrato puede este, entre otros, pactar 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, (2 - Art. 14, Ley 80 de 1993) las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aun cuando no se consignen expresamente... entendida la reversión como un requisito en los contratos de explotación o concesión de bienes estatales, en los que se pactará que, al finalizar el término de la explotación o concesión, los elementos y bienes directamente afectados a la misma pasen a ser propiedad de la entidad contratante, sin que por ello ésta deba efectuar compensación alguna.

Se aborda la problemática propuesta desde el principio de igualdad que caracteriza los contratos privados de los administrativos, es decir, que el principio derecho de igualdad de las partes que se obligan tiende a desaparecer, en la medida en que uno de los actores (el contratante) se sobrepone frente al administrado (el contratista); dichas prerrogativas

proviene del legislador y no del acuerdo de voluntades, y toda vez que dichos contratos constituyen actuaciones administrativas, necesariamente debe estar supeditados al principio de legalidad y encaminado al cumplimiento del mismo conforme a los fines esenciales del Estado (Art. 2 Constitución Nacional). A este tipo de cláusulas se le han denominado exorbitantes y exclusivas del derecho administrativo, las cuales están determinadas por tratarse de cláusulas ajenas al derecho privado como prerrogativa del poder público, y que han sido otorgadas a la administración respecto del administrado.

Se trata entonces de potestades de que goza la administración y que nacen de la ley, más no del contrato, por lo que al llegar a incorporarse a este entran como potestades de tipo legal, mas no de voluntad, como manifestación de consenso para ser incluidas dentro de la obligación contraída, que en últimas es lo que determina la existencia de las cláusulas en un contrato. Ahora que la inclusión de la reversión en dichos contratos está dispuesta por la norma rigente que la incluye forzosamente aun sin su voluntaria inclusión, dando origen a cláusulas propiamente contractuales o entre partes que procuran atender el objeto del contrato y su ejecución, en tanto que las excepciones, por no formar parte del consenso de los contratantes, se desliga de la calidad de cláusula, asumiendo una condición potestativa o prerrogativa de la administración.

La presente investigación se desarrolla para coadyuvar en la solución del tema objeto de investigación, como problema estatal y legal, lo que resulta conveniente por ser oportuno y útil en el entendimiento y manejo del problema propuesto. Ello permitirá contar con directrices y fundamentos más explícitos y ajustados, soportados en estudios serios y de destacada significación, que se verán reflejados en un abordaje, análisis e interacción de la normativa aquí objeto de estudio, y por ende a la transformación proactiva de la realidad socio-estatal frente a esta problemática. Es claro y además grave que frente a la administración de justicia en materia de contratación estatal este tema resulta “de gran impacto e interés, tanto desde el punto de vista teórico y conceptual como de su aplicación práctica, dadas las implicaciones que acarrea para las entidades como para los contratistas. A esa apreciación se llega luego de analizar las diversas, y en ocasiones contradictorias, posiciones asumidas al respecto por la jurisprudencia colombiana y el tratamiento que a la

institución le han dado los últimos proyectos de ley que pretenden modificar las normas de la Ley 80 de 1993.” (Palacio, H., 2004)

Resulta claro que para todos los actores en representación del Estado y en materia contractual, las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo, y entre estos los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad. (Benavides, 2004)

La reversión no es una cesión sujeta a una condición resolutoria, puesto que si bien es cierto que la transmisión de los bienes afectos al contrato pasan a manos del concedente a la extinción del término contractual, no es menos cierto que dicha transferencia no opera gratuitamente, pues la eficacia jurídica del plazo pactado está en permitir la amortización de la inversión. (Escobar, 2003)

Se propone el análisis y síntesis, toda vez que se gestiona con esta investigación obtener un conocimiento amplio y profundo respecto de los aspectos intrínsecos y extrínsecos, junto con las consecuencias que inciden en la denominada cláusula de reversión respecto de la ley de contratación estatal para nuestro país y con ello proyectar estos resultados en concordancia con nuestras normas legales y éticas que rigen en nuestro estado colombiano, sin dejar de lado lo propio de la jurisdicción internacional en materia de derechos humanos por formar bloque de constitucionalidad.

## **Tipo de Investigación**

En atención a la problemática propuesta se acogió la investigación descriptiva, toda vez que favorece la comparación, verificación y enumeración de características de manera objetiva, según sean las condiciones existentes para el momento de su abordaje. Comienza con la descripción sistemática de la situación deficitaria, luego se enmarca en una teoría suficientemente aceptada de la cual se exponen los conceptos más importantes y pertinentes ([www.unisabana.edu.co](http://www.unisabana.edu.co)). Este tipo de investigación se ocupa de la descripción de hechos a partir de un criterio o modelo teórico definido previamente, procurando implementar técnicas y estrategias para enfrentar y solucionar el problema. Esta investigación, llamada también investigación diagnóstica, se caracteriza en un fenómeno o situación concreta indicando sus rasgos más peculiares o diferenciadores. El objetivo de la investigación descriptiva consiste en llegar a conocer las situaciones, costumbres y actitudes predominantes a través de la descripción exacta de las actividades, objetos, procesos y personas; suele implicar algún tipo de comparación o contraste y descubrir relaciones de causa-efecto presente entre las variables ([www.creadess.org](http://www.creadess.org))

La puesta en marcha del presente proyecto de investigación se apoyó en estudios descriptivos, para lo cual Hernández, Fernández y Baptista (2006) establecen que “Muy frecuentemente el propósito del investigador es describir situaciones y eventos. Esto es, decir cómo es y se manifiesta determinado fenómeno”.

Los estudios descriptivos buscan especificar las propiedades importantes de personas, grupos, comunidades o cualquier otro fenómeno que sea sometido a análisis; miden o evalúan diversos aspectos, dimensiones o componentes del fenómeno o fenómenos a investigar. Desde el punto de vista científico, describir es medir; esto es, en un estudio descriptivo se selecciona una serie de cuestiones y se mide cada una de ellas independientemente, para así -y valga la redundancia- describir lo que se investiga (Dankhe, 1986)



## **Formulación del Problema**

Así las cosas, la problemática por atender se resume en:

¿La reversión de que trata la Ley 80 de 1993 cumple a cabalidad con los requisitos de cláusula contractual, o se trata de una expresión prerrogativa otorgada por mandato legal a la administración?

## OBJETIVOS

### **Objetivo General**

Determinar si la reversión de que trata la Ley 80 de 1993 cumple a cabalidad con los requisitos de cláusula contractual, o se trata por el contrario, de una simple expresión prerrogativa otorgada por mandato legal a la administración.

### **Objetivos Específicos**

Establecer las características y procedibilidad de las cláusulas contractuales con énfasis en las excepcionales o exorbitantes.

Verificar la garantía de los derechos a la igualdad y voluntad, en los contratos de concesión de bienes del Estado, con cláusula de reversión.

Precisar los efectos jurídico-legales de la reversión en los contratos de concesión de bienes del Estado.

## **Características de las cláusulas contractuales**

La propiedad de los bienes afectos a la explotación o concesión es del concesionario, la reversión tiene la potestad por virtud de la ley o del contrato, de limitar su disposición en el sentido de obligar al "cocontratante" a transmitir su dominio al vencimiento del período contractual, lo cual habilita al concedente para ejercer medidas conservatorias, siempre y cuando el concesionario disponga de su propiedad en forma contraria a su destino contractual, o se la degrade por hechos que no son del uso normal o la oculte, y con la finalidad de mantener el equilibrio contractual, busca que el patrimonio del contratista conserve su integridad. (Parra, 1998).

Este mismo autor señala que la reversión es creada por la ley y está incluida en los contratos de concesión y explotación de los bienes estatales, de manera que quien acepta participar en la licitación para la adjudicación de estos contratos, conoce las condiciones de los mismos, una de las cuales es que la reversión está incluida como cláusula obligatoria en el contrato.

Dentro del contrato, al referirse a "La expresión de las partes", se dictamina allí el principio de bilateralidad que debe estar presente en todo tipo de contrato desde la perspectiva legal. Al respecto, el Código Civil es muy claro al indicar (desde la definición del "contrato" como término), que éste debe ser ejecutado de buena fe y en igualdad de condiciones, y por consiguiente, obligan no sólo a lo que en ellos se contiene y se obligan, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación o que por ley le pertenecen a ella. (Parra, 1998)

En el entendido de que los contratos de concesión son aquellos que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario, la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y

bajo la vigilancia y control de la entidad contratante, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valoración, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden. (Rivero, 2001)

La cláusula de reversión no es obligatoria en los contratos de concesión para la prestación de servicios públicos, es importante recordar que de conformidad con las precisiones jurisprudenciales efectuadas por el Consejo de Estado sobre el tema, siempre que se entreguen bienes estatales para su explotación bajo la modalidad de concesión, las partes deberán pactar la cláusula de reversión, lo que conlleva acordar las condiciones o decidir respecto de ellas de común acuerdo en la obligación contraída, es decir, que se materializa aquí la expresión libre, consciente y voluntaria respecto de las cláusulas que integran el contrato a ejecutar. No obstante si la reversión no llega a cumplir con este reconocimiento y por ser esta impuesta de manera unilateral por parte del Estado, se verían cuestionados su inclusión y efectos dentro de la estructura jurídica contractual ya enunciada; situación que se torna contraria a los principios de igualdad, imparcialidad y buena fe, que rigen este tipo de contratos, respecto de una presunta cláusula de “reversión” que desdice de esta condición por no ajustarse a las disposiciones y/o acuerdos que integran la obligación contraída. (Tafur, 1997)

### **La reversión como pacto obligatorio en el contrato estatal**

Durante mucho tiempo las cláusulas exorbitantes al campo contractual privado, sirvieron para tipificar los contratos administrativos. Esta orientación nos llegó del derecho administrativo francés y se impuso en nuestra jurisprudencia y en nuestra doctrina, hasta cuando entró en vigencia el decreto-ley 222 de 1983, que sí clasificó los contratos del sector oficial en contratos administrativos y contratos privados, independientemente de tales factores. (Ordóñez y Vega, 1999)

Según los autores ya mencionados, la cláusula de caducidad mantuvo su importancia para el efecto, en la medida que si ella se incluía en los contratos privados, servía como punto definitorio de la competencia de la jurisdicción contenciosa administrativa, de acuerdo con el artículo 16 y con el Código Contencioso Administrativo, artículos 83, 87, 131 y 132, numeral 7. Con la expedición de la ley 80 de 1993, la cláusula de caducidad perdió tal importancia, al unificarse la naturaleza del contrato estatal y concentrarse la labor juzgadora de tales controversias en una sola jurisdicción.

A manera de resumen, Ordoñez y Vega expresan que es obligatorio pactar las cláusulas excepcionales en los contratos cuyo objeto esté constituido por actividades de monopolio estatal. Es entendido que tal concepto debe estar previamente definido en la ley o el reglamento en los contratos que tienen por objeto una actividad que constituya monopolio estatal, en los de prestación de servicios públicos, exceptuando los domiciliarios, los de explotación o concesión de bienes del Estado y en los contratos de obra, y entre estos la explotación de salinas, de hidrocarburos, esmeraldas, loterías, producción de licores, de armas, de papel moneda, etc. Estas labores se las ha reservado con exclusividad el Estado, pero en ocasiones puede otorgarlas en concesión a los particulares.

También deben incluirse las cláusulas excepcionales en aquellos contratos que se relacionen directamente con la prestación de servicios públicos. En estos casos se puede presentar dificultad pues casi todas las actividades que benefician a la comunidad pueden calificarse como tales, dada la definición tan general y ambigua que contiene la ley 80 de 1993 en su artículo 2º-3º. De su contenido podría concluirse que la producción de leche es un servicio público, porque tal actividad contiene casi todas las condiciones que exige la norma, salvo el control estatal que solamente se reduce a limitar el precio del producto.

La explotación o concesión de bienes del Estado, cuando se realiza mediante contratos, debe hacerse con inserción de dichas cláusulas, aclarando que en estos es obligatoria también la de reversión.

Por último es menester pactarlas en los contratos de obra pública.

Es potestativo pactar las cláusulas excepcionales en los contratos de suministro y prestación de servicios. Es decir, que si no se incluyó expresamente en la minuta u orden de servicio, no es posible decretarla, aun cuando el contratista incumpla sus obligaciones; y es prohibido pactar las cláusulas excepcionales en los contratos con personas públicas internacionales. En los interadministrativos, esto es, en los que celebran dos entidades oficiales. En los de empréstito, donación, arrendamiento, en aquellos que tengan por objeto actividades industriales y comerciales de los entes estatales, salvo en los contratos de obra, actividades de monopolio, servicios públicos y concesión, que son obligatorias.

Es de advertir que las cláusulas excepcionales, cuando son obligatorias, si no se expresan en el contrato se entienden pactadas según el mismo artículo 14 de la citada Ley. Ello quiere decir que operan por presunción de la ley y pueden hacerse efectivas en los eventos correspondientes. Es decir, que operan ipso jure. Por el contrario, en caso de pactarse en los contratos en que está prohibida su inclusión, no puede surtir efecto alguno ya que la primacía de la ley se impone sobre la autonomía de la voluntad de los contratantes.

### **Obligatoriedad y voluntad en la cláusula de reversión**

La ley 80 de 1993, en sus artículos 14 y siguientes, contempla una serie de poderes exorbitantes de la administración, que en ocasiones son potestativos y a veces forzosos de desplegar en su labor contractual. Por ende corresponde a la administración como facultad excepcional de obligatorio ejercicio: La dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia sobre la ejecución del contrato (Ley 80 de 1993, art. 14). Esta potestad tiene su razón de ser en el interés público supone toda la contratación estatal. Las cláusulas exorbitantes son apenas uno entre los múltiples mecanismos de que goza la entidad contratante para el ejercicio de sus prerrogativas como potencia pública. En estas condiciones el concepto de prerrogativas es genérico y las cláusulas excepcionales vienen a

ser una especie de tal conceptualización. En la misma medida bien puede decirse que la enunciación de cláusulas exorbitantes contenida en el artículo 14 no es taxativa.

Dentro de las cláusulas exorbitantes que acompañan al contrato estatal se pueden citar la interpretación unilateral, que frente a la aparición de discrepancias sobre la interpretación de las cláusulas cuando las dificultades surgidas amenacen o conduzcan a la paralización o afectación grave del servicio, priorizando la prevalencia del servicio público por satisfacer con el contrato y frente a la disparidad de criterio la oficina contratante propiciará una interpretación y arreglo conveniente o amistoso para solucionar el problema, procurando que ninguna de las partes resulte perjudicada.

De otra parte existe la modificación unilateral, que surge de la necesidad de efectuar variaciones en el contrato para evitar la paralización o afectación del servicio cuando no se llega a un acuerdo entre contratante y contratista, y dentro de estas las diferencias con adición al contrato que señala el Art. 40 de la ley 80 de 1993, parágrafo único, que permite una adición de hasta el 50% del valor inicial del contrato, y aplica para aumentar el precio, el plazo, y por ende el objeto del contrato, lo que conlleva a prorrogar el mismo y no implica fraccionamiento del contrato.

Así mismo se ubica en este régimen legal el fraccionamiento de contratos, que si bien se encontraba prohibido en el Art. 56 del Decreto 222 de 1983, la Ley 80 de 1993 no contempla tal prohibición, permitiendo la aplicación de este principio. Como también la terminación unilateral del contrato o terminación anticipada por exigencias del servicio o circunstancias de orden público, al igual que por muerte o incapacidad física permanente del contratista o disolución de la persona jurídica de este, por interdicción judicial o quiebra del contratista y por cesación de pagos, concurso de acreedores o embargos judiciales que afecten de manera grave el cumplimiento del contrato. Esta actuación no constituye sanción al contratista, sino la procura de los principios de eficiencia, transparencia y economía que deben acompañar este tipo de contratos.

También se ubica en esta ley (80 de 1993) la cláusula de caducidad del contrato, en donde el contratante está facultado para terminar anticipadamente el mismo cuando sobrevengan las condiciones previstas en el Art. 18 de esta ley, como es el incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista que afecten de manera grave y directa la ejecución del contrato que puedan conducir a su paralización y el Art. 5-5 señala esta caducidad cuando el contratista recibe amenazas o peticiones de quien actúe fuera de la ley para obligarlo a hacer o a omitir algún acto o hecho y no de aviso oportuno a la entidad contratante ni a las autoridades competentes para lo de su cargo (modificado por la Ley 104 de 1993). La caducidad implica inhabilidad para el afectado por la medida, toda vez que queda impedido para contratar con el Estado durante los siguientes cinco años.

En la citada Ley se consagra igualmente la terminación unilateral por declaratoria de nulidad del contrato, que contempla el Art. 45, en donde facultan al contratante para dar por terminado el contrato frente a la existencia de causales de nulidad que contempla la citada norma, en donde se consigna igualmente la sujeción a leyes nacionales, y a través de ella todo contrato se regirá por las normas internas para efectos de controversia que de él puedan surgir, por lo que la ley omite la renuncia a reclamaciones diplomáticas contenidas en el decreto anterior (222 de 1983) y aplica solamente para los contratos que deban ejecutarse en el territorio nacional, y se identifica con el Art. 4 superior.

Ahora bien, la Ley 80 de 1993 contempla la reversión en su Art. 19 para los contratos de explotación o concesión de bienes estatales, en donde se pacta que a la terminación del mismo los elementos y bienes afectados directamente en tales actividades pasaran a ser de propiedad de la entidad contratante, sin que ello conlleve compensación alguna, aun cuando los contratos de explotación minera tienen su propia regulación y cuando se trata de mediana o pequeña explotación minera no aplica la reversión (Decreto 2655 de 1988 y Art. 60 del Código de Recursos Naturales, entre otros).

Finalmente se ubican dentro de estas cláusulas la penal pecuniaria, que es potestativa o voluntaria conforme a los Arts. 13 y 40 de la citada ley y favorece a ambas partes, y las multas a causa de eventual incumplimiento de las partes que no se hallan en la



Ley 80 de 1993 y resultan necesarias para el cumplimiento del contrato, propendiendo siempre que el contratista tiene el carácter de colaborar en la consecución de los cometidos estatales y la multa opera frente a retrasos en el contrato y en cuanto a la calidad y cantidad de bienes y servicios que son objeto del mismo, siendo esta (la multa) proporcional al valor del contrato y la gravedad de los perjuicios. Todo lo anterior con observancia del debido proceso y por no estar reguladas en la ley no pueden imponerse, sino que proceden por acuerdo de voluntades (Ordóñez y Vega, 1999).

Así mismo Palacio (1997) señala que el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, obliga a las Entidades a que estipulen dentro del contrato las cláusulas excepcionales al derecho común, de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad, pero sólo en aquellos que tengan por objeto: a) el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, b) la prestación de servicios públicos, c) la explotación y concesión de bienes del Estado, en los cuales se debe incluir la cláusula de reversión, y, d) en los contratos de obra.

Retomando el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, establece que las cláusulas que son obligatorias en los contratos señalados, se entienden incluidas aunque no se pacten expresamente, estipulación que es más amplia que la del Decreto 222 de 1983, donde sólo se hablaba de las cláusulas presuntas de caducidad (art. 65) y de garantías (art. 68). Pero a su vez, la Ley 80 no consagró como obligatoria la inclusión de otras cláusulas que sí mencionaba el artículo 60 del Decreto Ley 222 de 1983, como eran las de multas, garantías, renuncia a reclamación diplomática, la sujeción de la cuantía y pagos a las apropiaciones presupuestales y cláusula penal pecuniaria.

### **Cláusulas excepcionales o exorbitantes**

Dentro de las cláusulas excepcionales subsisten aun las cláusulas presuntas, como expresión de que no son propiamente cláusulas de un contrato, sino verdaderos poderes de la administración, que surgen en virtud de su naturaleza administrativa y no de la

consagración contractual, de ahí que el artículo 14 exprese que en los eventos que allí se disponen, se entenderán incluidos, aunque las partes no lo hayan dicho expresamente. Ese poder que ostenta la Entidad en el contrato lo tiene por cuanto lo exige el interés público, el cual está por encima del interés individual, poder que no lo recibe contractualmente, mediante la consagración del mismo en el texto de las estipulaciones con las llamadas cláusulas exorbitantes, sino que su génesis está directamente en la ley, quien le atribuye esas potestades a la Entidad y las cuales ejercita en el contrato para poder ejercer su dirección y control y obtener el fin perseguido de la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos de los administrados (art. 3). Considerar que los privilegios de la Entidad, están sometidos a la libre expresión de las partes en el contrato por determinación de la autonomía de la voluntad, sería desplazar el manejo del interés general al campo de la conveniencia particular en un contrato, lo cual es lógico frente a la naturaleza y finalidad del Estado.

Continúa esta autora manifestando que el artículo 14 (ya citado), en todos los casos en que se utilicen estos poderes por la Administración, el contratista debe ser oído permitiéndole ejercer el recurso de reposición contra la decisión o la impugnación judicial, si fuere el caso, (art. 77), y si de ellos resultare afectado, salvo en el caso de la caducidad, se le indemnizará o se le restablecerá la ecuación económica contractual, mediante el reconocimiento de las compensaciones a que haya lugar y las indemnizaciones pertinentes.

Las cláusulas exorbitantes, llamadas en la nueva normativa potestades de excepción, dependen en su concepción y orientación del tipo de Estado en el que se apliquen. En efecto, no es lo mismo su alcance y desarrollo en un Estado de corte monopolístico público, como el que nos caracterizó bajo la Constitución de 1886, a lo que es y debe ser bajo el Estado competitivo propio de la Constitución de 1991. (Palacio, J., 2004).

Esta autora señala que la contratación pública no es un conjunto de normas que regulan el trámite para la adquisición de bienes, servicios y obras que requiere el Estado para su funcionamiento y el servicio del colectivo, sino un estatuto armónico y medular

que determina la manera como han de vincularse los sectores público y privado a los proyectos realizados a través de la inversión pública.

“Es, pues, la herramienta idónea que permite, de acuerdo con la orientación y cometidos estatales específicos, incorporar los diversos agentes económicos al movimiento de la riqueza, siendo por ello la columna vertebral y el principal instrumento para llevar a cabo la gestión pública dentro de una orientación estatal determinada. Así las cosas, luego de una corta evolución constitucional, el país, bajo la Carta de 1886, se dirigió hacia un manejo exclusivo y excluyente de los hoy denominados servicios públicos domiciliarios, en cuya gestión y manejo no se posibilitó la participación directa, libre y en competencia con los particulares, llegándose incluso a sostener por algunos que nos encontrábamos bajo un régimen “monopolice” público. En un Estado de este corte es lógico que la normativa que lo rija, especialmente en lo que hace a su forma de contratar, busque la preservación del monopolio público a través, por ejemplo, de fuertes exorbitancias, privilegios estatales y estrictos controles previos, perceptivos y posteriores, rigurosos trámites y formalidades, profusa y puntual reglamentación, así como la regulación completa de la contratación pública con mayor autonomía frente a las reglas ordinarias civiles y comerciales.”

Las "cláusulas exorbitantes" reflejan exactamente la orientación estatal y el querer del legislador de dotar al Estado de privilegios claros frente a su particular contratista; aun cuando de otra parte, la Constitución Política de 1991 avanzó de manera importante en temas como la desregulación; globalización; desmonopolización, y principalmente la libre competencia y competencia entre el Estado y los particulares, especialmente en cuanto a servicios públicos se refiere. De un Estado monopolístico pasamos a uno de corte competitivo, con amplia participación privada en el manejo de la riqueza, la explotación, gestión y titularidad de los servicios públicos.

Señala (Palacio, J., 2004) que el artículo 333 de la Constitución, al establecer la competencia como un derecho de todos, establece nuevas reglas de juego en cuanto al

modelo y accionar del Estado se refiere, lo que, sin lugar a equívocos, impacta directamente la contratación estatal como herramienta para el logro de sus fines (Art. 2), máxime si se complementa con lo estipulado en los artículos 365 y 209 superiores.

En efecto, ante la necesidad estatal de competir en condiciones de igualdad con los particulares, fue menester estructurar una ley que imprimiese una nueva dinámica a la contratación estatal, buscando la eficiencia en su gestión, pero garantizando la moralidad en la función administrativa, su transparencia, publicidad, economía y la consecuente responsabilidad de sus servidores, sin olvidar con ello el primordial logro del beneficio general.

Continúa (Palacio, J., 2004) aduciendo que el artículo 13 de la Ley 80 de 1993 es bien representativo de este cambio en el papel del Estado y por tanto en su regulación contractual. Es claro que un Estado monopólico corresponden normas que lo privilegian, lo exorbitan, lo regulan y reglamentan minuciosamente, estableciéndole formalidades y rígidas competencias, todo ello fundado en una supuesta autonomía del derecho administrativo y la contratación pública, que llevó necesariamente a regulaciones marcadamente administrativas y condujo incluso, a algunos, a sostener en este campo, la existencia de verdaderos contratos de adhesión.

### **Procedibilidad de las cláusulas contractuales**

Frente a la necesidad de armonizar la contratación pública con la nueva orientación y mandatos constitucionales, aparece el citado artículo 13 de la Ley 80 de 1993, en el que se indica claramente, **que el régimen aplicable a los contratos estatales, unificados en su concepto, es el propio del derecho civil y comercial, vale decir, el mismo que rige la contratación entre particulares** con quienes ha de competir, como ya se explicó, sin olvidar con ello que el contratante público busca exclusivamente la satisfacción del interés colectivo y ello conduce, en casos "excepcionales", a la posibilidad de utilizar ciertas potestades, no contempladas en el derecho común. (Palacio, J., 2004)

La autonomía de la voluntad como pilar esencial de los contratos se recupera para la actividad contractual estatal, que se desregula de manera drástica, dando cabida a que los acuerdos entre las partes, legalmente celebrados, sean de obligatorio cumplimiento, salvo aquellos aspectos expresamente regulados por la Ley 80 de 1993, entre los cuales se encuentra precisamente el relativo a las "potestades excepcionales", llamadas en el anterior estatuto "cláusulas exorbitantes". Esta modificación de expresiones no es simplemente semántica y formal, sino derivada de la nueva orientación del papel del Estado, dada por la Constitución de 1991. (Palacio, H., 2004).

De lo dicho se desprende una primera conclusión de enorme trascendencia para el tema en análisis. La caducidad, los principios de terminación, interpretación y modificación unilaterales, y el sometimiento a las leyes nacionales, son cláusulas "excepcionales al derecho común" (numeral 2, Art. 14, Ley 80/93), derecho aplicable a la contratación estatal (Art.13, Ley 80/93) y por tanto, al ser excepcionales son taxativas y de aplicación restrictiva, según los principios generales del derecho. (Palacio, J., 2004)

En tal virtud, puede desde ya definirse que ni las multas, ni la cláusula penal pecuniaria, son potestades excepcionales, pues están excluidas del señalamiento taxativo realizado por el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, y por ende, aunque pueden ser pactadas en un contrato estatal en desarrollo de la autonomía de la voluntad y por acuerdo entre las partes, no pueden tener el tratamiento, ni producir las consecuencias del ejercicio de la exorbitancia estatal, que concede a quien la ostenta no solo jurisdicción sino competencia para asumir posición de juez y de parte, exclusivamente en razón del interés general que persigue la entidad pública. (Palacio, J., 2004)

No debe perderse de vista que la "unilateralidad" y la "exorbitancia" no son términos sinónimos. Todo lo exorbitante es unilateral, pero no todo lo unilateral es exorbitante. La unilateralidad puede ser pactada entre las partes, incluso entre particulares que así lo deseen. Las multas y la cláusula penal pecuniaria pueden ser objeto de pacto interpartes, e incluso las primeras deducibles directamente de sumas que le adeude el

multado a su contratista acreedor, pero jamás podrán ser objeto de decisión y cobro exorbitante unilateral, proveniente de un acto propio que tenga la calidad de ejecutivo y ejecutorio, cuando no existe conformidad del obligado a su pago. En este caso necesariamente habrá de acudir al juez del contrato. (Palacio, J., 2004)

La exorbitancia entonces, dentro del contexto analizado, proviene de la ley y no de la voluntad de los implicados, pues el imperio de una de las partes, acompañado de jurisdicción, competencia y decisión previa obligatoria sobre la otra, no puede provenir de la autonomía de un pacto, sino de expresa habilitación legal.

“Ahora bien, las potestades excepcionales están consagradas en la ley "con el exclusivo objeto de evitar la paralización o afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación de los mismos", a tenor de lo expresamente consagrado en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993. En tal virtud, no cabe duda de que la razón de ser de estas cláusulas de excepción, no es la de facultar a quien las tiene para sancionar al contratista. Este no es su propósito, no obstante, en algunos casos, sea una de sus consecuencias, pero definitivamente no la principal, que es sin duda la de buscar el idóneo desarrollo de la finalidad perseguida con el contrato.” (Palacio, J., 2004)

El artículo 14 (ya citado) presenta una inadecuada redacción, establece que las cláusulas excepcionales al derecho común serán de pacto "obligatorio", "potestativo" o "prohibido", según el tipo de contrato de que se trate. Serán de pacto obligatorio 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. Su pacto será "potestativo" en los contratos de suministro y de prestación de servicios. (Palacio, J., 2004)

“En los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos; en los de donación, arrendamiento, empréstito, y en los que tengan por objeto actividades comerciales o

industriales de las entidades estatales que no correspondan a las indicadas en el numeral segundo de la Ley 80 de 1993 o que tengan por objeto el directo desarrollo de actividades tecnológicas o científicas, así como en los contratos de seguros tomados por la entidad estatal, está "prohibido" el pacto y la utilización de cláusulas excepcionales.”

Este planteamiento, que en principio parece preciso, adolece de un gran vacío que no puede ser llenado sino a partir de una interpretación armónica y sistemática de la Constitución y el nuevo papel del Estado, así como de la ley y su claro espíritu competitivo, desregulatorio y de autonomía de la voluntad, en la búsqueda de la eficiencia en la gestión contractual. En efecto, la pregunta que surge del planteamiento hecho es evidente: ¿qué ocurre con los contratos que no se encuentran listados en la ley ni como de pacto obligatorio, ni facultativo, ni prohibido? La respuesta a este interrogante es que todos los contratos que no se encuentren expresamente definidos en la ley como aquellos en los que las cláusulas excepcionales son de obligatorio o potestativo pacto, que por cierto son la mayoría, tienen prohibición de incluir dichas facultades en su texto, vale decir, los contratos enlistados en la norma como de pacto potestativo u obligatorio, son taxativos, los prohibidos son meramente enunciativos. (Palacio, J., 2004)

Continúa la autora manifestando que La interpretación no podría ser otra, pues es evidente que muchos de los contratos que celebra el Estado no se encuentran contenidos en la categorización que de ellos hace el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 para efectos de señalar si es viable o no el pacto de exorbitantes en su texto. En efecto, acuerdos tan importantes en el mundo actual del comercio como el de out-sourcing, joint venture, cuenta corriente, interventoría, e incluso los de objeto múltiple y los innominados, no se encuentran señalados en la ley para los efectos que aquí se analizan (Art.14), lo que nos conduce necesariamente a tener que sacar conclusiones a la luz de la Constitución y del espíritu de la Ley 80/93 (Art.13) y su pilar fundamental, la autonomía de la voluntad y la excepcionalidad de las cláusulas exorbitantes.

Así las cosas, todos los contratos que expresamente no se encuentren enumerados en la ley como de pacto obligatorio o potestativo contienen la prohibición de incluir cláusulas exorbitantes en su texto. De otra manera, las potestades "excepcionales" se volverían, por vía interpretativa, la regla general en los contratos estatales, contrallándose con ello todo el espíritu y la orientación de la normativa vigente.

Este análisis adquiere mayor relevancia si tenemos en cuenta el principio de legalidad, propio de nuestro derecho público, y su principal consecuencia, la presunción de legalidad. En efecto, si una cláusula exorbitante es de pacto obligatorio, por ejemplo, en un contrato de obra, y ésta no está escrita en su texto o en el pliego que le dio origen, debe entenderse incluida y por tanto puede ser declarada por la administración contratante dado que el pliego o el contrato no pueden ir contra la ley. (Palacio, J., 2004)

Ahora resulta prudente concluir que si en un contrato de aquellos no citados en el artículo 1-1 de la Ley 80 de 1993, se encuentran pactadas las cláusulas excepcionales, éstas deben entenderse no escritas, por ser de prohibida inclusión en este tipo de acuerdo de voluntades. Igualmente, si en un contrato de pacto potestativo de exorbitancias, no se encuentran incluidas las cláusulas pertinentes, es necesario concluir que no se presumen pactadas y por ende no pueden ser utilizadas por la administración.

El Proyecto de Ley 007/03 de la Cámara, por medio del cual se pretende modificar la Ley 80 de 1993, endurece de manera significativa los poderes excepcionales del Estado, generalizando su utilización con el argumento, según la exposición de motivos (006/03), de que es necesario "redefinir la posición del Estado en relación con los poderes de dirección y control del contrato, representados en la existencia de estas cláusulas, de tal manera que se autorice legislativamente la inclusión de ellos en todo tipo de contrato estatal excepto en los prohibidos actualmente por la Ley 80 de 1993 y que se hallan relacionados en el párrafo del Art. 14". (Palacio, J., 2004)

“En efecto, es clara la orientación en el proyecto de ampliar el ámbito de aplicación de las potestades exorbitantes, como ya veremos en un análisis más puntual del



texto de la reforma, lo que a todas luces contradice la "excepcionalidad" de dichas cláusulas, convirtiéndolas en regla general, y desconociendo la preferente aplicación del derecho común (Art.13, Ley 80) y de la autonomía de la voluntad consagrada en la ley de contratos, en desarrollo de claros mandatos constitucionales que señalaron el nuevo papel competitivo del Estado en 1991. Las consagraciones contenidas en los proyectos de modificación a la Ley 80 de 1993 son más amplias a favor del Estado en cuanto a exorbitancias se refiere, y rebasan significativamente incluso lo consagrado en el Decreto-. Ley 222/86, estatuto que correspondía a un Estado de corte monopolístico. Nunca se había planteado en Colombia una normatividad contractual que privilegiara de manera tan definitiva la posición estatal frente a su contratante privado, lo que no encuentra ninguna justificación, ni desde el punto de vista fáctico y de gestión, ni mucho menos desde el normativo, pues atenta contra la nueva orientación constitucional del Estado que pretende imprimirle una especial dinámica a la inversión pública, poniéndola a tono con principios como la eficiencia, moralidad, transparencia, eficacia administrativa, y rescatando para su contratación el principio de la normatividad de los actos jurídicos, lo cual implica que el acuerdo entre las partes y la autonomía de sus pactos debe ser de obligatorio cumplimiento (Código Civil y de Comercio - Art. 13, 1 Ley 80/93), sin perjuicio obviamente de los temas relacionados con procedimientos, inhabilidades y potestades de excepción, que pertenecen, en razón del interés general, al ámbito exclusivo del derecho público, no pudiendo quedar al arbitrio de las partes.”

Con el texto propuesto de modificación al Artículo 14 de la Ley 80 de 1993, se cambia la consagración existente, en la medida en que el pacto de exorbitantes en los contratos de suministro y prestación de servicios, que hoy es potestativo, se convertiría en obligatorio, con las lógicas consecuencias que ello acarrea. Adicionalmente establece la norma propuesta que "las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los demás contratos", quedando con ello consagradas las potestades "excepcionales" como "regla general", pues no parece posible pensar que una entidad pública, contando con la posibilidad legal para hacerlo, no vaya a utilizar dichas prerrogativas a su favor, si ello la

colocan en una posición de privilegio. En este orden de pensamiento, quedaría prohibido su pacto únicamente en los contratos consagrados en el parágrafo del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, pasando éste de ser meramente enunciativo a taxativo, lo que nuevamente favorece y amplía la exorbitancia estatal, el privilegio de la decisión previa y ejecutoria en su favor, sin necesidad de acudir al juez del contrato. (Palacio, J., 2004)

En esta misma vía es de comentar que en los proyectos en curso, en lo que hace relación con las multas, se vuelve a la regulación anterior contenida en el Decreto-, Ley 222 de 1983 (Estado monopólico), es decir, a darles nuevamente el tratamiento de cláusulas exorbitantes, involucrándolas en la noción de autotutela declarativa que impone al contratista el deber de su cumplimiento inmediato, únicamente con la posibilidad de impugnación contencioso administrativa en el caso de no encontrarse de acuerdo con su imposición.

Adicionalmente y para completar el panorama reformista en cuanto hace al tema aquí tratado, es de señalar que el proyecto 007/03 contempla una nueva figura, esbozada apenas en el anterior estatuto contractual y que sin duda apunta también a ampliar los poderes exorbitantes del Estado, desconociendo nuevamente las previsiones del derecho común y a la autonomía de la voluntad, bases consagradas en la Ley 80 de 1993, que desarrolla claros mandatos constitucionales. (Palacio, J., 2004)

### **Cláusulas contractuales y reversión como mandato legal**

El contrato estatal como es sabido desde la vigencia del Decreto 528 de 1964 (artículos 30 y 32), cuando se entronizó en nuestro derecho la distinción entre los contratos administrativos y los contratos de derecho privado de la administración, la cual se conservó en los estatutos contractuales que, con posterioridad, se adoptaron en el país, entre los que sobresalen el Decreto 150 de 1976 y la Ley 19 de 1982 en conjunto con el Decreto 222 de 1983.

En la última de tales codificaciones se había mantenido la tradicional clasificación dual, adoptando con toda fortuna para distinguir los contratos administrativos de los derechos privados de la administración, el denominado “criterio legal”, y asignando a cada una de tales categorías, las secuelas consiguientes de régimen jurídico de derecho público o privado, y atribuyendo a la jurisdicción contencioso administrativa o a la ordinaria la solución de las controversias, según el caso (artículo 17); el estatuto agregaba sin embargo, una especie mixta: los contratos de derecho privado de la administración con cláusula de caducidad, para los cuales pese a su naturaleza jurídica, las controversias en ellos originadas se debían ventilar ante la Jurisdicción contencioso administrativa.

Tales categorías de contratos se funden en la Ley 80 de 1993 para dar nacimiento a una categoría única “el contrato estatal” cuyos perfiles se deducen, fundamentalmente de los Arts. 32, 13 y 40 del nuevo estatuto. Bueno es transcribirlos en cuanto interesan para obtener una claridad mayor:

Artículo 32. De los Contratos Estatales. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad.

Artículo 13°.- De la Normatividad Aplicable a los Contratos Estatales. Reglamentado parcialmente por los Decretos Nacionales 1896 y 2166 de 1994, Reglamentado parcialmente por el Decreto Nacional 4266 de 2010. Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2 del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta Ley.

Artículo 40°.- Del Contenido del Contrato Estatal. Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta Ley, correspondan a su esencia y naturaleza. Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento

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

Si a estos preceptos legales se agrega el artículo 75, según el cual "el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución y cumplimiento será el de la Jurisdicción Contencioso Administrativa", se podría pensar que las consecuencias asignadas a la anterior clasificación (régimen jurídico y jurisdicción competente), se eliminaron con el propósito de someter el contrato estatal a un régimen jurídico único (aunque mixto) y el examen de sus controversias a un solo juez: el de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Todo parece indicar que la segunda de tales secuelas no admite discusión; la totalidad del contencioso contractual de las entidades estatales es, bajo la Ley 80, del conocimiento de la jurisdicción especializada.

En cambio, el manejo de las prerrogativas y de las cláusulas excepcionales puede dar lugar a la existencia de regímenes jurídicos diversos para los distintos tipos de contratos estatales. (Hernández, 1994)

Para el citado autor, las cláusulas excepcionales son mecanismos legales y contractuales que permiten a las entidades estatales ejercer sus prerrogativas con miras al cumplimiento del contrato, a evitar la paralización o afectación grave de los servicios públicos de cuya estación se encarga la entidad estatal contratante, o el particular servicio público que se busca satisfacer con el objeto contratado, durante la etapa de la ejecución del contrato.

En el ordinal 2o., del artículo 14 de la Ley 80 de 1993 aparece un listado de dichas cláusulas de excepción respecto de los contratos entre particulares, son ellas: la

terminación, modificación e interpretación unilateral, sometimiento a las leyes nacionales, caducidad y reversión.

### **La reversión como garantía contractual**

Vale la pena aclarar que la administración no puede hacer nada que no esté expresamente permitido en la ley (Art. 6 de la C.N.), por lo que no pueden pactar cláusulas exorbitantes que no estén previstas en ella, sin embargo la Ley 80 de 1993 contiene la cláusula de garantías, que si bien no figura en la lista de cláusulas exorbitantes del artículo 14, si aparece en distintos puntos del articulado de la Ley con características que llevan a pensar en la conservación de la exorbitancia que le otorgaba la legislación anterior, el numeral 19 del artículo 25, en cuanto interesa al asunto:

"El contratista prestará garantía única que avalará el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato, la cual se mantendrá vigente durante su vida y liquidación y se ajustará a los límites, existencia y extensión del riesgo amparado".

"Las garantías no serán obligatorias en los contratos de empréstito, interadministrativos y en los de seguros".

"Las entidades podrán exonerar a las organizaciones cooperativas nacionales del trabajo asociado legalmente constituidas del otorgamiento de garantías en los contratos que celebren con ellas, siempre y cuando el objeto, cuantía y modalidad de los mismos, así como las características específicas de la organización de que se trate, lo justifiquen. La decisión en este sentido se adoptará mediante resolución motivada".

Y el artículo 5o., en su ordinal 4o., preceptúa:

"Para la realización de los fines de que trata el artículo 3o., de esta Ley, los contratistas:

"4o., garantizarán la calidad de los bienes y servicios contratados y responderán por ello".

De otra parte, en el inciso final del artículo 60 se encuentra esta disposición:

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

El Decreto Reglamentario No. 679 del 28 de marzo de 1994, se encarga de precisar el objeto de la garantía única (artículo 16) los riesgos que ha de amparar y el valor garantizado (artículo 17), la aprobación (artículo 18) y su ejecución por jurisdicción coactiva (artículo 19); de su lado, el Decreto 855 del 28 de abril de 1994 determina el régimen de garantías para los contratos de menor cuantía y para aquellos que no requieren formalidades plenas (parágrafo del artículo 8o.).

De las normas citadas y de las transcritas se puede deducir:

- Que es obligación de la entidad estatal exigir, y del particular contratista constituir las garantías contempladas por la ley.
- Que aunque no esté pactada, dicha obligación permanece (cláusula presunta).
- Que no es obligatoria (es decir que requiere de pacto expreso), en los contratos de empréstito, interadministrativos y en los de seguros.
- Que se puede hacer efectiva por jurisdicción coactiva (artículo 19 del Decreto 679 de 1994 y artículo 68-4 del C.C.A.); hay que advertir, claro está, que este último punto podría discutirse, en cuanto el artículo 75 que la ley atribuyó a la Jurisdicción

Contencioso Administrativa su conocimiento "de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento"; dicha norma podría estar limitando la jurisdicción coactiva en materia contractual.

Todas estas características están mostrando la excepcionalidad o la exorbitancia de la cláusula de garantías, circunstancia que conduce a pensar, por este primer aspecto, que la enumeración del artículo 14 no es limitativa.

En cuanto a la cláusula penal pecuniaria, se ha visto que no aparece contemplada en la nueva Ley; el Decreto 679 de 1994 hace alusión a ella (artículo 17), para establecer que "el amparo de cumplimiento no será inferior al monto de la cláusula penal pecuniaria...", previsión que está dejando, como es lógico, la posibilidad de pactarla en el contrato.

La situación, sin embargo, presenta una doble faceta en cuanto que:

1) La cláusula penal pecuniaria se puede pactar en la forma ordinaria, es decir, tal y como se pacta en los contratos entre particulares, y, en ese evento, los artículos 1592 a 1601 del C.C. y 867 y 947 del C de C. regularán su régimen.

Esta cláusula, convenida en la forma indicada, no tendrá nada de exorbitante y la reclamación correspondiente requiere de la intervención del Juez. Se puede incluir en todo tipo de contratos.

Lo anterior no exonera las posibilidades que para exigirla se abren en el acto de liquidación (bilateral o unilateral), cuando se ha declarado la caducidad administrativa o cuando, habiéndose presentado los hechos constitutivos de incumplimiento del contratista, la entidad decide adoptar "las medidas de control e intervención necesarias, que garanticen la ejecución del objeto contratado", según lo permite el segundo inciso del artículo 18 de la Ley 80 de 1993.

2) También se puede pactar esta cláusula como excepcional, es decir, en favor únicamente de la entidad estatal y con poderes a ella atribuidos para decretarla unilateralmente, cuando se presenten fenómenos de incumplimiento que pueden preverse en el contrato.

La base legal de esta tesis se ha encontrado en el artículo 40 de la Ley, según el cual "las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permiten la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales", con autorización para incluir "las cláusulas o estipulaciones que consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la Ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta Ley y a los de buena administración".

Para el caso de la cláusula penal pecuniaria (salvo en los contratos para los cuales la Ley prohíbe las cláusulas excepcionales-parágrafo del Art. 14), pactada como exorbitante, en desarrollo de la autonomía de la voluntad, no se vislumbra oposición alguna con la Constitución, la Ley, el orden público, los principios y fines señalados en el estatuto contractual o los de buena administración. Para los contratos en los cuales, de acuerdo con el parágrafo del ordinal 2o., del artículo 14, la Ley ha prohibido las cláusulas excepcionales, obviamente tal pacto no se podrá hacer, so pena de nulidad absoluta (artículo 44 - 2o.), por cuanto resulta ostensible la ilegalidad de dicha exorbitancia.

Otro tanto se podría afirmar en relación con la cláusula de multas.

En síntesis: la enumeración que el artículo 14 hace que las cláusulas excepcionales no sean taxativas, por lo que existen otras de orden legal (como la de garantías), o convencional (como la penal pecuniaria y la de multas) que se deben o pueden pactar en algunos contratos." (Hernández, 1994)



## **La reversión como supremacía de poder estatal**

Las cláusulas de los contratos son pequeñas descripciones que indican obligaciones de ambas partes de un acuerdo, y en ellas se discuten los derechos individuales de las partes que lo integran, junto con los términos y condiciones implícitas usadas en el cuerpo del contrato, como también las responsabilidades legales de los que se obligan. A través de ellas se definen aspectos concretos del acuerdo de partes. Su aplicabilidad, permisibilidad y efectos varían dependiendo del país o el Estado en el que las partes celebren dicho acuerdo. (Jane, 2010).

Tal como ocurre en un contrato privado, las estipulaciones o cláusulas que integran un contrato no se encuentran únicamente en el documento que lo contiene, sino también en otros instrumentos jurídicamente aptos para generar relaciones obligatorias. En el caso del contrato estatal, conforme al Principio de Integración Instrumental y al Principio de Juridicidad, los términos contractuales no sólo se encuentran definidos en el contrato en sí, sino también en las Bases Integradas, en la propuesta del contratista e incluso en las normas jurídicas aplicables al contrato, ya que éstas fijan penalidades, causales de resolución, mecanismos de solución de controversias. (gestionpublicaycontratacionestatal.over-blog.com)

Esta misma fuente establece que la correcta identificación del íntegro de estipulaciones contractuales, conocida como “integración de la relación jurídica contractual”, permite a las partes contratantes conocer sus respectivos derechos y obligaciones en torno a la relación jurídica existente entre ellos, para lo cual aplican cláusulas contractuales de origen legal y convencional. Las primeras en mención nacen de una norma jurídica administrativa, ya sean imperativas, prohibitivas, de excepción, facultativas o discrecionales. Para el caso, las de excepción son normas que autorizan a la autoridad administrativa a no aplicar determinadas reglas generales ante un supuesto en particular. No obstante retomar también las imperativas, cuya aplicación es obligatoria por parte de la utilidad administrativa a la cual no puede sustraerse de su cumplimiento, por lo que las disposiciones contractuales contenidas en este tipo de norma administrativas se

integra automáticamente al contenido del contrato, aun cuando no se mencionen o incluyan en el mismo, y de negarse generaría una nulidad de dicho acto.

Así mismo se señala en la fuente enunciada que las cláusulas prohibitivas son aquellas que limitan la actuación del servidor público imponiéndole un deber de abstención del que tampoco puede sustraerse. En tanto que las facultativas otorgan un amplio margen de decisión al servidor público con plena libertad para decidir su actuar y determinación según su propia valoración de circunstancias. Y las discrecionales que otorgan una libertad amplia al servidor público para decidir con base a conceptos jurídicos previamente establecidos en la norma y que sirven de criterio y observancia para la toma de decisiones. Finalmente se encuentran las disposiciones contractuales convencionales que obedecen al principio de integración instrumental, definidas por las partes contratantes, es decir, la entidad estatal y el contratista.

No está por demás comentar adicionalmente que el Proyecto 006/03, que perfectamente podría ser acumulado con el 007/03, en sus artículos 7 y 8, contentivos de los principios de interpretación y modificación unilaterales, elimina las motivaciones que hoy contempla la ley, para hacer viable la declaratoria unilateral exorbitante de tales principios. En efecto, la norma que nos rige exige a la entidad pública contratante que, para poder acudir a modificar un contrato, debe probar y explicar en el acto administrativo que así lo declara, que la razón de su decisión previa es la de "evitar la paralización o afectación grave del servicio que se pretende satisfacer" con el objeto contratado.

Todo lo expuesto conlleva a establecer si las potestades excepcionales serán simple y llanamente la expresión a ultranza del "imperio" del Estado frente a sus contratistas particulares y que se justifiquen per se en el hecho de que la administración encarna y sustenta el poder público y por tanto no puede estar al mismo nivel de los particulares. De ser así, se impondría necesariamente un cambio constitucional para regresar a un modelo monopólico de Estado.

No se puede 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 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 interno. (Palacio, J., 2004)

Resulta prudente establecer que las potestades excepcionales operan dentro de un contexto constitucional, de eficiencia y eficacia en la búsqueda de la satisfacción del interés general, pero fundamentalmente revisando y evaluando cuál ha sido realmente el balance, en términos de costo-beneficio que ha tenido el país con la utilización de estas cláusulas exorbitantes, especialmente la de caducidad, pues al parecer no han arrojado los resultados esperados, que no son otros que el logro y cumplimiento idóneo y exitoso de los fines perseguidos por los contratos que las contienen. (Palacio, J., 2004)

La función del juez contencioso no puede ser invadida por la administración, ni convertirla en autoridad con capacidad de juzgar incumplimientos contractuales, ni dar satisfacción a pretensiones económicas o indemnizatorias de la entidad. El papel de la administración es asegurar la finalidad misma perseguida con el objeto contratado y no necesariamente la del contrato mismo, por paradójica que esta afirmación parezca.

“En otras palabras, lo importante no es el contrato per se, sino la finalidad de interés colectivo que con él se persigue, y lo que la administración debe garantizar es que se logre en últimas la satisfacción del colectivo, así para ello deba, por ejemplo, proceder a terminar unilateralmente un contrato, si se dan los motivos contemplados por la ley para tal efecto.”

En consecuencia, el objeto de las potestades en comento es asegurar que el servicio público se cumpla, evitar su paralización o afectación, y no el de sancionar al contratista o

cobrar sumas de dinero. Dentro de este contexto se estima totalmente desviado del objetivo buscado con la ley la posibilidad de declarar caducidades en el acta de liquidación del contrato, como se sostuvo por el Consejo de Estado en algunas jurisprudencias (Sentencia 13 de Sep./99, expediente 10264; expediente 1293, Sala de Consulta - 14 Dic/2000) o permitir, como se contempla en el proyecto 06/03, que la administración "en todo caso, cuando por razones de interés general o de conveniencia, la entidad no pueda declarar la caducidad, ésta podrá imponerse una vez haya cesado para la administración la situación que le impedía tomar esta decisión". Tales posiciones desvirtúan por completo la razón de ser de la caducidad, que es, como se dijo, la de evitar la paralización del proyecto perseguido con el contrato, convirtiendo la figura en un instrumento aislado del logro final del objeto contratado, para convertirlo simplemente en un mecanismo de corte sancionatorio para el contratista, en un momento en que no existe nada por hacer para evitar la paralización o afectación grave del servicio o para asegurar su inmediata y continua prestación. Máxime si es claro en la ley que esta cláusula es un modo de terminar el contrato. (Palacio, J., 2004)

### **Desarrollo conceptual**

A continuación se incluye información esencial que dará claridad para la comprensión del tema objeto de estudio, siguiendo la corriente de pensamiento planteada, y que servirá de fundamento para un adecuado enfoque y resolución de la problemática, a través de una adecuada estrategia metodológica.

Las **cláusulas** de los contratos son pequeñas descripciones que indican obligaciones de ambas partes de un acuerdo. Estas cláusulas pueden discutir los derechos individuales de las partes, los términos y condiciones implícitos usados en el contrato y las responsabilidades legales de las partes al firmar el contrato. Mientras algunas cláusulas son muy fáciles de entender, otras pueden dejarte muy confundido. (Jane, 2010).

En tanto que un **contrato** es un acuerdo de voluntades que crea o transmite derechos y obligaciones a las partes que lo suscriben. El contrato es un tipo de acto jurídico en el que intervienen dos o más personas y está destinado a crear derechos y generar obligaciones. Se rige por el principio de autonomía de la voluntad, según el cual, puede contratarse sobre cualquier materia no prohibida. Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento y las obligaciones que nacen del contrato tienen fuerza de ley entre las partes contratantes. (Alzate, 2008)

El **contrato** es un acuerdo de voluntades, verbal o escrito, manifestado en común entre dos o más personas con capacidad (partes del contrato), que se obligan en virtud del mismo, regulando sus relaciones relativas a una determinada finalidad o cosa, y a cuyo cumplimiento pueden compelerse de manera recíproca, si el contrato es bilateral, o compelerse una parte a la otra, si el contrato es unilateral. Es el contrato, en suma, un acuerdo de voluntades que genera «derechos y obligaciones relativos», es decir, sólo para las partes contratantes y sus causahabientes. Pero, además del acuerdo de voluntades, algunos contratos exigen, para su perfección, otros hechos o actos de alcance jurídico, tales como efectuar una determinada entrega (contratos reales), o exigen ser formalizados en documento especial (contratos formales), de modo que, en esos casos especiales, no basta con la sola voluntad. De todos modos, el contrato, en general, tiene una connotación patrimonial, incluso parcialmente en aquellos celebrados en el marco del derecho de familia, y es parte de la categoría más amplia de los negocios jurídicos. Es función elemental del contrato originar efectos jurídicos (es decir, obligaciones exigibles), de modo que a aquella relación de sujetos que no derive en efectos jurídicos no se le puede atribuir cualidad contractual. (Enciclopedia jurídica, 2014).

El término excepción, que conlleva a **excepcional**, es un vocablo derivado del latín *exceptio*, excepción. La *exceptio* se originó en la etapa del proceso por fórmulas del derecho romano como un medio de defensa del demandado. Consistía en una cláusula que el magistrado, a petición del demandado, insertaba en la fórmula para que el juez, si resultaban probadas las circunstancias de hecho alegadas por el demandado, absolviera a

éste, aun cuando se consideraba fundada la intentio del actor. La posición de la exceptio en la fórmula era entre la intentio y la condemnatio.

Actualmente se pueden destacar dos significados de la excepción:

**Sentido abstracto.** Es el poder que tiene el demandado para oponer, frente a la pretensión del actor, aquellas cuestiones que afecten la validez de la relación procesal e impidan un pronunciamiento de fondo sobre dicha pretensión (cuestiones procesales), o aquellas cuestiones que, por contradecir el fundamento de la pretensión, procuran un pronunciamiento de fondo absoluto (cuestiones sustanciales).

**Sentido concreto.** Son las cuestiones concretas que el demandado plantea frente a la pretensión del actor, con el objeto de oponerse a la continuación del proceso, alegando que no se han satisfecho los presupuestos procesales (excepciones procesales), o con el fin de oponerse al conocimiento, por parte del juez, de la fundamentación de la pretensión de la parte actora, aduciendo la existencia de hechos extintivos, modificativos o imperativos de la relación jurídica invocada por el demandante (excepciones sustanciales). Es decir, dentro de este sentido concreto de las excepciones, las procesales objetan la válida integración de la relación procesal e impiden un pronunciamiento de fondo sobre la pretensión del actor, mientras que las sustanciales contradicen al fundamentación misma de dicha pretensión y procuran una sentencia desestimatoria. (Arellano, 1997).

La **excepción** es un instituto procesal al cual la doctrina le ha destinado mucho tiempo y se ha escrito bastante, y no obstante ello, no hay consenso sobre su naturaleza jurídica y sobre su clasificación. Todas las posiciones que los procesalistas adoptaron sobre este instituto son objetables y como decía un profesor, hay criterios para todos los gustos.

El eminente maestro Uruguayo Eduardo J. Couture, refiriéndose al concepto tradicional nos dice “Los distingo el Juez de la acción es el Juez de la excepción” o “tanto dura la acción, tanto dura la excepción”, etc.

Asimismo el legislador concibe a las excepciones: “como mecanismos o instrumentos saneadores del proceso para evitar litigios inútiles”, “como medios de defensa que cuestionan el aspecto formal o el aspecto de fondo del proceso”, y “como un instituto que puede dar lugar a la terminación del proceso sin llegar a la sentencia” (Román, 2010).

La palabra exorbitante viene del latín y se compone del prefijo ex-, que indica separación y movimiento de salida, y la raíz de la palabra orbita (órbita, carrera, curso de los astros), un derivado de orbis (circunferencia, círculo). Exorbitar sería algo tan excesivo y calamitoso como si un astro o un planeta se saliera de su órbita. Por eso todo lo exorbitante es lo que se sale de manera muy anómala y excesiva de su ritmo y medida habitual, por ejemplo un precio exorbitante. También se emplea a veces desorbitado. (Origen de las palabras, 2015).

Por **cláusula exorbitante** debe entenderse que: “son estipulaciones cuyo objeto es conferir a las partes derechos 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 comerciales”.

Mediante las cláusulas excepcionales, se confiere a una de las partes facultades de supremacía sobre la otra, que son ajenas a la libertad contractual y la autonomía de la voluntad, razón por la cual son extrañas en las convenciones de los particulares, ya que obedecen a prerrogativas que el ordenamiento jurídico confiere exclusivamente a las Entidades Públicas. Es la ley la que permite a la entidad terminar el contrato unilateralmente, modificarlo o interpretarlo, o imponer sanciones para asegurar el cumplimiento del contrato.

Por tanto, dichas cláusulas exorbitantes no derivan su fuerza vinculante del contrato, ella existe fuera de él, pues se deriva del mismo ordenamiento jurídico, es la norma superior, la ley, la que le da esa supremacía que ostenta la Administración, le otorga los poderes que le permiten actuar en protección del interés general y le señala las pautas para su ejercicio (Palacio, H., 2010);

En atención a la interpretación del concepto de **reversión**, esta procede en determinadas concesiones administrativas cuando se establece que a su término el concesionario deba restituir a la Administración los inmovilizados (p. ej., elementos de transporte urbano) de la explotación en un determinado estado de uso o con un determinado valor. En otras, se acepta la total reversión (nacionalización) del negocio, cuya explotación pasa a ser pública (por ejemplo, autopistas de peaje). Al valorar un negocio con activos revertibles, hay que deducir, de los beneficios esperados, la dotación a un fondo de reversión, cuyo cálculo conlleva la dificultad de no conocerse el coste de reposición en el momento de asumir la concesión. Esa misma cifra habrá de descontarse al enésimo año, en el cálculo de su Valor Actual Neto.

Cuando la reversión afecta al conjunto de la explotación (empresa revertible), ésta tendrá que valorarse con un horizonte temporal limitado, lo cual puede dificultar la aplicación de algunas de las fórmulas que hemos estudiado. En concesiones de servicio y obra pública, en las que el periodo de explotación es muy largo (p. ej., 30 años), la explotación es asimilable a empresas de duración ilimitada, en la aplicación de cualquier modelo definido con esta suposición. La reversión de empresas es una modalidad de transmisión que ha sido determinada antes de la creación de la sociedad, por lo tanto, a su titular no suele interesarle el “valor de la empresa en el mercado”, pero puede calcular el valor venal que tendría el negocio del que va a desprenderse, a fin de descontarlo en la valoración actual de la inversión o del conjunto de su empresa. Es especialmente en los últimos periodos de la concesión, en que la empresa está desinvirtiendo y no tiene intención de volver a acudir al mercado de capitales, cuando el precio de las acciones en el mercado suele disminuir drásticamente y caóticamente, a menos que la empresa sea de la suficiente entidad como para suponer que va a seguir viviendo de otras concesiones y a renovar la licencia actual.

En la valoración, será necesario considerar las posibles complementariedades que pudiera tener la explotación del servicio público para otros negocios de su propiedad (por ejemplo, en el caso de las autopistas, si el concesionario tiene negocios de transporte, tendrá una ventaja en costes). Para que esa ventaja no suponga competencia desleal, pueden existir normas que restrinjan determinadas oportunidades de inversión adicionales. En cualquier



caso, la obtención o renovación de una concesión administrativa puede repercutir en las cotizaciones de las candidatas, al igual que su pérdida o finalización.

Por otra parte, la empresa objeto de reversión puede ser propiedad de una Sociedad concesionaria. La transmisión del negocio por parte de ésta suele padecer restricciones legales o administrativas, pero la empresa titular de la explotación puede cotizar normalmente sus acciones en el mercado de valores y cambiar de propietario. Cuando la empresa se constituye expresamente para la concesión, puede establecerse la limitación de un porcentaje de capital que no debe estar sujeto a negociación, de forma que el candidato que ganó el concurso público no pueda transmitir libremente el conjunto de sus derechos y obligaciones personales. Esto se debe a que, en el concurso público, el candidato fue seleccionado por sus características singulares, en detrimento de otros aspirantes. (Enciclopedia y Biblioteca Virtual, 2012).

De la **reversión**. En los contratos de explotación o concesión de bienes estatales se pactará que, al finalizar el término de la explotación o concesión, los elementos y bienes directamente afectados a la misma pasen a ser propiedad de la entidad contratante, sin que por ello ésta deba efectuar compensación alguna”.

En el caso de los contratos de explotación y concesión minera, la obligación de reversión en favor del Estado no surge solamente de un acuerdo de voluntades entre el Gobierno Nacional y el contratista, sino que surge de la ley que rige el contrato, la cual dispone la reversión -a título gratuito- del campo concesionado con todas sus anexidades, como obligación a cargo del contratista -una vez extinguida la concesión-. Esta obligación tiene por objeto permitir que la explotación del yacimiento pueda continuarse cuando el contrato de concesión se extinga, y se fundamenta en razones de utilidad pública, lo que está representado en el hecho de que el beneficiario ya ha obtenido tal cúmulo de utilidades que esos bienes ya se han pagado y que la sociedad tiene derecho a seguir beneficiándose del producto de los minerales. El valor económico y pecuniario de los equipos y bienes que en razón de la cláusula de reversión se traspasan a la Administración, se encuentra plenamente compensado desde el momento de la firma del contrato, situación que no sucede con la

expropiación, por cuanto en ésta, al decretarse por razones de equidad, el legislador previo el lleno de los requisitos constitucionales, adopta la decisión de expropiar el bien del cual es titular un particular, sin reconocer en beneficio de éste, indemnización ni compensación alguna. (Corte Constitucional, Sentencia C-250/96)

El término **estatal** es un adjetivo que se aplica para referirse a aquello vinculado al Estado, entendiendo este concepto como la estructura formada por todas las instituciones encargadas de guiar el funcionamiento de una comunidad dentro de un determinado territorio. Los gobernantes son quienes dirigen las entidades del Estado de acuerdo a sus principios ideológicos. En una sociedad democrática, quienes llegan al gobierno son elegidos por el voto de los ciudadanos en elecciones libres.

Lo estatal, en definitiva, es todo aquello que se encuentra bajo el control del Estado. De esta manera, es posible hablar de diversas instituciones o dimensiones estatales. Una de ellas es la educación estatal, que se brinda en escuelas y universidades públicas y que suele ser de acceso gratuito. (Origen de las palabras, 2015).

El término estatal es un adjetivo calificativo que sirve para designar y caracterizar a todos los elementos que forman parte de una sociedad y que entran dentro de la institución política más importante de ella: el Estado. Cuando hablamos de algo como estatal estamos entonces haciendo referencia a su pertenencia a ese Estado entendido como institución creada por y para el ser humano. Lo estatal se opone siempre a lo privado, es decir, lo que se maneja en manos de particulares y que no forma parte directa del gobierno de una sociedad. Así mismo la noción de estatal surge desde el mismo momento en que el ser humano crea la institución conocida como Estado, aún en sus formas más primitivas. El Estado es la institución que rige a la vida social de diversas formas pero que tiene por objetivo el manejo de cuestiones tales como la política, la economía, la cultura, la diplomacia, los actos civiles y sociales de cada región sobre la cual tiene poder.

La expresión **concesión**, del latín *concessio*, es un concepto relacionado con el verbo conceder (ceder, consentir, permitir, avalar). El término se utiliza al recular en una actitud

o decisión tomada. Se conoce como concesión administrativa al medio creado por los Estados modernos para entablar relaciones con diferentes instituciones a fin de ofrecer al pueblo una serie de actividades o la explotación de ciertos recursos del Estado a particulares, a fin de que éstos se encarguen de organizar, mantener y desarrollar.

Suele ser una buena alternativa para estos tiempos de crisis en que el Estado no cuenta con las condiciones económicas y tecnológicas para explotar dichos espacios. En esta relación, las instituciones o empresas particulares se comprometen a desarrollar las labores de forma segura y retribuyendo al Estado por dicho préstamo.

Existen muchos tipos de concesiones. Pueden ser de autorización (un acuerdo de naturaleza judicial a través del cual una persona asume la facultad de ejercer una determinada función que tiene como finalidad un efecto en la comunidad civil), de permiso (una autorización que da la autoridad a una parte competente para hacer una determinada cosa) y de licencia (una autorización administrativa a través de la cual el Estado brinda la posibilidad a una persona de desarrollar una determinada actividad, luego de comprobar la invulnerabilidad de sus instalaciones y de asegurarse que dicha actividad no traerá consecuencias nocivas para la comunidad).

Es necesario entonces señalar que:

“Una concesión es el permiso que se entrega para hacer uso de un derecho de explotación de servicios o bienes durante un cierto tiempo. La concesión puede ser otorgada por una compañía a otra o por el Gobierno a una firma privada.”

En este sentido, la concesión puede ser el permiso para comercializar o administrar productos en un determinado territorio. La concesión es, por otra parte, el negocio jurídico a través del cual el Estado cede a una empresa o individuo potestades para el uso de una pertenencia de dominio público o para la explotación de un servicio público bajo determinadas cláusulas: “La empresa española ha obtenido la concesión de las carreteras y autopistas de la ciudad para los próximos veinte años”.

Cabe mencionar, finalmente, que para llevar a cabo cualquiera de ellas, se requiere de un contrato, donde se especifique claramente el derecho de la persona a ejercer su profesión o desarrollar su actividad en un determinado lugar. (Arellano, 1997).

En economía y en Derecho administrativo, una concesión es el otorgamiento del derecho de explotación, por un período determinado, de bienes y servicios por parte de una Administración pública o empresa a otra, generalmente privada. La concesión tiene por objeto la administración de los bienes públicos mediante el uso, aprovechamiento, explotación de las instalaciones o la construcción de obras y nuevas terminales de cualquier índole sea marítima, terrestre o aérea de los bienes del dominio público.

Los objetivos de estos negocios radican en proporcionar servicios esenciales para el público, por ejemplo, la electricidad, el gas, el suministro de agua, la depuración de aguas residuales y las telecomunicaciones. Las concesiones públicas afectan a casi toda la infraestructura de los países desarrollados, ya que requieren grandes redes de distribución integradas, o la coordinación de muchos servicios esenciales como la red nacional del tendido eléctrico. Muchas concesiones públicas tienen una estructura de costos que se beneficia de la gran escala, puesto que los costos unitarios caen a medida que la red aumenta. Sin embargo, la existencia de estas redes suele provocar que las concesiones públicas se beneficien de un monopolio natural para dar ese servicio en el área donde operan. (Gutiérrez y González, 2002).

Un **contratista** es la persona o empresa que es contratada por otra organización o particular para la construcción de un edificio, carretera, instalación o algún trabajo especial, como refinerías o plataformas petroleras por ejemplo. Estos trabajos pueden representar la totalidad de la obra, o bien partes de ella, divididas de acuerdo con su especialidad, territorialidad, horario u otras causas.

El término con que se designa al contratista hace referencia al contrato que realiza con el constructor, promotor o cliente para dichas obras de construcción de acuerdo con los

documentos del contrato, que por lo general incluyen el catálogo de conceptos, las condiciones generales y especiales, los planos y especificaciones del proyecto arquitectónico preparadas por el proyectista, que puede ser un arquitecto, un ingeniero civil, un diseñador industrial u otro especialista.

Un contratista es responsable de proporcionar todos los materiales, equipo (vehículos y herramientas) y la mano de obra necesarios para la construcción del proyecto; aunque dado el caso puede proporcionar, por ejemplo, solamente el recurso humano. Para ello, es común que el contratista se apoye en otras personas u organizaciones para que realicen determinado tipo de trabajos especializados; a ellos se les llama subcontratistas y a él, contratista general. (Ministerio de Hacienda España, 2015)

### **Aspectos legales y jurisprudenciales**

Para la Corte Constitucional, los contratos de concesión son aquellos que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario, la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad contratante, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valoración, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden. (Sentencia C-250/96)

De acuerdo con la anterior definición, el citado contrato presenta las siguientes características:

- “ a) Implica una convención entre un ente estatal -concedente- y otra persona -concesionario-;
- b) Se refiere a un servicio público o a una obra destinada al servicio o uso público.
- c) puede tener por objeto la construcción, explotación o conservación total o parcial de una obra destinadas al servicio o uso público;
- d) En dicho contrato existe la permanente vigilancia del ente estatal, lo cual se justifica por cuanto se trata de prestar un servicio público o construir o explotar un bien de uso público. Según la ley, se actúa bajo el control del ente concedente, lo que implica que siempre existirá la facultad del ente público de dar instrucciones en torno a la forma como se explota el bien o se presta el servicio. Esta facultad es de origen constitucional, por cuanto según el artículo 365 de la Carta, el Estado tendrá siempre el control y la regulación de los servicios públicos. Esto implica que en el contrato de concesión, deben distinguirse los aspectos puramente contractuales (que son objeto del acuerdo de las partes), de los normativos del servicio (que corresponden siempre a la entidad pública).
- e) El concesionario debe asumir, así sea parcialmente, los riesgos del éxito o fracaso de su gestión, y por ello obra por su cuenta y riesgo. Al respecto, v.gr., la Ley 105 de 1993 dispone que para recuperar la inversión en un contrato de concesión, se podrán establecer peajes o valorización. Según la misma ley, los ingresos que produzca la obra dada en concesión serán en su totalidad del concesionario, hasta tanto éste obtenga dentro del plazo establecido en el contrato, el retorno del capital invertido.
- f) En los contratos de concesión, deben pactarse las cláusulas excepcionales al derecho común, como son los de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad.

g) Dada la naturaleza especial del contrato de concesión, existen unas cláusulas que son de la esencia del contrato, como la de reversión, que aunque no se pacten en forma expresa, deben entenderse ínsitas en el mismo contrato.”

La reversión implica, pues, por la naturaleza del contrato de concesión, que al finalizar el término de la explotación o concesión, los elementos y bienes directamente afectados a la misma y colocados por el contratista para la explotación o prestación del servicio, se transfieran por parte del concesionario al Estado -que como es obvio, siempre tendrá la calidad de entidad contratante-, sin que por ello ésta deba efectuar compensación alguna.

En el caso de los contratos de explotación y concesión minera, la obligación de reversión en favor del Estado no surge solamente de un acuerdo de voluntades entre el Gobierno Nacional y el contratista, sino que surge de la ley que rige el contrato, la cual dispone la reversión -a título gratuito- del campo concesionado con todas sus anexidades, como obligación a cargo del contratista -una vez extinguida la concesión-. Esta obligación tiene por objeto permitir que la explotación del yacimiento pueda continuarse cuando el contrato de concesión se extinga, y se fundamenta en razones de utilidad pública, lo que está representado en el hecho de que el beneficiario ya ha obtenido tal cúmulo de utilidades que esos bienes ya se han pagado y que la sociedad tiene derecho a seguir beneficiándose del producto de los minerales. El valor económico y pecuniario de los equipos y bienes que en razón de la cláusula de reversión se traspasan a la Administración, se encuentra plenamente compensado desde el momento de la firma del contrato, situación que no sucede con la expropiación, por cuanto en ésta, al decretarse por razones de equidad, el legislador previo el lleno de los requisitos constitucionales, adopta la decisión de expropiar el bien del cual es titular un particular, sin reconocer en beneficio de éste, indemnización ni compensación alguna. (Sentencia C-250/96).

**Análisis jurisprudencial respecto de las cláusulas excepcionales y el derecho a la igualdad**

Para el abordaje de este análisis se consideró prudente la inclusión de RAES de hasta 15 años en línea retroactiva de tiempo, acogiendo pronunciamientos de nuestras altas cortes (Constitucional, Suprema de Justicia y Consejo de Estado) con especial énfasis en este último por la temática objeto de estudio y la naturaleza de la problemática a absolver.

Al respecto el Consejo de Estado, a través de la sala de consulta y servicio civil, conforme al Radicado 1293 de 2000 señaló que:

“... las cláusulas exorbitantes que rigió en la legislación colombiana fué reemplazado por otro en el cual cambia incluso la denominación por la de cláusulas excepcionales y básicamente se consideran como tales las de interpretación, modificación y terminación unilateral de los contratos, incluida la declaratoria de caducidad; también se clasifica en este mismo rango la que establece el sometimiento a las leyes nacionales (anteriormente equivalía a la denominada "renuncia a la reclamación diplomática")”.

Dentro de estas cláusulas se ubican las "de privilegio" en razón a que denotan "algún tipo de ventaja para la entidad estatal contratante", pero no operan ni tendrían los mismos privilegios de las anteriores. Entre ellas se mencionan la de reversión y la de garantías, bajo el argumento de que no constituyen materia totalmente ajena a la contratación privada.

Estas cláusulas resultan extrañas a los contratos entre quienes son iguales ante la ley, esto es, los particulares, regulados en su negocio por las mismas normas, “además tienen libre disposición patrimonial y en sus relaciones contractuales el Estado es un tercero, por ende, son ajenos a las leyes que regulan las actuaciones públicas”.

La sala ha mantenido su posición de que los poderes exorbitantes o excepcionales otorgan competencia también excepcional a la entidad pública, y por ende seguridad jurídica a la relación contractual.



Así mismo en Sentencia 25453 del 30 de Septiembre de 2004 la Sección Tercera de esta Corte ha señalado al respecto que en presencia de un contrato estatal y en relación a los actos y contratos de empresas de servicios públicos domiciliarios, estos son privados y se rigen por normas de derecho privado, como también que sus conflictos se dirimen en la jurisdicción ordinaria, en tanto que son del conocimiento de la jurisdicción contenciosa administrativa los contratos que contengan cláusulas exorbitantes por imposición o autorización de la comisiones de regulación, en los cuales el derecho público será predominante, en la forma que lo dispone el art. 31 de la ley 142 de 1994, “porque quien presta esos servicios se convierte en copartícipe, por colaboración, de la gestión estatal”; y en lo relativo a tales cláusulas se regirá por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993.

En el mismo sentido esta corporación, a través de Sentencia 17253 de 2007, señala que la rescisión del contrato que contiene cláusulas excepcionales, implica un examen de razonabilidad, evaluación de seriedad, pertinencia y proporcionalidad de las medidas extraordinarias adoptadas, y establece que es claro que los motivos esgrimidos por la Administración al hacer uso de la cláusula exorbitante no revisten la entidad y relevancia indispensables que el uso excepcional de este instituto impone. En consecuencia, fuerza concluir entonces la ilegalidad de la determinación adoptada. Situación que llama la atención cuando la ley no legitima el ejercicio de los poderes exorbitantes de la administración para amparar su propia negligencia.

“Cuando la administración termina un contrato en forma unilateral debe explicar claramente el por qué. Solo así el contratista podrá defender sus derechos, si considera que esos motivos no se dieron”. De otra parte, “el poder exorbitante de terminación unilateral por razones de orden público es de interpretación restrictiva por corresponder a reglas de excepción y por lo mismo para que el uso de este formidable poder sea legítimo, es menester que concurren motivos de entidad suficiente como para extinguir el negocio jurídico”.

Continúa esta corte en Sentencia 15476 del 28 de Septiembre de 2011 reiterando que:

“El sometimiento de las entidades públicas a las normas del derecho privado, como lo señaló esta Sección en otras oportunidades, se fundamenta en “la necesidad de que en su actividad industrial y comercial, tradicionalmente ajena al Estado y propia de los particulares, ellas actúen en términos equivalentes a éstos cuando realicen actividades similares, sin tener prerrogativas exorbitantes que atenten contra el derecho a la igualdad ni estar sujetas a procedimientos administrativos que entraben sus actuaciones y las pongan en situación de desventaja frente a sus competidores”, de tal manera que “...sus actividades de explotación industrial o comercial se desarrollen con las mismas oportunidades y las mismas ventajas o desventajas que las adelantadas por aquellos, sin que influya para nada su investidura de entidad estatal; que puedan actuar como particulares, frente a las exigencias de la economía y del mercado”.

Como también que:

“...conviene traer a colación el criterio expuesto por la Sección en el sentido de que resulta nula por objeto ilícito la cláusula que se incluye en un contrato sometido al derecho privado cuando comporta un poder exorbitante no autorizado, dada la violación de las normas imperativas y de orden público que establecen las competencias de la Administración (...) De manera que, siguiendo la tesis de la jurisprudencia transcrita, es válido afirmar que de acuerdo al régimen privado que rige la actividad de las empresas industriales y comerciales del Estado dedicadas a la prestación del servicio de televisión a nivel regional, cláusulas exorbitantes contenidas en contratos como el que ocupa la atención de la Sala -comercialización de pauta publicitaria- están viciadas de ilegalidad, por violación de normas imperativas y de orden público y falta de disposición o de competencia, pues se trata de una materia que “...es del resorte exclusivo del legislador y no puede tener origen en estipulaciones negociables...”

Como también que “el pacto de facultades exorbitantes o excepcionales sólo puede hacerse cuando medie autorización del legislador de incorporar al contrato las cláusulas que regulan su ejercicio, es decir, en los eventos previa y expresamente establecidos por la ley, ya que estos poderes enormes no pueden quedar a la mera autonomía de la voluntad de las partes, a quienes no les es dable convenirlas”.

Y reitera esta corte a través de su Sección Tercera en Sentencia 25681 del 9 de Septiembre de 2013 manifestando que:

“En lo atinente a la terminación unilateral del contrato, si bien la ley otorga a las entidades públicas la potestad de actuar en ejercicio de una facultad exorbitante, les impone el cumplimiento de presupuestos de forzosa aplicación y a la vez restringe la medida a los eventos previstos en la misma.

Con otras palabras, todo lo anterior significa que la potestad exorbitante que tiene la Administración de dar por terminado el contrato no es una facultad discrecional sino que debe cimentarse en las causales previstas en la Ley y por consiguiente en ningún caso puede soportarse la decisión en una cláusula contractual que no tenga correspondencia con una causa legalmente prevista”.

“...Adicionalmente la Sala llama la atención en que la Ley 80 de 1993 no consagra ni multas ni cláusula penal pecuniaria, como cláusulas implícitas en el contrato con el alcance de poderes exorbitantes o estipulaciones extraordinarias. Por consiguiente, cuando se pretenda utilizar esas figuras deberán ser expresamente convenidas por las partes y las circunstancias que las estructuren habrán de ser declaradas judicialmente. Cuando se alegue infracción a la conducta reprimida por la cláusula penal, deberá ser el juez del contrato quien la declare, porque el poder coactivo de la administración, que le permitía frente a determinados contratos imponer por sí mismo, las sanciones de multas o cláusula penal pecuniaria, establecidas en el decreto 222 de 1983, desapareció por derogatoria expresa que de

ese decreto hizo la Ley 80 de 1993, artículo 81, sin que fueran reemplazadas por esta ley...”

“Tiempo después cambió este criterio jurisprudencial, para prohijar la posibilidad de que las entidades públicas impusieran directamente multas y declararan incumplimientos para hacerlas efectivas, es decir, reconoció la existencia de la potestad exorbitante en la ley 80 de 1993, con fundamento en que de acuerdo con las normas civiles y comerciales (arts. 1592 C.C. y 867 C. Co.), aplicables al contrato estatal por expresa remisión del artículo 13 del citado estatuto, era lícito pactar las multas para asegurar su ejecución, y que ellas, podían ser impuestas unilateralmente por las entidades públicas contratantes”

“Y recuerda la Sala que los elementos y la validez de los actos administrativos son fijados directamente por el legislador, así como las autoridades competentes para expedirlos, y en momento alguno tales competencias pueden ser derogadas por las partes de un contrato estatal. Además, los poderes exorbitantes, incluida la imposición y recaudo unilateral de las multas pactadas en los contratos, se fundamentan en el interés público, son irrenunciables por estar contemplados en normas de orden público, de interpretación restrictiva y finalmente, no se refieren a derechos sino a potestades que se encuentran claramente determinadas y delimitadas material y temporalmente”.

“Dejar a la voluntad exclusiva del concesionario la potestad exorbitante de imponer las multas por incumplimiento, desconoce lo dispuesto en el literal b) del numeral 5 del artículo 24 de la ley 80 de 1993, estipulación que termina siendo abusiva respecto de la entidad pública contratante, de manera que no cumple con el requisito de ser una cláusula o condición objetiva, justa y clara”.

Reitera la Sección Tercera de esta sala, en su Sentencia 24697 de 2013 que:

“En materia contractual, la administración tiene la dirección y control de la celebración y ejecución del contrato, función que desarrolla, entre otras formas, a través de las cláusulas exorbitantes, caracterizadas, esencialmente, por la inaplicabilidad de algunos principios contractuales del derecho civil, toda vez que, precisamente, al practicarse quebrantan la igualdad y conmutatividad propias del acuerdo de voluntades (...) El fundamento de estos poderes, reservados a la administración, es el interés general, deducible de la teleología de los extremos del contrato estatal. En efecto, la entidad pública que acude al negocio jurídico, directa o indirectamente, espera un beneficio colectivo, y el contratista, por su parte, pretende con la suscripción del acuerdo incrementar su patrimonio. (...) las cláusulas exorbitantes son -de acuerdo con la Ley 80 de 1993-: la interpretación unilateral de los documentos contractuales y de las estipulaciones en ellos convenidas”.

“La caducidad comparte con los demás poderes exorbitantes la teleología de la protección al interés colectivo, de ahí que se trate de una prerrogativa a favor de la administración, cuya finalidad siempre será el beneficio general en la celebración de un contrato estatal. En ese orden de ideas, su declaración no puede ser arbitraria, ni constituir un mecanismo de protección y coerción de los servidores públicos”

“...la Ley 80 de 1993 no contempla un límite temporal que restrinja a la administración -por este exclusivo factor- para ejercer el poder exorbitante de declaración de caducidad. De hecho, la jurisprudencia sí estableció un límite, pero solo para indicar que no procede con posterioridad al vencimiento del plazo del contrato -aunque el negocio jurídico siga en ejecución-, pero no restringió su ejercicio al interior del plazo que corre, salvo -claro está- por otros aspectos o requisitos que exige la norma para su ejercicio: que el incumplimiento de las obligaciones sea grave y paralice el servicio o amenace con hacerlo. En estos términos, no cabe introducir más limitaciones o requisitos para ejercer esta exorbitancia que los establecidos por ley”.

Prosigue esta corte en Sentencia 45310 del 202 de Febrero de 2014 indicando que:

“para que una entidad estatal pueda ejercer una exorbitancia o una prerrogativa en contra de un particular debe existir una tipificación legal que le permita actuar en ese sentido, y como Ecopetrol S.A. no se encuentra sometida al Estatuto de Contratación Estatal, compendio normativo que consagra las facultades exorbitantes, no era posible que la demandada expidieran los actos administrativos que se solicita suspender. Para respaldar este argumento se citan varios pronunciamientos de esta corporación relacionados con las facultades exorbitantes”.

“Sobre las cláusulas excepcionales o exorbitantes previstas en el Estatuto General de Contratación Estatal, y su aplicación en los contratos sometidos a las reglas de derecho privado en los que haga parte una entidad estatal”.

“Las cláusulas exorbitantes o excepcionales son estipulaciones que confieren derechos u obligaciones que en el marco de las leyes comunes o comerciales no podrían ser consentidas libremente por el desequilibrio o desigualdad que podrían generar en las relaciones contractuales, en las cuales, en principio, prima el estado de igualdad y la autonomía de la voluntad de las partes. Estas cláusulas o poderes excepcionales suponen que una de las partes en la relación contractual se ponga en una posición más privilegiada o dominante, ya que al ser ajenas a los principios de libertad contractual, igualdad y autonomía de la voluntad, resultan convirtiéndose en imposiciones que no son objeto de negociación o acuerdo voluntario entre las partes”.

“Ahora, en cuanto a la estipulación de cláusulas excepcionales o exorbitantes en contratos sometidos a reglas de derecho privado en los que haga parte una entidad estatal, esta Corporación ha sostenido que como en aquellos casos las entidades estatales actúan por disposición de la ley en igualdad de condiciones con los particulares, no es posible que se incluyan o ejerzan las potestades excepcionales o

exorbitantes previstas en las normas públicas que rigen la contratación estatal, pues tales potestades no se encuentran atribuidas o autorizadas en las normas civiles o comerciales, y su habilitación en ningún caso puede provenir de la autonomía de la voluntad de las partes o por extensión de las normas de contratación estatal”.

En pronunciamiento 37462 del 16 de Julio de 2014, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia señala que:

“...se equivoca la Fiscalía, cuando cuestiona la inclusión en los convenios de una cláusula exorbitante, pues ese hecho no muta la naturaleza del negocio jurídico y la norma en que funda la prohibición, el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, es aplicable a los contratos, no a los convenios”.

Prosigue esta corte en Sala de Casación Civil, en Jurisprudencia SC10048 del 31 de Julio de 2014, señalando que:

“...la circunstancia de no darse aviso oportuno al asegurador, no conduce a la pérdida del derecho a la indemnización, como aquí sucedería si tal cláusula es eficaz, sino a la posibilidad de que el asegurador descunte del valor de la indemnización los perjuicios que le cause dicho incumplimiento, como claramente lo consagra el art. 1078 del Código de Comercio, que es norma que solo puede modificarse en beneficio del tomador o asegurado, según lo establece el art. 1162 ibídem, que es prohibición que se desconoce cuándo la póliza, como aquí ocurre, no solo exige requisito extra legem, sino que a su incumplimiento le confiere una consecuencia, además de ilegal, claramente exorbitante y abusiva”.

“Con relación a la súplica que busca la ineficacia de la cláusula de «manejo de reclamos», deprecada en las dos demandas a que se ha hecho mención, se afirma que «crea una causal de pérdida de la indemnización no prevista en la legislación, razón por la que viola los arts. 1078 y 1162 del Código de Comercio», por lo que desconoce normas imperativas, alcanzando la connotación de abusiva y exorbitante,

«por cuanto le impide al asegurado oponerse al reclamo y ejercer su derecho constitucional fundamental de defensa (art. 29 de la C.P.), que sin razón alguna resulta vulnerado».

“...y en punto de que la cláusula en comento es abusiva y exorbitante, la funda en que «va en contravía del deber que el asegurado tiene de evitar la extensión y propagación del siniestro, siendo por contera violatoria del art. 1074 del Código de Comercio, porque si la defensa del asegurado o tomador se condiciona a la autorización o aquiescencia del asegurador, el deber que a los primeros les impone la citada norma queda restringido por un elemento extraño a la voluntad del asegurado, como lo es el consentimiento del asegurador, lo cual puede llevar al menoscabo de las oportunidades de defensa cuando se está frente a términos perentorios e improrrogables, como son los de orden público que gobiernan los procesos judiciales y también la mayoría de actuaciones administrativas”.

En Sentencia 31837 del 6 de Mayo de 2015, señala el Consejo de Estado al respecto que:

“...por circunstancias imputables o atribuibles a la administración pública contratante en ejercicio de una cláusula excepcional o exorbitante, o en ejercicio de su imperium, será procedente no sólo equilibrar el contrato en relación con los costos y gastos en que se haya incrementado su ejecución o prestación, sino que también estará obligada a cancelar la utilidad esperada por el contratista. A contrario sensu, si la ruptura o desequilibrio tiene su génesis en un hecho externo, imprevisible y ajeno a las partes, que afecta de manera anormal y grave la ecuación financiera del negocio, las partes contratantes –cualquiera que sea, esto es, administración o contratista– sólo estarán obligadas a llevar al sujeto que padece o sufre el desequilibrio a una situación de no pérdida, es decir, sólo se reconocerán los gastos o costos extras en que haya incurrido el contratista en virtud del exceso o sobrecosto producido por la circunstancia imprevisible e irresistible, sin que sea posible cancelar la utilidad esperada; por el contrario, si el desequilibrio se presenta



a favor de la administración contratante, se reliquidará el valor del contrato, para efectos de que no se haga muy oneroso su cumplimiento”.

“El fundamento normativo de las determinaciones que puede adoptar el juez en este tipo de eventos, no es otro que el principio de equidad, cuyo empleo por la jurisprudencia de la Corporación ha sido amplio, en especial, para garantizar la justicia correctiva y conmutativa que es implícita en el derecho que regula el hecho, el acto y el negocio jurídico. (...) con apoyo en el principio de equidad, establecido en el artículo 230 de la Constitución Política como un criterio auxiliar de la actividad judicial, se puede ordenar el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, lo que en últimas quiere significar que el negocio jurídico desde la perspectiva del Estado Social de Derecho no puede ser entendido como un vehículo única y exclusivamente estructurado sobre la filosofía liberal y utilitarista, sino que también tiene desde la perspectiva social y, específicamente, sobre el principio de solidaridad establecido en el artículo 2º de la Carta Política, entendido como una disposición de contenido axiológico (valor constitucional)”.

“En efecto, no debe perderse de vista que de conformidad con el artículo 1602 del Código Civil, el contrato constituye una ley para las partes, circunstancia por la que las prestaciones a las que están obligadas –contratante y contratista– son de estricto cumplimiento, al igual que los deberes legales que impone el legislador –de manera preponderante– en cabeza de la administración pública, especialmente en la etapa de selección en virtud del principio de planeación contractual, así como en las etapas contractual y poscontractual cuando se trata del ejercicio de potestades o cláusulas exorbitantes”.

“Se ha reconocido que el equilibrio económico de los contratos que celebra la administración pública puede verse alterado durante su ejecución por las siguientes causas: por actos de la administración como Estado y por factores externos y extraños a las partes. El primer tipo de actos se presenta cuando la administración actúa como Estado y no como contratante. Allí se encuentra el acto de carácter

general proferido por éste, en la modalidad de ley o acto administrativo -hecho del príncipe-; por ejemplo, la creación de un nuevo tributo, o la imposición de un arancel, tasa o contribución que afecten la ejecución del contrato. Y en los factores externos, se encuentran las circunstancias de hecho que, de manera imprevista, surgen durante la ejecución del contrato, ajenas y no imputables a las partes, que son manejadas con fundamento en la teoría de la imprevisión”.

“Si el desequilibrio se produce por cualquiera de las circunstancias (i) o (ii) antes analizadas, esto es, por circunstancias imputables o atribuibles a la administración pública contratante en ejercicio de una cláusula excepcional o exorbitante, o en ejercicio de su imperium, será procedente no sólo equilibrar el contrato en relación con los costos y gastos en que se haya incrementado su ejecución o prestación, sino que también estará obligada a cancelar la utilidad esperada por el contratista”.

De lo anterior podríamos decir entonces que las facultades otorgadas al Estado dejan ver un claro antecedente de las denominadas cláusulas exorbitantes que conocemos actualmente en la medida del otorgamiento de prerrogativas especiales a una de las partes del contrato, como es la Administración, para tomar ciertas decisiones que no son comunes al derecho de los contratos entre particulares; prerrogativas que no solo dependían de la voluntad de las partes del mismo, sino de la voluntad del legislador, en la medida en que las otorgaba a la Administración. (Villar & Villar, 1984).

Las prerrogativas que le asisten a la Administración y que se reflejan en las cláusulas exorbitantes dejan ver el claro plano de desigualdad que dentro de la contratación administrativa se presenta entre las partes que intervienen en el contrato; situación extraña a los contratos celebrados entre particulares, donde, por el contrario, lo que impera es un plano de igualdad entre las partes contratantes. Pero esa desigualdad que se presenta en el contrato administrativo se justifica por el fin de interés general que comporta el contrato administrativo, ya que lo que se persigue con el mismo es el cumplimiento de los fines generales del Estado y los fines particulares de la entidad pública que celebra el contrato. (Bocanegra, 2005).

Esta inclusión forzosa y carente de voluntad, desdibuja y se desliga de la calidad de cláusula, encajando más exactamente en lo ya expuesto (prerrogativa administrativa); pues no es un secreto que las obligaciones entre partes, y ello incluye la contratación estatal, existe la acaesencia y el cumplimiento a los principios de transparencia, economía y responsabilidad propios de la función administrativa del Estado, sin dejar de lado el debido proceso, la igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad de los mismos.

### **Contrato estatal y concesión de bienes del Estado**

Se parte del concepto de contrato como un acuerdo de dos o más voluntades con el fin de crear obligaciones entre las partes. Así mismo el artículo 1602 del Código Civil manifiesta que el contrato es: "...La expresión de las partes la cual se encuentra regida bajo el principio de: "lex contractus, pacta sunt servanda". Al referirse a "La expresión de las partes", se dictamina allí el principio de bilateralidad que debe estar presente en todo tipo de contrato desde la perspectiva legal. al respecto, esta norma es muy clara al indicar (desde la definición del "contrato" como término), que éste debe ser ejecutado de buena fe, y por consiguiente, obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación o que por ley le pertenecen a ella; y se prosigue con la estructura de integración de Estado como lo son la nación, regiones y departamentos, provincias, distritos capitales y distritos especiales, áreas metropolitanas, municipios y sus asociaciones, establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del estado, sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación, entidades descentralizadas y demás personas jurídicas en donde tenga participación mayoritaria el estado (Benavides, 2002).

Continúa esta autor señalando que, igualmente lo integra el Senado de la República, Cámara de Representantes, Consejo Superior de La Judicatura, Fiscalía General de la Nación, Contraloría General de la República, Contralorías departamentales, distritales y municipales, Procuraduría General de la Nación, Registraría Nacional del Estado Civil,

Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, en general organismos o dependencias del Estado a lo que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos.

Se entienden por contrato estatal los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades estatales, previstos en el derecho privado o en normas de derecho público, como los que a título enunciativo se nombran a continuación: Contrato de obra, contrato de consultoría, contrato de prestación de servicios, contrato de concesión, encargos fiduciarios y de fiducia pública, entre otros, propendiendo por el cumplimiento de los fines del Estado, así como la continua y efectiva prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de las personas que viven en Colombia.

El particular, por su parte, al contratar con el Estado debe considerar que al celebrar y ejecutar tales contratos colabora con el Estado en la consecución de sus fines, así como el cumplimiento de su función social, en donde la consecución de los fines del Estado es mancomunada entre las entidades estatales y los particulares, quienes deben cumplir a cabalidad con los deberes y obligaciones que les impone la ley (Diez, 2000).

Este mismo autor señala que están capacitados para celebrar contratos estatales las personas consideradas legalmente capaces bajo la normatividad vigente. En el caso de los particulares, estos deberán ser mayores de 18 años y no contar con inhabilidades o incompatibilidades para celebrar contratos. También podrán celebrar contratos con las entidades estatales los consorcios (Unión de dos o más personas que, en forma conjunta, presentan una propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente por todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato) y las uniones temporales (Unión de dos o más personas que, en forma conjunta, presentan una misma propuesta de adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo a prorrata de su participación). Así como personas jurídicas nacionales o extranjeras cuya duración no sea inferior a la duración pactada en el contrato.

Al respecto De Vivero (2007) señala que las cláusulas que integran el contrato estatal deben ser especificadas según la ley, con antelación a la firma misma del contrato,

con lo cual, las mismas deben ser de carácter unilateral, atendiendo tanto a los intereses puestos en juego de cada una de las partes (Estado y contraparte) en aras de responder por los perjuicios, daños o incumplimientos posibles que se presenten a lo largo de la ejecución del contrato mismo, de conformidad con la ley de contratación estatal. Al respecto el Consejo de Estado colombiano se ha pronunciado así:

“con relación a las obligaciones contractuales estatales y el incumplimiento del contrato bilateral; “...cada una de las partes se obliga para con la otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa inmediatamente, al vencerse un plazo o al ocurrir alguna condición, de conformidad con los términos de la estipulación (arts. 1494, 1495, 1530 y ss. 1551 y ss. Código Civil).”

### **Tipos de contratos estatales**

Inicialmente se ubica el Contrato de Obra, en el entendido de que es aquel que celebran las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago. De otra parte está el Contrato de Consultoría, cuyo objetivo se orienta a los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, pre-factibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como a las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión. Son también contratos de consultoría los que tienen por objeto la interventoría, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos; en donde ninguna orden del interventor de una obra podrá darse verbalmente (Escobar, 1999).

Continúa este autor manifestando que dentro de esta tipología se ubica el Contrato de Prestación de Servicios, que celebran las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados. Aunado a ello se

encuentran los Contratos de Encargos Fiduciarios y Fiducia Pública, que pueden celebrar las entidades estatales con las sociedades fiduciarias autorizadas por la Superintendencia Bancaria, y tendrán por objeto la administración o el manejo de los recursos vinculados a los contratos que tales entidades celebren. Lo anterior sin perjuicio de lo previsto en el régimen de contratación estatal respecto de los encargos fiduciarios y los contratos de fiducia pública. Estos sólo podrán celebrarse por las entidades estatales con estricta sujeción a lo dispuesto en el estatuto de contratación estatal, únicamente para objetos y con plazos precisamente determinados.

Finalmente se incluye aquí el Contrato de Concesión, que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden (De Vivero, 2010).

De otra parte, el Acto Administrativo, siendo obligatorio en la contratación estatal, se define como toda manifestación de voluntad tendiente a la producción de efectos en derecho, por parte de quien tiene competencia o capacidad para tal cometido, en este caso, de firmar o acordar un contrato de tipo estatal (Tafur 1997). Así mismo este acto tiene la aptitud de transformar el campo de los derechos; impone obligaciones o confiere derechos. Bajo este gran género de los actos jurídicos están comprendidos tanto las leyes como los actos legislativos, las decisiones jurisdiccionales y los actos administrativos de toda índole. Incluso en este concepto podrían ubicarse actos privados como los contratos civiles, comerciales y laborales, en la medida en que tienen la virtualidad de establecer o transformar derechos y obligaciones para las partes concernidas en el negocio. Ello en

razón a que todas estas manifestaciones, de alguna manera inciden y son relevantes en el campo de lo jurídico (Sentencia C-426/02)

El acto administrativo se acoge como toda manifestación de voluntad de quien está habilitado para ejercer la función administrativa, con el fin de producir efectos en derecho. Y debería agregarse que, la expedición de estos actos está regulada por normas de derecho público y en consecuencia, están sometidos al control de legalidad, por la Jurisdicción Contenciosa Administrativa. La expedición de los actos administrativos está regulada por la primera parte del Código Contencioso Administrativo o por los reglamentos de cada oficina, y en este procedimiento se impone para el autor del acto y para el destinatario de la decisión, el respeto de principios rectores de la función administrativa.

Según Sentencia C-560/99, la Administración pública está regulada por normas de diferente índole entre las cuales pueden enunciarse, las disciplinarias, penales, fiscales, contractuales..... Todo esto en desarrollo del principio según el cual, las autoridades sólo pueden hacer aquello que les está permitido en ley o reglamento. Los preceptos a los cuales deben sujetarse los operadores de la función administrativa cuando expiden actos de tal naturaleza, se encuentran en el Decreto 01 de 1984, contentivo del Código Contencioso Administrativo, cuya primera parte debería denominarse simplemente “Código de la Administración”, dado que se ocupa de la función administrativa concretada en la expedición de actos administrativos. Los hechos administrativos entran en consideración para fines de la responsabilidad conexas de los funcionarios públicos por los perjuicios que puedan ser atribuidos a las entidades públicas para las cuales laboran, lo cual se explica, naturalmente, porque los hechos, de ordinario, no son producto de la voluntad de la administración, lo que permite que sólo sus efectos jurídicos, sean regulados, de alguna manera. Esa primera parte del Código se aplica por regla general a todas las autoridades públicas y a los particulares que cumplan funciones administrativas, salvo que haya regulación especial, o que se trate del ejercicio de la facultad de libre nombramiento y remoción.

De otra parte señala la Corte en la Sentencia antes enunciada que la discrecionalidad otorgada por la Ley, respecto de la contratación estatal, no puede confundirse con arbitrariedad, porque sobre esa discrecionalidad, establecida para la conveniencia de la entidad en cuanto desempeña funciones administrativas, está el fin último de toda función pública que debe dirigirse a la satisfacción del interés general y a la prestación de los servicios públicos, metas coincidentes con los fines sociales del Estado. Esa discrecionalidad no es absoluta; encuentra límites, expresamente impuestos por el artículo 36 del C.C.A., en los fines que le sirven de sustento y en la proporcionalidad que debe guardar con los hechos que la originan. Además, siempre esas actuaciones de las autoridades deben acatamiento a principios orientadores que tienden a garantizar el cumplimiento de los altos fines del Estado y sus agentes. Se destacan, entre otros principios, los de economía, imparcialidad, celeridad, publicidad, contradicción y los principios y valores consagrados en la Carta Política.

Lamprea (2004) indica que, al momento en que las partes se comprometen con un acto de tipo jurídico (en este caso, al contrato) se produce el acto mismo, en el que se plasma la voluntad de aquellos quienes están siendo parte del mismo. Para ello, aquellas personas que hacen parte del acto administrativo pueden ser tanto el Estado como actor, así como las personas emanadas jurídicamente de la entidad, como los mismos particulares. En cualquiera de los casos, se constituyen los mismos elementos que componen el acto administrativo, los cuales involucran el sujeto, el consentimiento, el objeto y la causa. El sujeto, se refiere a las personas que hacen parte del acto como tal, por medio de un consentimiento mutuo que los “compromete” y los “obliga” (entrando ya a definir la obligatoriedad del acto administrativo) a cumplir y acatar aquello a lo que se comprometieron (causa y objeto).

Este mismo autor señala que el acto administrativo se refiere y relaciona también como cualquier manifestación de voluntad para producir efectos jurídicos, (en este caso, manifestaciones en donde una o más partes se comprometen a cumplir aquello en lo que han asegurado van a actuar y a desarrollar) pero relacionándolo directamente con las funciones administrativas, en donde algún órgano del Estado o más aún, particulares, estén



allí involucrados y desempeñando algún tipo de papel dentro del acto mismo. Dentro de dichos aspectos, el acto administrativo cuenta con varios componentes que lo estructuran y se erigen como sus pilares. En primera instancia, se habla de la voluntad administrativa, la cual es una condición preponderante en el acto, ya que complementario a los elementos que lo materializan (documentos, escritos, acuerdos, contratos, etc.) entran a atribuirle condiciones de existencia, validez y eficacia. Pero del mismo modo, allí interviene la participación del servidor público, el cual actúa dentro del acto, al proporcionarle el peso de los efectos jurídicos, jurisprudenciales y legales con los cuales el mismo se tiene que estructurar y armar; sin dejar de lado la obligatoriedad del acto administrativo (en cuanto al contrato estatal) dependiente de una minuciosa y completa revisión de la literatura y los materiales bibliográficos, legales, jurídicos y complementarios que existen al respecto, en donde la administración es la principal garante del mismo, y en donde el papel del gobierno es fundamental para el cumplimiento y acatamiento de cuanto precepto, elementos, y componentes que en él se hallen.

### **El contrato de concesión y el Estado**

Las Concesiones públicas, son negocios cuyo objetivo radica en proporcionar servicios esenciales para el público, por ejemplo, la electricidad, el gas, el suministro de agua, la depuración de aguas residuales y las telecomunicaciones. Las concesiones públicas afectan a casi toda la infraestructura de los países desarrollados, ya que requieren grandes redes de distribución integradas, o la coordinación de muchos servicios esenciales, como las redes eléctricas o de acueductos y alcantarillados. Muchas concesiones públicas tienen una estructura de costos que se beneficia de la gran escala, puesto que los costos unitarios caen a medida que la red aumenta. Sin embargo, la existencia de estas redes suele provocar que las concesiones públicas se beneficien de un monopolio natural para dar ese servicio en el área donde operan (González 2007).

Esta misma autora señala que, dada la utilidad pública de este tipo de concesiones, suelen estar sometidas al control del Gobierno, e incluso estar nacionalizadas. Sin embargo, la naturaleza monopolística inherente a muchas concesiones públicas ha

disminuido durante las dos últimas décadas, habiéndose iniciado en varios continentes procesos de desregulación y privatización. Desde entonces, en algunas áreas existe hoy una relativa competencia, como en los servicios telefónicos de larga distancia, el suministro eléctrico, las comunicaciones ferroviarias o el suministro de gas.

En algunos países las concesiones públicas pertenecen al Gobierno o a los municipios; este es el caso de los sistemas de depuración y de suministro de agua. El alcance que deben tener las concesiones públicas sigue siendo objeto de debate. Para decidir si la propiedad debe ser pública o privada hay que considerar tanto los costos como la eficiencia en cada caso concreto. Ahora que, las empresas privadas a las que se cede una concesión pública se diferencian de otras compañías en que están obligadas a atender a cualquier persona que requiera sus servicios y necesitan una enorme inversión de capital en relación con los ingresos que obtienen. Además, suelen estar sometidas a una estrecha vigilancia económica, y a veces ecológica, por parte del Gobierno (González, 2007)

Al respecto, González (2007) indica que el control de las concesiones públicas depende de las comisiones de servicios públicos, agencias creadas para proteger la seguridad de las personas y de las propiedades que están bajo su jurisdicción. Se pueden encontrar medidas reguladoras de las concesiones públicas en el derecho consuetudinario inglés. La razón de ser de la regulación estriba en que, puesto que la empresa concesionaria suele lograr un monopolio para ofrecer ese servicio en un determinado área, los precios y servicios ofrecidos a los consumidores no estarán regulados por la libre competencia, por lo que el Gobierno tiene que reemplazar la competencia mediante normas. En teoría, el objetivo es asegurar un servicio adecuado y barato a los consumidores, permitiendo que la empresa concesionaria pueda obtener beneficios, parte de los cuales se podrán reinvertir en el servicio público que se ofrece. Resulta pertinente señalar que los sistemas de regulación son distintos según los países. En aquellos en los que la concesión sigue estando bajo control estatal, los precios y el nivel de servicio son establecidos por el Gobierno. En otros países, los precios y los servicios están estrechamente vigilados por supervisores, y sólo se permite aumentar los precios en función de la inflación.

Los contratos de concesión son celebrados por las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden (Parra, 1994)

Continúa este autor manifestando que el contrato de concesión es un acto mixto y contiene dos partes esenciales a saber: - la parte típicamente contractual que contiene especialmente las cláusulas propias del objeto del contrato, y las financieras o de beneficios para el contratista, y por otro lado - la parte reglamentaria en donde mediante reglas impuestas por la administración y acordes con la naturaleza de la concesión, la administración organiza el servicio público a que se refiere la concesión. A pesar de aceptarse que a la administración le asiste el poder de modificación unilateral del contrato. Así mismo, aunque las tarifas hacen parte de la organización del servicio público que es a su vez la parte reglamentaria de la administración, no pueden ser modificadas discrecionalmente porque esa parte beneficia al contratista.

Parra (1994) señala que la ley de contratación estatal plantea la posibilidad de que dicho contrato se pueda modificar unilateralmente, corroborando que 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"

Como quiera que la realización de "obras" es uno de los objetos en el contrato de concesión, se concluye que este poder unilateral existe en esta clase de convención, sin perjuicio de que la administración efectúe las correspondientes indemnizaciones en favor del contratista. 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 (Parra, 1994)

La misma autora aclara que dentro de la concesión o gestión de servicios públicos se presentan variantes que le permite a la administración la gestión o prestación variada de servicios sin privatizar el servicio, pero utilizando la capacidad técnica, económica y financiera de los particulares, y es precisamente, por ello que a más de un tipo contractual, se hable de una técnica de gestión, pues con ella el Estado continúa como gestor del servicio encargando su ejecución a un particular. Además no es un contrato único caracterizado por una estricta estructura obligacional, sino una pluralidad de figuras contractuales según el grado de colaboración que la administración emplee con los particulares u otras empresas oficiales, la concesión puede presentar varios tipos de gestión concesional a saber: la simple concesión, la concesión interesada, el concierto concesional y la concesión mediante una sociedad de economía mixta.

### **La reversión y la voluntad en los contratos de concesión de bienes del Estado**

El Instituto Nacional de Concesiones (INCO), es una entidad creada mediante el Decreto 1800 del 26 de junio de 2003, en el marco del programa de renovación de la administración pública, adelantado por el primer Gobierno del Presidente Álvaro Uribe Vélez, como uno de los programa principales previstos en el Plan Nacional de Desarrollo 2002 - 2006 "Hacia un Estado Comunitario"; se creó con el objeto de estructurar y administrar los proyectos de infraestructura de transporte que se desarrollen mediante alguna forma de vinculación del capital privado. La motivación para la creación de esta

entidad responde al objetivo fundamental de fortalecer la gestión de la participación del sector privado en el desarrollo de la infraestructura del transporte en Colombia. La necesidad de éste fortalecimiento surge tanto de la evolución requerida del sector transporte, como también de las necesidades futuras en este campo, y al lugar primordial otorgado a la participación del sector privado dentro de la estrategia de mejoramiento de la infraestructura, así como también a los objetivos de renovación de la administración pública, con el objeto de lograr la racionalización de gastos de funcionamiento del sector público, la reducción del número de entidades y eficiencia en la gestión por resultados (González, 2007)

Continúa la autora antes citada enunciando que, en un análisis realizado por el Banco mundial, se diagnosticó que el sector transporte requería de una entidad especializada en la estructuración y gestión de proyectos con participación del sector privado, con suficiente capacidad de gestión y especialización. En el mismo sentido, el Departamento Nacional de Planeación - DNP- contrató en el primer semestre de 2003 con la firma Booz Alien Hamilton - BAH-, un estudio para realizar el diseño y estructuración de una entidad encargada de la gestión y administración de proyectos de transporte con vinculación de capital privado; estudio que fue utilizado por el programa de renovación de la administración pública - PRAD - para la creación, definición de la estructura y funciones a cumplir por parte del Instituto nacional de Concesiones -INCO.

En los estudios realizados por el Banco Mundial y BAH, se resalta que en el año 2003, la adjudicación y administración de concesiones estaba dispersa en las entidades encargadas de ejecutar las políticas en los diferentes modos de transporte de la siguiente manera: las concesiones férreas estaban siendo administradas por Ferrovias, las concesiones viales por la Subdirección de Concesiones del Instituto Nacional de Vías (INVIAS), las concesiones portuarias por el Ministerio de Transporte y las concesiones aeroportuarias por la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil. Además existían una serie de actores adicionales como el Departamento Nacional de Planeación (DNP) y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, encargados de la identificación de proyectos de concesión en los diferentes modos; entidades que promovieron la contratación

de asesores externos que apoyaran la estructuración de los proyectos, con recursos de banca multilateral lo cual generaba una dispersión de responsabilidades entre las entidades involucradas (González, 2007)

Así mismo esta autora manifiestas que el INCO es un establecimiento público, vinculado al Ministerio de Transporte, con personería jurídica, patrimonio independiente y autonomía administrativa y financiera. Su objeto es planear, estructurar, gestionar y administrar los negocios de infraestructura de transporte en los modos carreteros, férreo y portuario bajo el sistema de Concesión.

Decreto 1800 de 2003:

"Tendrá por objeto planear, estructurar, contratar, ejecutar y administrar los negocios de infraestructura de transporte que se desarrollen con participación del capital privado y en especial las concesiones, en los modos carretero, fluvial, marítimo, férreo y portuario."

"Asesorar a las entidades descentralizadas, territorialmente o por servicios y a las entidades nacionales, en la estructuración técnica, legal y financiera de proyectos de vinculación de capital privado cuando éstas lo soliciten."

González (2007) continúa exponiendo que la Misión de la INCO consiste en lograr el desarrollo integrado de infraestructura de transporte del país a través de la vinculación del capital privado. Como igual su Visión es la de ser una entidad de clase mundial, con un equipo reconocido por su transparencia, alta capacidad técnica, productividad y servicio al cliente. Y tiene como objetivos: contribuir con el desarrollo de la competitividad del país a través de proyectos de concesión que garanticen la conectividad, intermodalidad y optimización de los costos de transporte. Como igual lograr altos niveles de calidad en la infraestructura concesionada en términos de cobertura, economía, seguridad y comodidad. Además de asegurar la sostenibilidad y consolidación financiera de las concesiones. Y mantener altos estándares de eficiencia y eficacia de los procesos internos del Instituto.

A inicios de los años noventa se reglamenta la Ley de Concesiones para responder a las necesidades manifiestas de desarrollo en los sectores de telecomunicaciones, energético y de transportes; dado que el gobierno nacional no contaba y aún hoy en día no cuenta con los recursos necesarios para financiar obras de tal magnitud. No obstante, la necesidad de contar con infraestructura en las regiones es cada vez mayor, y exige mejorar radicalmente la forma como los sectores público y privado están atendiendo este reto. En el país se dedica un 0.9 por ciento del PIB a la construcción y mantenimiento de carreteras, monto que se encuentra muy por debajo del promedio en Latinoamérica que se sitúa en el 2.0 por ciento del PIB. Esto significa que en promedio, Colombia está realizando menos inversión de la que se considera adecuada en el resto de continente con la consecuencia de que cada día nos encontramos más rezagados, en comparación con los países del área con los cuales competimos. Para lograr una mejoría significativa el país debería haber generado una infraestructura acorde con los retos que la apertura económica significaba (González, 2007)

Continúa la autora aduciendo que una concesión vial es un arreglo contractual cuyo principal objetivo es el desarrollo de la infraestructura física mediante la vinculación del capital privado, en donde un concesionario se compromete a desarrollar una vía de acuerdo con altos estándares que se exigen, prestando un eficiente servicio y el concedente cede los derechos de explotación económica (recaudo de peajes) para remunerar al concesionario. El concesionario se compromete a construir una obra determinada y a operar y mantener la infraestructura durante un periodo de tiempo, al final del cual transfiere dicha infraestructura al Estado. Este tipo de concesiones se fundamenta en la realización de inversiones en un periodo de tiempo, para lo cual se buscan recursos de deuda y capital que serán pagados con los recursos generados con los recaudos que se generen de la explotación de la inversión en un periodo de tiempo determinado; es decir una concesión constituye un proyecto de inversión en el cual se le entrega por parte del estado a un particular una infraestructura para que se realicen unas inversiones y con la explotación de las mismas se logre recuperar el capital invertido.

Desde un punto de vista jurídico se ha definido el contrato de concesión de obra pública como:

"el acto por el cual la administración atribuye a una persona la construcción de una obra pública y la faculta temporalmente para cobrar determinadas sumas a quienes la utilicen, como medio para financiar el coste de aquella. Dos elementos esenciales integran esta definición: a) Construcción de una obra pública; b) Financiación a cargo del concesionario pero repago por los terceros usuarios mediante el pago de una suma, denominada corrientemente peaje. El segundo elemento distingue claramente la concesión del contrato de obra pública"(González, 2007)

González (2007) igualmente afirma que el gobierno hace una concesión en atención al beneficio que la realización de un proyecto genera tanto para los usuarios (ahorros en tiempo) como para la economía de una región, así como también para las zonas de influencia del mismo; teniendo en cuenta que en obras de infraestructura vial el parámetro establecido en los planes de gobierno es generar vías para el desarrollo buscando la conectividad de los centros de producción con los puertos o con la capital. Una vez determinada la conveniencia de realizar un proyecto se establece si se va a realizar por obra pública (es decir con recursos del presupuesto de la Nación y/o empréstitos nacionales o internacionales) o por medio de un sistema de concesión (en donde los recursos provienen de un particular y de derechos, impuestos y aportes de la nación según sea el caso al final la decisión que se toma es de política y planeación de gobierno.

### **Reversión y garantía del derecho a la igualdad**

Se procede después a establecer la viabilidad y factibilidad de desarrollar el proyecto aplicando una evaluación financiera, de manera que el proyecto sea atractivo para los posibles inversionistas. Teniendo en cuenta que las concesiones viales propenden proveer de excelente infraestructura a la comunidad a bajo costo; buscando eficiencia en la construcción, administración y operación de la vía y garantizando el mantenimiento a largo



plazo de la misma. Teniendo en cuenta que la concesión constituye un medio de participación del sector privado en la gestión estatal, es decir se traslada al sector privado la gestión, más no la función misma que continua siendo estatal, mientras que los riesgos se comparten entre el público y el privado (González, 2007)

Las concesiones viales ofrecen mejores niveles de servicio, con lo cual se da un ahorro en tiempo de viaje y gran reducción de los costos de operación vehicular; por tanto se obtiene una mayor competitividad; como igual la valorización de terrenos alrededor de la vía; además el Estado se beneficia por el traslado de riesgo a quien está en mejor capacidad para asegurarlo y manejarlo, en este caso el concesionario; y representa un alivio sobre las cuentas fiscales, por inversión a cargo del privado. Se debe tener en cuenta que el estado tiene una restricción fiscal (no endeudarse más allá de sus posibilidades, que de llegar a darse tendría implicaciones en el déficit, en costos de deuda y en inflación); de otra parte la distribución de riesgos entre concedente y concesionario de acuerdo a las capacidades de cada uno; sin dejar de lado que se cuenta con infraestructura mucho más rápido en el tiempo (entre 15 y 20 años) que por obra pública según datos de Planeación Nacional. (González, 2007)

Según Palacio (2005) los principios de la contratación estatal son las reglas a que debe someterse toda la contratación, independientemente del tipo de contrato de que se trate. Estos principios son reglas que inspiran toda la regulación, sin que requieran de una manifestación legal expresa. Tienen su aplicación en el momento mismo de hacer la interpretación del contrato o de cualquiera de sus estipulaciones. Sin embargo, la ley 80 de 1993 ha regulado expresamente tres principios que rigen la contratación estatal, a saber: El principio de la transparencia, el de la economía y el de la responsabilidad y aunque no le da el nombre de principio, consagra el de la ecuación económica contractual (artículo 27). Igualmente, el artículo 28, al hablar de la interpretación de las reglas contractuales, dispone que en ella se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata dicha ley, pero además los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre las prestaciones y derechos que caracterizan a los contratos conmutativos. Por ser la actividad contractual parte de la actuación administrativa, su interpretación debe hacerse también en

consonancia con los conceptos de satisfacción del interés general o colectivo, con la realización de los fines estatales, los principios reguladores de la función administrativa, que corresponden a los principios de igualdad, moralidad, eficacia, voluntad, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad (artículo 209 de la C.N.).

La doctrina ha elaborado en el derecho administrativo una serie de principios que inspiran la actividad de la administración y que por su carácter universal tienen aplicación y reconocimiento al momento de valorar los hechos y actos de ésta. No obstante existen otros principios que los tratadistas del derecho administrativo analizan con detalle (consentimiento). Dentro de todos los principios enunciados, los regulados expresamente por el estatuto contractual, ley 80 de 1993, tienen una importancia trascendental para el manejo moral, imparcial, ágil y responsable de la contratación. (Palacio, 2005)

Continúa el autor manifestando que el principio de la transparencia procura garantizar la moralidad en la contratación, la imparcialidad de la administración en la escogencia del contratista al exigir que se haga de acuerdo con unas reglas precisas, claras, completas y objetivas. Es un mecanismo que se orienta a evitar la corrupción en la contratación. Su máxima expresión se alcanza al exigir como regla general de contratación la de que la selección del contratista se haga por medio de la licitación o concurso. En este principio se conjugan también los de igualdad, el de la publicidad y de la libre concurrencia o competencia, que sirven de base a la forma más clara de selección del contratista, que es la licitación, pero que deben estar presentes en los otros mecanismos de selección del contratista, cualquiera que sea la forma escogida, que debe existir "aun en los casos de contratación directa o urgencia". La publicidad de las actuaciones contractuales garantiza la transparencia que permite a la comunidad ejercer control sobre ella, ya sea por conducto de las asociaciones cívicas comunitarias, de profesionales, benéficas o de utilidad común, quienes podrán denunciar ante las autoridades competentes las actuaciones, hechos u omisiones de los servidores públicos o de los particulares, que constituyan contravenciones o faltas en materia de contratación estatal, o mediante la solicitud de la nulidad absoluta del contrato, la cual puede intentarla cualquier persona (artículos 45 y 66 de la ley 80 de 1993)

Sigue este autor indicando que todas las actuaciones de la administración en la actividad contractual y los expedientes que se formen, son públicos, debiendo expedir, a solicitud de quienes demuestren un interés legítimo, copias de las actuaciones y propuestas recibidas, respetando la reserva de que gozan legalmente las patentes, procedimientos y privilegios, lo cual se concreta en la protección a los derechos de propiedad intelectual o industrial. Favorece igualmente la posibilidad que tienen los interesados de conocer y controvertir los informes, conceptos y decisiones que se rindan o adopten durante el trámite de la licitación, para lo cual deben señalarse etapas precisas. La más importante de estas manifestaciones es la obligación de la entidad de poner en conocimiento de los oferentes los estudios de evaluación de las ofertas para que puedan controvertirlas.

El principio de economía procura que todas las actuaciones en la actividad contractual se hagan con celeridad y eficacia, principios que informan la función administrativa, que se concreta en la agilización de los trámites. Con él se exige que sólo se realicen las etapas y procedimientos estrictamente indispensables para la selección objetiva del contratista, y así mismo, que la actividad que se desarrolle en la ejecución de las obligaciones a cargo de cada una de las partes, se haga optimizando costos y evitando actuaciones dilatantes y perjudiciales para el otro (Palacio, 2005)

Así mismo manifiesta el autor que el principio de responsabilidad somete a todos los que intervienen en la actividad contractual a sufrir las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones a su cargo, sancionando disciplinaria, penal y patrimonialmente a quienes realicen conductas que afecten a cualquiera de las partes en la contratación. La responsabilidad recaerá, en principio, en el funcionario u órgano que toma la decisión, ya sea por ser titular de la facultad de contratación o por haberla recibido en delegación.

Según Palacio (2005) los funcionarios tienen la obligación de vigilar la correcta e idónea ejecución del objeto contractual para asegurar la continua y eficiente prestación de los servicios y la efectividad de los derechos de los administrados que colaboran con el

Estado para la obtención de esos fines y deberán responder por ello, por sus actos y omisiones antijurídicas. Quien tiene la obligación de ordenar y dirigir la contratación, de seleccionar al contratista, de adjudicar el contrato, y dirigir y controlar su ejecución, responde por sus actuaciones gravemente culposas y por sus hechos y actos antijurídicos.

Igualmente, los contratistas tienen la obligación de cumplir con la prestación a su cargo, en las condiciones de calidad y estabilidad exigidas, y debe ejecutarlas en todo lo que corresponde a su objeto, dentro del principio de la buena fe. Serán responsables no sólo de que el contrato se termine satisfactoria y oportunamente, sino también de los actos y hechos antijurídicos que les sean imputables. Lo mismo se proclama de los consultores y asesores que con sus conocimientos participan en la contratación y que hoy responden por todos los perjuicios que causan a las partes en el desarrollo de su actividad contractual. (Palacio, 2005)

Continúa el autor afirmando que el principio del equilibrio económico del contrato inspira el desarrollo de las prestaciones a cargo de las partes, para mantener su equivalencia en cada momento de la ejecución del contrato. Se aplica también en favor de las entidades públicas. Su alcance no es el de una simple ayuda para colaborarle al contratista a la ejecución del contrato, sino que puede llegarse aun a asegurarle, en ciertos casos, el beneficio o provecho dejado de percibir por el contratista.

Para Palacio (2005) la ecuación económica del contrato es un concepto que va ligado a que el contratista reciba, en todos los eventos en que por alguna circunstancia ajena a su voluntad se resquebraje la contraprestación económica que lo llevó a obligarse con la entidad, una compensación o indemnización que le restablezca su interés. Tal es la orientación inicial, concepción que finalmente incluyó como beneficiaría de la compensación a la entidad pública, en los casos que pueda proclamarse en su favor.

El principio de la buena fe acompaña el comportamiento de los sujetos en sus relaciones, ya sea que se contrate con una persona particular o con una entidad pública. La buena fe es la creencia de estar actuando conforme a la ley, y que la conducta que

corresponde a la otra persona, la asume también dentro de ese marco. La buena fe da a la relación jurídica el tono moral y ético que hacen que la actuación del sujeto y la prestación a su cargo se cumpla no sólo en lo que aparenta la expresión escrita de su obligación, sino en lo que intrínsecamente implica su ejecución. Supone, entonces, la lealtad de los sujetos en sus relaciones, el observar una conducta ejemplar frente al otro obligado, pues implica dicho concepto, el que me comporte en mis obligaciones como deseo que el otro lo haga ante mí, lo cual presume honestidad de comportamiento y ánimo de cooperación recíproca de las partes, y conlleva el acatamiento de las órdenes que durante el desarrollo del contrato ellas les impartan y, de manera general, obrarán con lealtad y buena fe en las distintas etapas contractuales, evitando las dilaciones y entrabamientos que pudieran presentarse (Palacio, 2005)

### **Autonomía de la voluntad en el contrato estatal**

El principio de autonomía de la voluntad contractual es un principio básico del Derecho contractual. El valor de este principio se aprecia en el hecho de considerarse como una manifestación de la libertad del individuo, cuyo reconocimiento por la ley positiva se impone, el cual se traduce en la posibilidad que tienen las personas de regular libremente sus intereses, ejercitar los derechos subjetivos de los cuales son titulares y concertar negocios jurídicos. Sin embargo, independientemente de ser considerada como uno de los principios más importantes en el Derecho Civil y específicamente en el Derecho de Contratos, no es admitida de forma absoluta, por cuanto tiene restricciones previstas en la ley y otras que se desprenden de las circunstancias o de las situaciones de hecho. Dichas restricciones se manifiestan en forma de límites y limitaciones, que no obstante su existencia pueden ser concertadas por las partes. (Hernández & Guerra, 2013).

Apoyados en Rivera (2004), el contrato es un acuerdo creador de relaciones jurídicas entre personas, y constituye un medio de realización social para intereses privados. El negocio jurídico, obra de la voluntad del hombre, con finalidad jurídica, aparece como la expresión técnica del reconocimiento de la autonomía privada, como fuente creadora de efectos jurídicos; el negocio jurídico constituye entonces el medio

fundamental de realización del principio de autonomía de la voluntad. Entre todos los hechos o actos jurídicos generadores de obligaciones, el contrato es, indudablemente, aquel en el que la voluntad de los particulares cumple una función más importante ya que su elemento característico, es el consentimiento, o sea el acuerdo libre de la voluntad de las partes.

El rol creador de la voluntad en el ámbito contractual se origina en la Escuela del Derecho Natural, coincidiendo las opiniones de los jurisconsultos al afirmar que no hay nada tan natural como atender a la voluntad del propietario que desea transferir a otro su derecho, ni nada que refleje mejor la lealtad entre los hombres que el mantenimiento de la promesa hecha." De modo que la voluntad es la creadora de la relación jurídica, y por ende, del vínculo obligacional de fuente contractual. El contrato es considerado, a su vez, como el puro producto del consentimiento (Hernández & Guerra, 2013).

Estos autores señalan igualmente que la idea de que la voluntad, actuada a través de una declaración de voluntad, es pura y simplemente la creadora del vínculo jurídico, dando origen a una mutación importante, pues la voluntad pasa a formar parte de la doctrina del negocio jurídico. La voluntad deja así de ser soberana; su validez no descansa en que la persona la exteriorice como valor ético anterior a todo derecho, sino que reposa en el ordenamiento jurídico, el cual es necesario que la reconozca al proteger el fin querido por la voluntad. La autonomía privada en sentido amplio, está conformada por dos partes: primeramente por el poder atribuido a la voluntad respecto de la creación, modificación y extinción de las relaciones jurídicas, y en segundo lugar por el poder de esa voluntad referido al uso, goce, y disposición de poderes, facultades y derechos subjetivos. Los que se concretan en torno de las figuras más típicas. La primera, considerada también como autonomía privada en sentido estricto, referida a la esfera del negocio jurídico. La segunda, concretada en el ámbito del ejercicio de los derechos subjetivos. Por lo que desde esa perspectiva, la autonomía de la voluntad se analiza en dos sentidos, como creadora de normas jurídicas del ordenamiento jurídico que pasan a conformarlo junto a las demás. Pero además es por otra parte creadora de relaciones jurídicas concretas y reconocidas por el Derecho.

En realidad, la autonomía de la voluntad sólo tiene como contenido la segunda de estas cuestiones, ya que este poder individual que se le reconoce al individuo por el ordenamiento jurídico tiene como esfera de eficacia su propia autonomía, por lo que no implica la creación de normas jurídicas de regulación social. Entonces, la autonomía privada es un poder de creación, modificación o extinción de las relaciones jurídicas, y es aquí donde se concretiza la autonomía privada. En otros términos, la autonomía de la voluntad se ejercita mediante la constitución o no de relaciones jurídicas, es decir, a través de actos o negocios jurídicos. Por otro lado, este principio no solo se concreta en crear, modificar o extinguir una relación jurídica, sino que también posibilita determinar el contenido de la misma, es decir, establecer los derechos, obligaciones, deberes y objetos, lo que supone precisar el contenido del negocio jurídico que se celebra. (Hernández & Guerra, 2013).

Continúan los autores citados expresando que de la prevalencia de este principio se mantiene la libertad de elegir el tipo contractual, que se manifiesta además en la posibilidad de discutir el contenido del contrato. La voluntad de las partes es la que determina el contenido del contrato, de manera que su interpretación se atiende fundamentalmente a su intención. Las partes son libres también para atribuir a los contratos celebrados los efectos que consideren pertinentes, ya que las reglas del legislador son, en general, meramente supletorias de su voluntad. En virtud de este principio las partes pueden también elegir la forma en que se debe constituir el contrato, y tienen igualmente independencia para establecer el objeto del contrato y de suprimirlo o modificarlo. Por lo que la libertad contractual se concreta esencialmente en la libertad de establecer la norma, o parte de ella, reguladora de la relación que se desea crear. Lo acordado por las partes conforma el contenido del contrato, con lo cual pueden determinar los derechos y obligaciones que dimanen de tal acuerdo.

En primer orden, según Pérez (2000) es dable conceptuar y distinguir los límites y las limitaciones a la autonomía de la voluntad. La palabra límite, del latín *limes*, *limitatis*, significa término, confín, en este concepto se ubica la configuración del poder autónomo,

su demarcación como poder, el espacio dentro del cual tendrá potestades autónomas la voluntad. Por su parte el vocablo limitación procede etimológicamente del latín limitatio, significa acción o efecto de limitarse. Las limitaciones provienen del entorno, son extrínsecas al poder autónomo del sujeto.

Continúa el autor enunciando que los límites son contestación histórica al omnímodo poder que detentó el individualismo, y a los excesos a que condujo la aplicación a ultranza del dogma de la autonomía de la voluntad. Son puntos de partida estables, sedimentos que recogen en sí el devenir y al que se le agrega lo propio de cada tiempo. Mientras que las limitaciones son contingencias, no quiere decir siempre perecederas, sino que responden a la admonición de un determinado estado de cosas, son más cambiantes, pueden desaparecer o renovarse, crecer y hacerse de un perfil definitivo incluso, pero sin llegar a ser parte del negocio, es la impronta de la circunstancia económica o política en la producción normativa, que incide en el tipo contractual histórico concreto. Las limitaciones se refieren al ejercicio efectivo de las libertades públicas, es decir implican por sí mismas una disminución en la esfera jurídica del sujeto, bajo ciertas condiciones y en determinadas circunstancias, por esta razón constituyen las fronteras del Derecho, más allá de las cuáles no se está ante el legítimo ejercicio del mismo.

Es en desarrollo del principio de transparencia que se impone la obligación de realizar los procesos de licitación, concurso o contratación directa "sin tener en consideración favores o factores de afecto o de interés" Lo anterior, con el objetivo de garantizar el derecho a la igualdad entre los oferentes y evitar el favorecimiento indebido, por cuanto se estarían desconociendo los principios de igualdad e imparcialidad. (Rothstein, 2013).

### **El derecho de igualdad en la contratación estatal**

Este mandato constitucional inherente a la contratación respecto de la igualdad de oportunidades contemplado en el artículo 13 constitucional, con el derecho a la libre



competencia reconocido en el artículo 333 ibídem y con los principios de la función administrativa, garantiza la posibilidad de que todos aquellos que reúnan los requisitos para celebrar un contrato estatal, puedan concurrir ante la respectiva entidad a presentar sus ofertas y puedan formularlas sobre bases idénticas, sin perjuicio de limitaciones razonables que persigan asegurar la adecuada ejecución del contrato y el cumplimiento de los cometidos estatales. Desde el punto de vista de la entidad estatal, este principio asegura pluralidad de competidores, lo que a su turno redundará en mejores ofertas en beneficio de la eficiencia. Al respecto, en la sentencia C-815 de 2001, esta Corporación explicó:

“El derecho a la igualdad de oportunidades, aplicado en la contratación de la administración pública, como en el caso del contrato de concesión, se plasma en el derecho a la libre concurrencia u oposición, por virtud del cual, se garantiza la facultad de participar en el trámite concursal a todos los posibles proponentes que tengan la real posibilidad de ofrecer lo que demanda la administración.

Por otra parte, el principio de igualdad entre proponentes asegura que todos los que concurren reciban el mismo tratamiento y sus propuestas sean valoradas a la luz de los mismos criterios (Corte Constitucional Colombia, Sentencia C-300/12).

Estos criterios, en tanto desarrollan los principios de transparencia, igualdad, moralidad y eficiencia de la función administrativa, entre otros (artículo 279 superior), así como el derecho a la libre competencia (artículo 333 superior) y el principio de igualdad (artículo 13 superior), adquieren especial importancia constitucional, al punto que su limitación desproporcionada ha dado lugar a la declaración de inexecutable de algunos preceptos legales.

“El principio de igualdad se vulnera porque la información que suministra la entidad no tiene certeza y por lo tanto no atrae una población de posibles oferentes que, de encontrar una información cierta, tal vez se animarían a participar en la convocatoria; es decir, el presupuesto del contrato determina el perfil del contratista, y por lo tanto un presupuesto alto puede atraer a un nivel de contratistas

de superior categoría que si se tratara de un presupuesto bajo, y de igual manera, presupuestos bajos probablemente atraigan posibles oferentes que no tengan tanta experiencia” (Corte Constitucional Colombia, Sentencia C-300/12).

La efectividad del principio de igualdad “depende de un trato igualitario a todos los oferentes tanto en la exigencia de los requisitos previstos en el pliego de condiciones, como en la calificación de sus ofertas y, por supuesto, en la selección de aquella que resulte más favorable para los intereses de la administración”. Al momento de contratar, el Estado está en la obligación de definir los fundamentos de la participación de los oferentes y los criterios de evaluación con rigurosa aplicación de los principios de transparencia, economía, responsabilidad, selección objetiva, buena fe, planeación, publicidad e igualdad, entre otros, con el objeto de cumplir los fines propios de la contratación estatal. Lo anterior, para evitar la nulidad absoluta de los contratos que sean suscritos sin el cumplimiento de los requisitos necesarios para su validez (Procuraduría General de la Nación, 2010).

Como quedó señalado a propósito de la consagración legal del principio de transparencia y del deber de selección objetiva, la Administración está obligada constitucional (art. 13 C.P.) y legalmente (art. 24, 29 y 30 ley 80 de 1993) a garantizar el derecho a la igualdad de los oferentes o competidores. Por virtud de esta garantía, todos los sujetos interesados en el proceso de licitación han de estar en idénticas condiciones, y gozar de las mismas oportunidades, lo cual se logra, según la doctrina, cuando concurren los siguientes aspectos: -Las condiciones deben ser las mismas para todos los competidores. -Debe darse preferencia a quien hace las ofertas más ventajosas para la Administración. Dromi, citando a Fiorini y Mata, precisa que el trato igualitario se traduce en una serie de derechos en favor de los oferentes, cuales son: -Consideración de su oferta en competencia con la de los demás concurrentes; -respeto de los plazos establecidos para el desarrollo del procedimiento; -cumplimiento por parte del Estado de las normas positivas que rigen el procedimiento de elección de co - contratante; -inalterabilidad de los pliegos de condiciones; -respeto del secreto de su oferta hasta el acto de apertura de los sobres; -acceso a las actuaciones administrativas en las que se tramita la licitación; -tomar

conocimiento de las demás ofertas luego del acto de apertura; -que se le indiquen las deficiencias formales subsanables que pueda contener su oferta; -que se lo invite a participar en la licitación que se promueve ante el fracaso de otra anterior (Consejo de Estado Colombia, Fallo 12037 de 2001)

Como se ve, la referida igualdad exige que, desde el principio del procedimiento de la licitación hasta la adjudicación del contrato, o hasta la formalización de éste, todos los licitadores u oferentes se encuentren en la misma situación, contando con las mismas facilidades y haciendo sus ofertas sobre bases idénticas." En relación con la igualdad entre los oferentes, Marienhoff precisó: La referida 'igualdad' exige que, desde un principio del procedimiento de la licitación hasta la adjudicación del contrato, o hasta la formalización de éste, todos los licitadores u oferentes se encuentren en la misma situación, contando con las mismas facilidades y haciendo sus ofertas sobre bases idénticas.

Marienhoff (1992) precisa que la razón de ser de la licitación pública debe analizarse desde dos aspectos: con relación al Estado y con relación a los administrados. En cuanto al primero, explica, "la 'ratio iuris' no es otra que conseguir que el contrato se realice de modo tal que la Administración Pública tenga las mayores posibilidades de acierto en la operación, en lo que respecta, por un lado, al 'cumplimiento' del contrato (calidad de la prestación, ya se trate de entrega de cosas o de la realización de servicios o trabajos; ejecución del contrato en el tiempo estipulado; etc) y, por otro lado, lograr todo eso en las mejores condiciones económicas." Y en relación con los administrados afirma: "con el procedimiento de la licitación también se busca una garantía para los particulares o administrados honestos que desean contratar con el Estado. En este orden de ideas la 'igualdad' entre los administrados en sus relaciones con la Administración Pública, evitando de parte de ésta favoritismos en beneficio de unos y en perjuicio de otros; tratase de evitar improcedentes tratos preferenciales o injustos

La igualdad es uno de los pilares sobre los que se funda el Estado colombiano. La Constitución reconoce la igualdad, como un principio, como un valor, y como un derecho fundamental, que va más allá de la clásica fórmula de igualdad ante la ley, para erigirse en

un postulado que apunta a la realización de condiciones de igualdad material. Bajo esta perspectiva, un propósito central de la cláusula de igualdad, es la protección de grupos tradicionalmente discriminados o marginados; protección que en un Estado social de derecho, se expresa en una doble dimensión: por un lado, como mandato de abstención o interdicción de tratos discriminatorios (mandato de abstención) y, por el otro, como un mandato de intervención, a través del cual el Estado está obligado a realizar acciones tendentes a superar las condiciones de desigualdad material que enfrentan dichos grupos (mandato de intervención). En relación con el primero, existe un deber de la administración de abstenerse de adelantar, promover o ejecutar políticas, programas o medidas que conduzcan a agravar o perpetuar la situación de exclusión, marginamiento o discriminación de grupos tradicionalmente desventajados en la sociedad. Esto se deriva principalmente de la cláusula de igualdad formal y del principio de no discriminación establecido en el inciso primero del artículo 13 (Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-291/09).

En síntesis: “la igualdad sustancial, consagrada en el Estatuto Superior de algunos Estados, se percibe apenas como un objetivo o finalidad del sistema político, que vincula, tanto a los poderes públicos como a los ciudadanos, en la transformación del modelo de sociedad existente en otro ideal, más propicio a la satisfacción de las aspiraciones humanas en sus múltiples facetas.”

Vega & Ordóñez (1999) manifiestan que dentro de los derechos y deberes de las entidades estatales en materia de contratación está la creación, modificación o extinción de obligaciones; tales obligaciones necesariamente implican a la administración como parte contractual obligaciones y afectos en derecho que pueden ser exigidos por su titular. Las entidades estatales como contratantes tienen una serie de derechos o prerrogativas y de obligaciones con miras a la prestación de los servicios públicos. Las entidades, de acuerdo con la ley 80 de 1993, artículo 4", tienen derecho a pedir la revisión de precios cuando se produzcan fenómenos que afecten en su contra el equilibrio financiero del contrato.

Así mismo afirman los autores que, con respecto a cuanto acaba de anotarse conviene agregar que el artículo 28 al sentar pautas y directrices para la interpretación en

materia contractual, dispone tener en cuenta los mandatos de la buena fe, la igualdad y el equilibrio entre prestaciones y derechos, como principios propios de los contratos conmutativos.

Lo anteriormente expuesto, constituye una clara demostración de la gran diferencia que presentan los contratos estatales frente a los privados. Precisa observar como la rigidez de las cláusulas en los primeros contrasta con la flexibilidad en los segundos. Tal diferencia indudablemente encuentra su causa en el objeto de los contratos estatales como que siempre estará comprometido el interés general en la prestación adecuada y eficiente de los servicios públicos y en los derechos de los administrados, por ello no debe olvidarse que los funcionarios al celebrar los contratos y durante su ejecución, deben buscar el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y los derechos de los administrados que colaboran en la consecución de dichos fines. Las entidades tienen además los poderes de control y dirección, y pueden constreñir al contratista para que cumpla con el objeto del contrato (Vega & Ordóñez, 1999).

Vega & Ordóñez (1999) afirman que el artículo 4°- 9, impone a las entidades la obligación de actuar con extremada buena fe frente al contratista que es su colaborador en la consecución de los cometidos estatales. Su conducta debe evitar cualquier acto que implique mayor onerosidad para el contratista; incluso debe procurar los arreglos directos o de mutuo acuerdo.

Continúan exponiendo los autores que el contratista es la parte integrante particular que se obliga con la administración y de él se predica la capacidad como regla y solo excepcionalmente la incapacidad. Ella puede ser generada en aspectos inherentes a la mayoría de edad y a las condiciones mentales. También existen inhabilidades o impedimentos, de creación estrictamente constitucional o legal, que tornan incapaces a las personas para celebrar contratos. Puede ocurrir excepcionalmente que el contratista sea la misma administración, en razón a que además de las personas naturales y jurídicas de derecho público son capaces de contratar algunos organismos sin personería jurídica; pero la competencia, que en principio reposa en cabeza del respectivo representante legal, jefe o

director, puede ser delegada por estos funcionarios en sus subalternos, según los artículos 11 y 12 de la ley 80 de 1993.

Dentro de los derechos y deberes del contratista, conforme al inciso 2o del artículo 3o de la ley 80 de 1993, los contratistas al celebrar y ejecutar los contratos, deben tener presente que además de la obtención de utilidades, garantizada por la ley y protegida por el Estado, son verdaderos colaboradores de la administración en el cumplimiento de los fines estatales y realizan una función social que como tal supone obligaciones. En los contratos estatales el contratista está expuesto en cualquier momento a que la administración, por necesidades del servicio, modifique las condiciones del contrato. Actuaciones suyas, en determinados casos pueden hacer más gravosa la situación del colaborador. En tales circunstancias, es necesario, por respeto a la equidad y con miras a la eficiente prestación de los servicios, que el contratista sea indemnizado por los perjuicios que sufre (Vega & Ordóñez, 1999).

Así mismo aseveran que, para los efectos anteriormente anotados, los contratistas tienen derecho a recibir oportunamente la remuneración que se pactó y a que su valor intrínseco al momento del contrato, se mantenga intangible según lo preceptuado por el artículo 5o de la ley 80 de 1993. De acuerdo con dicha norma, previa solicitud elevada ante la administración, el contratista tiene derecho a que se restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a fin de evitar pérdidas originadas en circunstancias imprevistas no imputables al afectado. Igual derecho le asiste cuando las situaciones que generan el desequilibrio son imputables a la entidad contratante. Estos derechos constituyen una verdadera aplicación de viejas teorías en materia de contratación administrativa, conocidas como la teoría de la imprevisión y del hecho del príncipe.

Como afirman Vega & Ordóñez (1999), la posición así planteada, vino a constituir un rompimiento con el principio de que todo contrato legalmente celebrado es ley para las partes. En fallo del 23 de mayo de 1938, la Honorable Corte Suprema de Justicia colombiana precisa que esta teoría solamente se aplica a los contratos en ejecución, ya que se trata de mantener el equilibrio financiero.

Según expresa el profesor Georges Vedel en su obra Derecho administrativo, que simultáneo al poder exorbitante de la administración para modificar las condiciones del contrato en sentido desfavorable al contratista, este tiene el derecho a que se mantenga el equilibrio financiero que le permita preservar las condiciones de provecho en torno a las cuales celebró el convenio. Estaríamos en este caso frente a la teoría del hecho del príncipe, pues es en la actividad imputable a la administración donde se origina el desequilibrio, y debe indemnizar en su totalidad por las mayores cargas que debe soportar el contratista como consecuencia de las medidas exorbitantes. Todo a fin de conservar el equilibrio de gastos y beneficios previsto al momento de contratar (Vega & Ordóñez, 1999).

Pero puede igualmente ocurrir, que circunstancias y acontecimientos ajenos a la administración causen un rompimiento de la ecuación contractual, de manera anormal. Es decir, en forma tal, que superan el riesgo normal previsible que entraña toda negociación. En este caso también el contratista tiene derecho a que se le reconozcan los mayores costos o erogaciones que le generan las circunstancias sobrevinientes. Esto a fin de hacer posible el cumplimiento de las obligaciones del contratista, que constituyen el objeto del contrato. Esta modalidad se conoce como la teoría de la imprevisión.

### **Efectos jurídico-legales de la reversión en los contratos de concesión de bienes del Estado**

Para dar inicio a este tema, vale la pena citar a Rodríguez (2005), según el cual el artículo 40 del estatuto (Ley 80 de 1993), las estipulaciones de los contratos estatales serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en el mismo estatuto, correspondan a su esencia y naturaleza. En estos contratos podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la

ley, el orden público y a los principios y finalidades del estatuto y a los de la buena administración.

“Lo anterior permite afirmar que el contenido de los contratos de concesión estatal está dado por las cláusulas o estipulaciones que deben incluirse en el escrito respectivo, algunas de las cuales son comunes con los contratos entre particulares, mientras que otras son especiales para los contratos de las entidades públicas”.

Ahora bien, en los contratos de la administración pública se contiene cláusulas comunes, en donde sobresalen las relacionadas con el objeto, la cuantía o valor y el plazo para la ejecución, las cuales son de forzosa estipulación para que el acuerdo de voluntades se considere completo. No obstante, algunas de estas cláusulas, aunque son comunes con las de los contratos entre particulares, cuando se trata de contratos de concesión estatal tienen algunas regulaciones especiales.

De otra parte se contienen también en estos contratos las cláusulas especiales, cuya especialidad consiste unas veces en que su contenido es extraño a los contratos de derecho privado, mientras que otras veces, a pesar de que pueden encontrarse en los contratos comunes, en los estatales producen efectos extraños a aquellos, de manera que puede decirse que son especiales en cuanto a su contenido o en cuanto a sus efectos, también llamadas cláusulas exorbitantes. (Rodríguez, 2005)

A este respecto, el ordinal 2o del artículo 14 del estatuto hace referencia a la inclusión en los contratos de concesión estatal de las siguientes cláusulas excepcionales al derecho común: interpretación, modificación y terminación unilateral, sometimiento a las leyes nacionales, caducidad y reversión. Esta última consiste en que en los contratos de explotación o concesión de bienes estatales se pactará que al finalizar el término de la explotación o concesión, los elementos y bienes directamente afectados a la misma pasen a ser propiedad de la entidad contratante, sin que por ello este deba efectuar compensación alguna (art. 19 del estatuto). Como esta cláusula es obligatoria en los citados contratos, se entiende pactada aun cuando no se consigne expresamente, pero frente a esta norma debe



tenerse en cuenta que los contratos relacionados con la explotación de minerales tienen su propia regulación y en ocasiones, en pequeña y mediana minería no aplica la reversión (Código de petróleos, Decreto 2655 de 1988 y Código de recursos naturales, Art. 60 y ss). (Palacio, 2000)

De otra parte se establece que el poder de control y dirección de los contratos de concesión, 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. Pero en la contratación estatal, se mueven dos intereses distintos, el de la Administración que busca satisfacer el interés general o colectivo y el del contratista particular, que va en pos de su propio interés y que se concreta en la utilidad que le representa la contratación y que se refleja en los precios. Es lógico que la Administración tenga una serie de prerrogativas para conseguirla. Ese poder de control es indispensable para que la Entidad pueda cumplir el objeto plasmado en el contrato de concesión, tomando medidas de corrección, ejecutando la obra directamente, cuando el contratista suspende la misma, vigilando la calidad técnica y material de la obra, asegurando el cumplimiento oportuno tomando medidas compulsivas, interpretando unilateralmente el contrato, decretando las sanciones pertinentes, como la caducidad, la declaración de incumplimiento, la imposición de multas, etc. (Vega & Ordóñez 1999)

De otra parte, el interés general supone la existencia de los poderes de control y dirección y es difícil imaginar un contrato donde va envuelto el interés general, sin esos poderes, pues el Estado quedaría maniatado, pasando a un segundo plano el interés colectivo. La Entidad no puede renunciar a su poder de control pues ella misma es quien ejecuta el contrato, por conducto del colaborador particular, pero es ella la que presta el servicio, la que soluciona la necesidad general y no el particular quien tiene como finalidad de obtener un lucro. A pesar de ello, la Ley 80 de 1993, le señala al contratista que "además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado, colaboran con ellas -las Entidades estatales- en el logro de sus fines y cumplen una función social que,

como tal, implica obligaciones", sacándolo del sólo interés económico. La Entidad no puede dejar al garete las actividades que son de su competencia y en las cuales debe obtener una ejecución correcta, cuyo resultado no puede ser reemplazado con la indemnización a que sea condenado el contratista o con el monto de las multas que se le impongan, porque estas no solucionan la necesidad de la comunidad insatisfecha. (Vega & Ordóñez 1999)

En cuanto a las prerrogativas exorbitantes en el contrato de concesión, algunas de ellas no tienen origen contractual. Sin duda, pueden figurar explícitamente en el contrato, pero existirían aunque no hubiesen sido estipuladas, y que son otorgadas por la Ley. En el entendido que estas cláusulas (exorbitantes) son estipulaciones cuyo objeto es conferir a las partes derechos 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 comerciales. Mediante ellas, se confiere a una de las partes facultades de supremacía sobre la otra, que son ajenas a la libertad contractual y la autonomía de la voluntad, razón por la cual son extrañas en las convenciones de los particulares, ya que obedecen a prerrogativas que el ordenamiento Jurídico confiere exclusivamente a las Entidades públicas. Es la ley la que permite a la Entidad terminar el contrato unilateralmente, modificarlo o interpretarlo, o imponer sanciones para asegurar el cumplimiento del contrato.

Según Rodríguez (2005), las cláusulas exorbitantes no derivan su fuerza vinculante del contrato, ella existe fuera de él, pues se deriva del mismo ordenamiento jurídico, es la norma superior, la ley, la que le da esa supremacía que ostenta la Administración, le otorga los poderes que le permiten actuar en protección del interés general y le señala las pautas para su ejercicio. Como potestades públicas que son, los poderes excepcionales de control y dirección, no tienen la naturaleza de cláusulas o estipulaciones contractuales, pues si se omiten en el contrato, no significa que se haya renunciado a ellas, ni procede su renuncia, por el contrario, deben entenderse tácitamente incorporadas en el contrato (de concesión) aunque no se hayan pactado en forma expresa.

Continúa este mismo autor señalando que la Ley 80 de 1993, se refiere a las potestades excepcionales denominándolas indistintamente potestades, cuando en el inciso 2° del numeral 1° del artículo 14, habla que "en los actos en que se ejerciten algunas de las potestades excepcionales deberá procederse al reconocimiento...", pero más adelante en el mismo numeral las llama estipulaciones al expresar: "pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común..."

De otra parte resulta prudente retraer la afirmación de si el contrato administrativo, es un contrato en toda la acepción jurídica de la palabra. Son actos de formación bilateral que generan obligaciones para ambas partes con sus consecuentes responsabilidades. Tal concepto, no siempre ha sido claro, sobre todo en los tiempos en que el Estado simplemente se encargaba de mantener el orden y proteger la libertad del individuo, según los principios individualistas de la Revolución Francesa, donde el Estado sólo desarrollaba su actividad por actos administrativos, pero cuando el Estado inicia su intervencionismo a finales del siglo XIX, participa de la actividad contractual como un particular, pero obviamente con el reconocimiento de privilegios que pugnaban con los principios del Código Civil, otorgados por razones del interés que movía al Estado y que no era otro que el de la prestación de los servicios públicos para el interés colectivo.

Esos principios hicieron que se dudara si efectivamente el Estado celebraba un contrato o no, pues su voz de imperio regía la relación, dejando al particular, en más de las veces, como un simple espectador de sus decisiones, aunque éstas afectaban su patrimonio. A pesar de ello, el contrato administrativo es un contrato; no son actos unilaterales, aunque durante las distintas etapas que componen la operación contractual, ya sea en la fase precontractual, en la ejecución misma del contrato o en su liquidación, pueda la Entidad emitir actos unilaterales con características individualizantes propias del acto administrativo unilateral, sometidos por tanto al control que la ley prevé para ellos, no sólo en sede administrativa mediante los recursos de reposición y apelación, sino mediante las acciones contenciosas de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, ejercidas con su propia naturaleza dentro de la controversia contractual. (Palacio, 1997)

Con los contratos administrativos, lo cual incluye el de concesión, se persigue el interés general, el bien común, la prestación de un servicio público, por lo cual su desenvolvimiento normal debe ser el cumplimiento del objeto perseguido y sólo terminarse cuando ello haya ocurrido. Esta afirmación extrae de plano la posibilidad de que se pueda terminar en una forma inconsulta por la Administración acudiendo a los mortíferos medios exorbitantes que su calidad le confiere, ordenando la caducidad o la declaración de incumplimiento, o la terminación unilateral, cuando no existan las causales legales o convencionales que la estructuran, medidas que como es normal suponer, sólo se configuran cuando se dan los hechos previstos para ellas. (Hernández, 1994)

Continúa este autor afirmando que la contratación administrativa tiene su principal característica en el desequilibrio de poder en las partes de la relación, que coloca al Estado con toda majestad y ostentación ante su co-contratante, en condiciones de inferioridad, sólo amparado en el leal y ejemplar cumplimiento de sus obligaciones y en la protección derivada del principio de la buena fe que somete a las partes, sean quienes sean en el contrato, al cumplimiento no sólo de lo pactado, sino de todo aquello que es propio de la naturaleza del contrato y que le impide a la parte poderosa escudarse en su omnipotencia para desconocer los legítimos derechos del particular, los cuales garantiza el articulado de la Ley 80 de 1993, asegurándole el equilibrio económico del contrato, que protege el ánimo de lucro que impulsa al contratista y a que los medios que tiene el Estado para el control y dirección del contrato, se ejerzan en forma racional, sin abuso y/o desviación de poder.

Al contrario de lo que ocurría en el régimen del decreto 150 de 1976, del decreto 222 de 1983 y de la doctrina tradicional, en la Ley 80 de 1993 lo que define el contrato (de concesión) estatal no es la estipulación de unas cláusulas determinadas, o la naturaleza del objeto del mismo o la jurisdicción que deba conocer y dirimir los conflictos que se presenten dentro de la actividad contractual, sino el hecho de que una de las partes sea una Entidad estatal de las que se definen en el artículo 2º de dicha ley, siendo el elemento subjetivo el determinante de su naturaleza contractual. (Palacio, 2004)

Pero es importante resaltar que los poderes exorbitantes no buscan siempre sancionar ni servir de medio de retaliación contra el contratista; por el contrario, se dirigen en la mayoría de los casos a enderezar su conducta para que el objeto del contrato se cumpla cabalmente, impidiendo cualquier desviación, o la parálisis del mismo, que afectaría el buen servicio. El poder de control conlleva el de imponer sanciones. El poder de imponer sanciones existe fuera de las disposiciones contractuales, aún en caso de silencio del contrato. (Palacio, 2004)

Continúa la autora señalando que en el régimen de la Ley 80 de 1993, donde no se previó expresamente la imposición de multas, lo que ha dado lugar a que cuestione la facultad de estipularlas o de imponerlas. Pero se debe tener en cuenta que la naturaleza de las multas es la de servir de medio intimidatorio o compulsivo para que el contratista cumpla sus obligaciones oportunamente y no un medio meramente sancionatorio, característica ésta que desdibuja su naturaleza cuando se persigue otro fin diferente, lo cual ha dado lugar a la discusión de su procedencia en los eventos en que ya se ha cumplido el objeto del contrato y no obstante la Administración aplica las multas.

### **Fines de la contratación estatal**

La Ley 80 de 1993 consagra en el artículo 14 que para el cumplimiento de los fines de la contratación, las Entidades estatales al celebrar un contrato:

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

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

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.

La existencia de estas cláusulas asegura al Estado que el contrato pueda llegar a su fin, permitiendo que oriente la interpretación de las cláusulas del mismo para su ejecución, o que las modifique, si fuere necesario y que finalmente lo de por terminado unilateralmente en los eventos en que se presente una de las causales establecidas para ello. Pero igualmente le permite que ante el incumplimiento grave de las obligaciones del contratista, que permiten prever la paralización del contrato, o que éste no se llevará a su fin, pueda declararse la caducidad del mismo, máxima sanción que recibe un contratista y que por lo tanto únicamente puede aplicarse cuando la Entidad deduce que ya no podrá cumplirse con el objeto pactado o que ese incumplimiento impedirá que se termine su ejecución, o cuando su ejecución tardía hace que el fin perseguido con la obra, el suministro, o la prestación del servicio, no servirá a la comunidad, resultando inconveniente.

Sin embargo, el legislador previó el resultado dañoso que puede tener el ejercicio de los poderes que se le confieren a la Entidad para la dirección y control de la contratación, ejercicio que impone el deber de efectuar el reconocimiento de las compensaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar en favor del contratista, y aplicando los mecanismos que permitan ajustar las condiciones y términos del contrato,

con el fin de mantener la ecuación económica contractual, evitando que se afecte el equilibrio económico. (Palacio, 2004)

Viene al caso la previsión del ordinal 7o del artículo 24, que no es más que la aplicación del principio de transparencia, en el cual se establece que los actos administrativos que se expidan en la actividad contractual o con ocasión de ella, salvo los de mero trámite, se motivarán en forma detallada y precisa, para que la Entidad ejerza su función de auto-tutela, sin desviación o abuso de poder, dentro de unos sanos criterios de razonabilidad, sin desconocimiento de los principios que inspiran la función pública, y ante todo para que el particular contratista pueda ejercer los medios de impugnación que la ley le permite. En este sentido, el artículo 14, numeral 1º, inciso 3o, prescribe que 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, de conformidad con el artículo 77 de la misma Ley 80 de 1993. Ese será el momento de que dispone el contratista para hacer valer sus derechos y para que se hagan las compensaciones y reconocimientos a que tenga derecho por la cuota de sacrificio que pone en beneficio del interés general.

El debilitamiento del derecho subjetivo, por lo tanto, es sin duda, fuente de daño económico para el titular, aunque no sea un daño antijurídico ya que no deriva de un acto ilícito, sino de un acto legítimo de la Administración, al menos en tanto ésta use de su poder lesivo dentro de los límites señalados por el Decreto objetivo. Por lo tanto, no se puede hablar de una violación del derecho subjetivo, fuente de una responsabilidad de la Administración, puesto que tales ideas presuponen la ilegalidad de la lesión. (Hernández, 1994)

El citado autor enuncia que este fenómeno es exclusivo del Derecho público, aunque en él se produzca más frecuentemente dada la supremacía de la Administración pública para la realización de intereses públicos, realización que puede exigir la lesión de intereses tutelados, es decir, la desaparición de la garantía legalmente ofrecida de utilidades sustanciales aptas para la satisfacción de los intereses lesionados. Noción de sacrificio que

se contrapone, de un lado, a la de limitación (por tratarse de lesión de intereses y derechos concretos y no de comprensión general y abstracta de derechos por vía normativa) y de otro lado a la de violación del derecho, ya que se trata de una lesión inferida iure. El sacrificio de derechos subjetivos privados puede asumir formas y contenidos diversos. Por otra parte, no todos los derechos pueden ser sometidos a un sacrificio, aunque sea por interés público. Existen derechos tan íntimamente unidos a la personalidad humana que su sacrificio constituiría una anulación de dicha personalidad.

Una cosa es el ánimo de privatizar todas las empresas estatales y otra cosa es que por parecerse a los particulares, se olvide que la Administración es el juez de la conveniencia y de la oportunidad y que en razón del interés colectivo, tiene que tener el control de la contratación que mira a los servicios públicos y al bien general de la comunidad. No cabe duda que las cláusulas excepcionales son el mejor mecanismo de control y dirección de que dispone la Entidad para que el contrato sea ejecutado en la forma en que se ha convenido, tanto técnicamente como en el tiempo, y despojar de esas herramientas a la Entidad, es permitir que prime el interés particular sobre el colectivo.

Pero la no estipulación de las cláusulas excepcionales, o mejor, el uso de las potestades excepcionales en la contratación, por el fenómeno de la iusprivatización del derecho administrativo, tiende a ser la regla en Colombia, pues de acuerdo con lo dicho, se excluyeron de los contratos de servicios públicos domiciliarios, que comprenden la mayoría de las obras que se ejecutan en nuestro medio. (Parra, 1994)

Ahora que las cláusulas presuntas, es la expresión de que no son propiamente cláusulas de un contrato, sino verdaderos poderes de la administración, que surgen en virtud de su naturaleza administrativa y no de la consagración contractual, de ahí que el artículo 14 exprese que en los eventos que allí se disponen, se entenderán incluidos, aunque las partes no lo hayan dicho expresamente. Ese poder que ostenta la Entidad en el contrato lo tiene por cuanto lo exige el interés público, el cual está por encima del interés individual, sin considerar que los privilegios de la Entidad, están sometidos a la libre expresión de las partes en el contrato por determinación de la autonomía de la voluntad,



sería desplazar el manejo del interés general al campo de la conveniencia particular en un contrato de concesión, lo cual es ilógico frente a la naturaleza y finalidad del Estado.

(Parra, 1994)

No obstante, cuando se utilicen estos poderes por la Administración, el contratista debe ser oído permitiéndole ejercer el recurso de reposición (no procede doble instancia) contra la decisión o la impugnación judicial, si fuere el caso, (art. 77), y si de ellos resultare afectado, salvo en el caso de la caducidad, se le indemnizará o se le restablecerá la ecuación económica contractual, mediante el reconocimiento de las compensaciones a que haya lugar y las indemnizaciones pertinentes.

Así mismo el asunto adquiere mayor importancia si se observa desde la perspectiva del artículo 24, en el ordinal 8o. a cuyos términos: "Las autoridades no actuarán con desviación o abuso de poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la Ley". Norma que se complementa, aunque se esté haciendo alusión a elementos diversos del acto administrativo, con el ordinal primero de ese mismo artículo que manda: "Los actos administrativos que se expidan en la actividad contractual o con ocasión de ella, salvo los de mero trámite, se motivarán en forma detallada y precisa...".

Resulta imprescindible, por consiguiente, descubrir con exactitud la finalidad legal para el otorgamiento de una prerrogativa estatal con el objeto de no incurrir en una desviación de poder que, amén de la anulación, acarrearía seguramente el compromiso patrimonial de la entidad pública. (Parra, 1994)

### **Cláusulas exorbitantes y tipos de Estado**

En primer término las cláusulas exorbitantes, llamadas en la nueva normativa potestades de excepción, dependen en su concepción y orientación del tipo de Estado en el que se apliquen. En efecto, no es lo mismo su alcance y desarrollo en un Estado de corte monopólico público, como el que nos caracterizó bajo la Constitución de 1886, a lo que es y debe ser bajo el Estado competitivo propio de la Constitución de 1991. La contratación

pública no es un conjunto de normas que regulan el trámite para la adquisición de bienes, servicios y obras que requiere el Estado para su funcionamiento y el servicio del colectivo, sino un estatuto armónico y medular que determina la manera como han de vincularse los sectores público y privado a los proyectos realizados a través de la inversión pública.

(Parra, 1994)

En un régimen monopolístico público o un Estado de este corte, es lógico que la normativa que lo rija, especialmente en lo que hace a su forma de contratar, busque la preservación del monopolio público a través, de fuertes exorbitancias, privilegios estatales y estrictos controles previos, perceptivos y posteriores; rigurosos trámites y formalidades; profusa y puntual reglamentación; así como la regulación completa de la contratación pública con mayor autonomía frente a las reglas ordinarias civiles y comerciales.

Por su parte, la Constitución Política de 1991 avanzó de manera importante en temas como la desregulación; globalización: desmonopolización, y principalmente la libre competencia y competencia entre el Estado y los particulares, especialmente en cuanto a servicios públicos se refiere. De un Estado monopolístico pasamos a uno de corte competitivo, con amplia participación privada en el manejo de la riqueza, la explotación, gestión y titularidad de los servicios públicos. El artículo 333 de la Constitución, al establecer que la competencia es un derecho de todos, establece nuevas reglas de juego en cuanto al modelo y accionar del Estado se refiere, lo que, sin lugar a equívocos, impacta directamente la contratación estatal como herramienta para el logro de sus fines, máxime si se complementa con lo estipulado en los artículos 365 y 209 superiores. (Palacio, 2004)

En efecto, ante la necesidad estatal de competir en condiciones de igualdad con los particulares, fue menester estructurar una ley que imprimiese una nueva dinámica a la contratación estatal, buscando la eficiencia en su gestión, pero garantizando la moralidad en la función administrativa, su transparencia, publicidad, economía y la consecuente responsabilidad de sus servidores, sin olvidar con ello el primordial logro del beneficio general. El artículo 13 de la Ley 80 de 1993 es bien representativo de este cambio en el papel del Estado y por tanto en su regulación contractual. Es claro que a un Estado

monopólico corresponden normas que lo privilegian, lo exorbitan, lo regulan y reglamentan minuciosamente, estableciéndole formalidades y rígidas competencias, todo ello fundado en una supuesta autonomía del derecho administrativo y la contratación pública, que llevó necesariamente a regulaciones marcadamente administrativas y condujo incluso, a algunos, a sostener en este campo, la existencia de verdaderos contratos de adhesión. (Palacio, 2004)

Frente a la necesidad de armonizar la contratación pública con la nueva orientación y mandatos constitucionales, aparece el citado artículo 13 de la Ley 80 de 1993, en el que se indica claramente, que el régimen aplicable a los contratos estatales, unificados en su concepto, es el propio del derecho civil y comercial, vale decir, el mismo que rige la contratación entre particulares con quienes ha de competir, como ya se explicó, sin olvidar con ello que el contratante público busca exclusivamente la satisfacción del interés colectivo y ello conduce, en casos "excepcionales", a la posibilidad de utilizar ciertas potestades, no contempladas en el derecho común. Sin embargo la autonomía de la voluntad como pilar esencial de los contratos de concesión se recupera para la actividad contractual estatal, que se desregula de manera drástica, dando cabida a que los acuerdos entre las partes, legalmente celebrados, sean de obligatorio cumplimiento, salvo aquellos aspectos expresamente regulados por la Ley 80 de 1993, entre los cuales se encuentra precisamente el relativo a las "potestades excepcionales", llamadas en el anterior estatuto "cláusulas exorbitantes". Esta modificación de expresiones no es simplemente semántica y formal, sino derivada de la nueva orientación del papel del Estado, dada por la Constitución de 1991, que se erige como constitucionalista, pluralista, democrático, social y de derecho. (Palacio, 2000)

Así mismo, señala esta autora que no se debe perder de vista que la "unilateralidad" y la "exorbitancia" no son términos sinónimos. Todo lo exorbitante es unilateral, pero no todo lo unilateral es exorbitante. La unilateralidad puede ser pactada entre las partes, incluso entre particulares que así lo deseen. Las multas y la cláusula penal pecuniaria pueden ser objeto de pacto interpartes, e incluso las primeras; deducibles directamente de sumas que le adeude el multado a su contratista acreedor, pero jamás podrán ser objeto de

decisión y cobro exorbitante unilateral, proveniente de un acto propio que tenga la calidad de ejecutivo y ejecutorio, cuando no existe conformidad del obligado a su pago. En este caso necesariamente habrá de acudir al juez del contrato.

La exorbitancia entonces, dentro del contexto analizado, proviene de la ley y no de la voluntad de los implicados, pues el imperio de una de las partes, acompañado de jurisdicción, competencia y decisión previa obligatoria sobre la otra, no puede provenir de la autonomía de un pacto, sino de expresa habilitación legal. No obstante surgen equívocos graves que parecen haber tenido eco en los proyectos de ley de modificación del Estatuto Contractual, especialmente en el 06/03 de iniciativa parlamentaria, que recoge en buena medida las potestades excepcionales consagradas en la ley "con el exclusivo objeto de evitar la paralización o afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación de los mismos", a tenor de lo expresamente consagrado en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993. En tal virtud, no cabe duda de que la razón de ser de estas cláusulas de excepción, no es la de facultar a quien las tiene para sancionar al contratista. Este no es su propósito, no obstante, en algunos casos, sea una de sus consecuencias, pero definitivamente no la principal, que es sin duda la de buscar el idóneo desarrollo de la finalidad perseguida con el contrato. (Parra, 1994)

Ahora bien, la función del juez contencioso no puede ser invadida por la administración, ni convertirla en autoridad con capacidad de juzgar incumplimientos contractuales, ni dar satisfacción a pretensiones económicas o indemnizatorias de la entidad. El papel de la administración es asegurar la finalidad misma perseguida con el objeto contratado y no necesariamente la del contrato mismo, por paradójica que esta afirmación parezca. En otras palabras, lo importante no es el contrato per se, sino la finalidad de interés colectivo que con él se persigue, y lo que la administración debe garantizar es que se logre en últimas la satisfacción del colectivo. (Hernández, 1994)

De otra parte se debe tener en cuenta la que es inadecuada la redacción de establecer que las cláusulas excepcionales al derecho común serán de pacto "obligatorio", "potestativo" o "prohibido", según el tipo de contrato de que se trate. Serán de pacto

obligatorio 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. Su pacto será "potestativo" en los contratos de suministro y de prestación de servicios. En tanto que en los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos; en los de donación, arrendamiento, empréstito, y en los que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las indicadas en el numeral segundo de la Ley 80 de 1993 o que tengan por objeto el directo desarrollo de actividades tecnológicas o científicas, así como en los contratos de seguros tomados por la entidad estatal, está "prohibido" el pacto y la utilización de cláusulas excepcionales, desconociéndose frente a este planteamiento que en principio parece preciso, adolece de un gran vacío que no puede ser llenado sino a partir de una interpretación armónica y sistemática de la Constitución y el nuevo papel del Estado, así como de la ley y su claro espíritu competitivo, desregulatorio y de autonomía de la voluntad, en la búsqueda de la eficiencia en la gestión contractual. (Palacio, 2004)

Continúa esta autora señalando que frente a los contratos de orden estatal que no se encuentran señalados en la ley para los efectos del Art.14 Ley 80 de 1993, nos conduce necesariamente a sacar conclusiones a la luz de la Constitución y del espíritu de la citada norma (Art.13) y su pilar fundamental, la autonomía de la voluntad y la excepcionalidad de las cláusulas exorbitantes. Esto adquiere mayor relevancia si tenemos en cuenta el principio de legalidad, propio de nuestro derecho público, y su principal consecuencia, la presunción de legalidad.

Las potestades exorbitantes, en un análisis más puntual del texto de la reforma, contradice la "excepcionalidad" de dichas cláusulas, convirtiéndolas en regla general, y desconociendo la preferente aplicación del derecho común (Art.13, Ley 80) y de la autonomía de la voluntad consagradas en la ley de contratos, en desarrollo de claros mandatos constitucionales que señalaron el nuevo papel competitivo del Estado en 1991, puesto que las consagraciones contenidas en los proyectos de modificación a la Ley 80 de

1993 son más amplias a favor del Estado en cuanto a exorbitancias se refiere, y rebasan significativamente incluso lo consagrado en el Decreto Ley 222/86, estatuto que correspondía a un Estado de corte monopolice. (Palacio, 2004)

Nunca se había planteado en Colombia una normatividad contractual que privilegiara de manera tan definitiva la posición estatal frente a su contratante privado, situación que no encuentra ninguna justificación, ni desde el punto de vista fáctico y de gestión, ni mucho menos desde el normativo, pues atenta contra la nueva orientación constitucional del Estado que pretende imprimirle una especial dinámica a la inversión pública, poniéndola a tono con principios como la eficiencia, moralidad, transparencia, eficacia administrativa, y rescatando para su contratación el principio de la normatividad de los actos jurídicos, lo cual implica que el acuerdo entre las partes y la autonomía de sus pactos debe ser de obligatorio cumplimiento (Código Civil y de Comercio - Art. 13, Ley 80/93). Toda actuación diversa impondría necesariamente un cambio constitucional para regresar a un modelo monopólico de Estado, sin perjuicio obviamente de los temas relacionados con procedimientos, inhabilidades y potestades de excepción, que pertenecen, en razón del interés general, al ámbito exclusivo del derecho público. (Palacio, 2004)

No se puede 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, generando los peores y más dañinos problemas de inversión estatal, superando incluso la propia situación de orden público y de conflicto interno del país (Colombia). (Hernández, 1994)

Por ser nuestro ordenamiento jurídico administrativo de marcada influencia francesa, y ser allí donde se ha desarrollado la teoría clásica de la noción de cláusula exorbitante, es por lo que entre nosotros ha ganado mucho terreno en la especificación de

los contratos estatales para el estado colombiano; lo que conlleva a que el acuerdo de voluntades que caracteriza a las cláusulas del contrato, desaparece en el caso de las cláusulas excepcionales de los contratos de concesión administrativa, en la medida en que el mandato legal hace obligatoria su inclusión, perdiendo así la disponibilidad que tienen las partes sobre las misma, ya que se encuentran previstas en norma expresa, y se determinan con anterioridad al citado contrato. (Benavides, 2004)

Las facultades otorgadas al Estado dejan ver un claro antecedente de las denominadas cláusulas exorbitantes que conocemos actualmente en la medida del otorgamiento de prerrogativas especiales a una de las partes del contrato, como es la Administración, para tomar ciertas decisiones que no son comunes al derecho de los contratos entre particulares; prerrogativas que no solo dependían de la voluntad de las partes del mismo, sino de la voluntad del legislador, en la medida en que las otorgaba a la Administración. (Villar & Villar, 1984).

Las prerrogativas que le asisten a la Administración y que se reflejan en las cláusulas exorbitantes dejan ver el claro plano de desigualdad que dentro de la contratación administrativa se presenta entre las partes que intervienen en el contrato; situación extraña a los contratos celebrados entre particulares, donde, por el contrario, lo que impera es un plano de igualdad entre las partes contratantes. Pero esa desigualdad que se presenta en el contrato administrativo se justifica por el fin de interés general que comporta el contrato administrativo, ya que lo que se persigue con el mismo es el cumplimiento de los fines generales del Estado y los fines particulares de la entidad pública que celebra el contrato. (Bocanegra, 2005).

Continúa esta autor señalando que, la noción de cláusula exorbitante, si bien es cierto que ha sido de constante consagración dentro del ordenamiento jurídico español, no constituye un criterio exclusivo identificador del contrato administrativo, ya que al ser la misma expresión de prerrogativas públicas que goza la Administración, estas no hacen administrativo al contrato o lo que es lo mismo, no le dan el carácter administrativo sino que, por el contrario, el carácter de administrativo del contrato (incluido el de concesión)

celebrado por la Administración es lo que permite la inclusión de estas cláusulas exorbitantes; es decir, que el contrato administrativo no proviene de la cláusula exorbitante, por la sencilla razón de que, al ser las cláusulas exorbitantes expresión de las prerrogativas que goza la Administración, estas son consagradas previamente por la ley y no penden únicamente de la voluntad de las partes en el contrato.

Las cláusulas exorbitantes constituyen la expresión de prerrogativas que por mandato legal se otorgan a la Administración, lo que hace que el principio de igualdad que caracteriza los contratos privados se rompa y que se le otorgue a las entidades públicas contratantes privilegios que le permiten desarrollar ciertas actuaciones unilaterales, con la potestad de hacerlas cumplir oficiosamente, es decir, sin necesidad de acudir a la jurisdicción contencioso administrativa, amparada en el principio de la ejecución oficiosa de los actos administrativo. (Herrera, 2005)

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define la cláusula como “las disposiciones de un contrato”. Definición que nos permite decir, que las cláusulas constituyen acuerdos entre las partes que intervienen en un contrato; acuerdos que están determinados por la autonomía de la voluntad, en la medida en que dependen del consenso para ser incluidas. Así las cosas, el acuerdo voluntario es lo que determina la existencia de una cláusula en un contrato; pero ese acuerdo, en principio, se expresa fundamentalmente, en los contratos entre particulares, donde prima el principio de igualdad de las partes contratantes. (Diez, 1965)

### **La incorporación presunta de cláusulas exorbitantes**

En el sentido que sea la Administración la que determina la inclusión de todas las cláusulas en esta clase de contratos, nuestro estatuto de contratación dispone que en alguna clase de contratos, si determinadas cláusulas exorbitantes no se incluyen en el contrato, se consideran incorporadas al mismo, lo que determina que sea el mandato de la ley, y no la voluntad de las partes, la que hace que formen parte del contrato administrativo (se incluye



el de concesión); de lo cual se deduce que en los contratos administrativos existen dos clases de cláusulas: las que provienen del acuerdo de las partes y las que se derivan de la ley, en la medida que obligan a su inclusión en el contrato; las primeras son las típicas cláusulas contractuales, ya que su naturaleza está determinada por la voluntariedad de quienes intervienen en el contrato administrativo y que están referidas principalmente al objeto del contrato y a la ejecución del mismo y las segundas se determinan por las potestades de la Administración; que si tenemos en cuenta, y como lo hemos afirmado, dependen de la ley, por lo que en estricto sentido no constituirían cláusulas del contrato, sino requisitos del mismo. (Bercaitz, 1980)

La jurisprudencia de nuestra Corte Constitucional (Sentencia T-569 de 1968), al referirse a las cláusulas exorbitantes de los contratos de la Administración, las ha concebido como un poder de la misma, que se desarrolla dentro del contrato. El Consejo de Estado colombiano (Expedientes 1995/ 7757 - 1996/9560 Sección 3ª, MP Juan de Dios Montes y Jesús María Carrillo), a su turno, ha tenido un criterio de la cláusula exorbitante, como prerrogativa de la Administración durante la vigencia del contrato; pero, en otros eventos ha hecho alusión a que se trata de poderes de la Administración, para ser ejercidos en la ejecución del contrato (concesión estatal). Es importante resaltar que el máximo órgano de la jurisdicción contencioso administrativa le da la denominación de cláusulas excepcionales, con fundamento en que el actual estatuto contractual así lo determina, distinguiéndolas, además, de las denominadas cláusulas de privilegio que, aunque le otorgan a la Administración algunas ventajas, no son absolutamente extrañas al derecho privado, como se podría tratar de la cláusula de reversión, pero atribuyéndole, eso sí, a las cláusulas excepcionales la naturaleza de potestades. (Solano, 1997)

Continúa este autor señalando que, tanto el criterio de la doctrina como el de la jurisprudencia, de una u otra forma, cuando se refiere a las cláusulas exorbitantes, hace relación a potestades o prerrogativas de la Administración en la ejecución de los contratos, en ejercicio de su poder de imperio; es decir, en ejercicio del poder público que le asiste, debido a que, cuando una entidad pública celebra un contrato, lo que busca es el cumplimiento de los fines del Estado y de la propia entidad; lo cual implica intereses de

carácter general, en la medida que los fines estatales pretenden el bienestar de la comunidad.

Así las cosas, hay que decir que a las cláusulas exorbitantes, dentro de nuestro ordenamiento jurídico, se las ha identificado con potestades (dominio, poder, jurisdicción o facultad que se tiene sobre algo - RAE) que goza la Administración dentro de la actividad contractual y que se expresan dentro de las estipulaciones del contrato administrativo; pero, habrá que determinar si esas estipulaciones determinan la existencia de las prerrogativas o potestades de la Administración, o por el contrario, estas no dependen del contrato. (Solano, 1997)

La consagración de cláusulas excepcionales dentro del contrato administrativo o estatal (incluido el de concesión), en los términos del artículo 14 de la ley 80 de 1993, permite decir que, más que cláusulas exorbitantes o excepcionales, se trata de **potestades o prerrogativas previas al contrato estatal**, en la medida que son establecidas con anterioridad al mismo por una norma legal y que si no se incluyen, se consideran pactadas, así la misma norma diga que existe un poder facultativo de pactarlas o no, dentro de los contratos de prestación de servicios y los de suministro; si hacemos una interpretación sistemática de la norma, podemos decir que la posibilidad de pactar las cláusulas excepcionales en los contratos de prestación de servicios y de suministros podría convertirse en obligatoria, cuando, a renglón seguido, el propio artículo 14 de la ley 80 de 1993, sin hacer distinción alguna de contratos, hace referencia a que en los casos previstos en el numeral segundo, las cláusulas se consideran pactadas, así no se consignan expresamente; lo que determinaría que no es la voluntad de las partes del contrato de concesión estatal, la que hace existir prerrogativas o potestades a favor de la Administración, sino la propia ley. (Escobar, 2003)

Un análisis acucioso de la norma (Ley 80 de 1993) permite afirmar que dentro de nuestro ordenamiento, no existen cláusulas excepcionales o exorbitantes, sino potestades o prerrogativas de la Administración dentro de la actividad contractual, que le determinan una situación de privilegio frente al administrado parte en el contrato, el cual se justifica

por los fines de interés general que se persiguen con la contratación estatal; argumentación que se puede reafirmar cuando el Consejo de Estado, se refiere a potestades excepcionales de la Administración previstas en el ordenamiento jurídico. (Consejo de Estado Colombia, Sala de Consulta. Expediente 1293 de 2000)

El ordenamiento jurídico colombiano, en lo que refiere a las cláusulas exorbitantes o excepcionales, ha determinado una supuesta consagración legal de las mismas en la medida que ha pretendido hacer una inclusión expresa de tales cláusulas en el estatuto contractual; pero al ser establecidas por la ley de contratación, lo que hace es asignar prerrogativas a favor de las entidades públicas, desvirtuando la naturaleza propia de lo que se conoce como cláusulas de un contrato. (Rivero, 2001)

El acuerdo de voluntades que caracteriza las cláusulas en los contratos, cuando se trata de las denominadas cláusulas exorbitantes, se sustituye por prerrogativas de la Administración pública, en donde se le otorgan facultades unilaterales que, referidas a la contratación administrativa, le permiten tomar decisiones sin necesidad de acudir a la jurisdicción, con el fin de hacer valer algún derecho. Por lo que resulta prudente decir que el concepto de cláusula exorbitante o excepcional en el derecho colombiano, en realidad, se sustituye por el otorgamiento de poderes excepcionales a la Administración, que determinan un plano de desigualdad superior de la misma frente a los contratistas en el proceso administrativo de contratación. (Herrera, 2005)

## **Conclusiones**

En atención a los resultados obtenidos previa verificación, interpretación y análisis del asunto objeto de estudio, conforme a la problemática atendida, se obtuvieron las siguientes deducciones, así:

En efecto las cláusulas excepcionales forman parte de la estructura de algunos contratos de orden estatal, y dentro de estas se ubica la cláusula de reversión, que igualmente aplica en contratos de explotación o concesión de bienes estatales. No obstante

los principios rectores que conllevan a la existencia de los contratos, propenden por la voluntad de las partes o el “pacto” de partes (acordar de manera bilateral algo entre dos o más personas o entidades, obligándose mutuamente a su observancia), situación que resulta cercenadora de los derechos del contratista, cuando la misma se considera pactada, incluso sin consignación expresa, dejando entrever que el contratante se sobrepone respecto del contratista en atención a estas prerrogativas, que carecen de la voluntad de partes, situación igualmente lesiva al principio de legalidad e igualdad, con relación a las obligaciones contraídas en el Estado y los particulares.

Así las cosas, lo que existe realmente no es una reversión como cláusula excepcional, sino potestades de la administración que se imponen por el imperio de la ley, más no del contrato, y menos por voluntad de partes.

Esta inclusión forzosa y carente de voluntad, desdibuja y se desliga de la calidad de cláusula, encajando más exactamente en lo ya expuesto (prerrogativa administrativa); pues no es un secreto que las obligaciones entre partes, y ello incluye la contratación estatal, existe la acaesencia y el cumplimiento a los principios de transparencia, economía y responsabilidad propios de la función administrativa del Estado, sin dejar de lado el debido proceso, la igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad de los mismos.

Para el caso de los contratos de concesión se entiende que por reversión el contratista es literalmente obligado a transmitir el dominio de los bienes de ejecución del contrato al contratante; lo faculta para disponer de su propiedad, presuntamente para mantener el equilibrio contractual. Si bien la reversión en los contratos de concesión y explotación de bienes estatales se halla inmersa en las licitaciones de adjudicación, hace parte de las condiciones de dichos contratos, pero no debe entenderse esta como una expresión de partes, toda vez que no se garantiza la bilateralidad ni la voluntad de las mismas. Basta retomar nuestro ordenamiento civil colombiano, que para efectos de contratos los sopesa en la buena fe y la igualdad de condiciones. Se trata entonces de una

inclusión unilateral de orden legal que vicia la imparcialidad que debe reinar en este tipo de contratos.

Esta prerrogativa a manera de cláusula con orientación exorbitante, constituye una potestad del monopolio estatal que opera por presunción legal, sopesada en garantía a los principios de eficiencia, transparencia y economía, que acompañan este tipo de contratos. Así las cosas, estas “presuntas” cláusulas son en realidad verdaderos poderes de la administración, que surgen en virtud de su naturaleza administrativa y no de la consagración contractual, y que se materializa en el contrato como medio de dirección y control en procura de los fines perseguidos, respecto de una adecuada, oportuna y eficiente garantía de los derechos de los administrados, que obviamente son de interés público, junto con sus actividades conexas. Por lo que no es dable aceptar que los privilegios de la entidad estatal contratante se encuentren sometidos a la libre expresión de las partes en el contrato por determinación de la autonomía de la voluntad; esto equivale a desplazar el manejo del interés general al campo de la conveniencia particular en el asunto contratado, lo que resulta ilógico frente a la naturaleza y fines sobre los cuales se erige el Estado colombiano.

Ahora bien, este tipo de cláusulas (exorbitantes) se conciben, orientan y subsisten de conformidad con el modelo y tipo de Estado en el que se aplican, por lo que no procede igual en uno de tipo monopólico público que se caracterizaba en Colombia conforme a la constitución de 1886, por la concentración del capital económico de particulares con la fuerza del poder del Estado, dando origen a un sistema capitalista, y con ello la existencia de monopolios que utilizan para su propio interés la intervención del Estado en la vida económica del país, y colocan a su propio servicio el aparato del poder estatal, llegando a convertir en propiedad del Estado determinadas empresas o ramas de producción y creando empresas nuevas por cuenta del presupuesto estatal, propio de la burguesía aristocrática.

Lo anterior difiere en absoluto de un Estado de tipo competitivo y estructurado en la democracia, la parte social y el derecho, propio del sistema actual colombiano, de conformidad con la carta política de 1991, caracterizado por la capacidad de generar

oportuna y adecuada satisfacción de necesidades a los consumidores, con base en un precio menor respecto de una calidad favorable, resultando esto atractivo para el talento y la inversión, favoreciendo mayor productividad y bienestar para sus habitantes, puesto que se genera riqueza y crecimiento económico, aunado a un clima de negocios propicios con más y mejores empleos y niveles de vida, con mano de obra barata para la población.

De otra parte, la contratación pública no es camisa de fuerza en el conjunto de normas que regulan el trámite para la adquisición de bienes, servicios y obras que requiere el Estado para su funcionamiento y el servicio de la colectividad, convirtiéndose en herramienta idónea para la orientación y logro de los cometidos estatales, como igual para incorporar diversos agentes económicos al desarrollo y movimiento de la riqueza en el país, es por ello que emerge como columna vertebral y principal instrumento en la gestión pública.

Supera así el país un manejo exclusivo y excluyente de servicios y explotación de recursos que no possibilitaba la participación directa, libre y competitiva con los particulares, en donde primaban privilegios estatales y controles previos y posteriores, además de trámites rigurosos y formalidades profusas acompañadas de mayor autonomía respecto de las reglas ordinarias en materia civil y comercial; situación que no aplica para el Estado actual colombiano, puesto que en este prevalecen los privilegios frente a los particulares contratistas, sopesados en la desregulación, globalización, desmonopolización y la libre competencia y competencia entre el Estado y los particulares, lo que conlleva a una amplia participación privada, acompañada de garantismos y derechos reconocidos.

Es así como nuestro modelo de Estado establece desde la carta política (Arts. 13, 333, 365 y 209 C.N.) que la competencia es un derecho de todos, lo cual impacta necesariamente a la contratación estatal en igualdad de condiciones y en procura del beneficio general, situación que transforma el Estado monopólico en el competitivo actual.

De lo anterior se deduce, en consonancia con el Artículo 13 de la Ley 80 de 1993, que el régimen aplicable a los contratos estatales, todos ellos unificados en su concepto, es

el propio del derecho civil y comercial, y que prima respecto de cualquier otro ordenamiento que le resulte contrario, situación que rige y se mantiene igual para la contratación entre particulares.

Esto reafirma que el imperio de una de las partes, acompañado de jurisdicción, competencia y decisión previa obligatoria sobre la otra parte, no puede provenir de la autonomía de un pacto, sino de expresa habilitación legal, que por igual debe atender en debida forma los contenidos constitucionales y con ello al bloque de constitucionalidad, que por igual regula para Colombia su espíritu competitivo, desregulatorio y garante de la autonomía de voluntad, en búsqueda de la eficiencia en la gestión contractual.

Es de esta manera como se logra atender en debida forma el principio de legalidad que rige en nuestro derecho público, con su principal consecuencia, la presunción de legalidad y aunado a ello la buena fe constitucional, la cual se presume en todas las gestiones que estos adelanten.

Resulta prudente retomar que todo contrato conlleva un acuerdo de voluntades entre dos o más personas con capacidad de obligarse, ya sean estas naturales o jurídicas, y que se obligan en virtud del mismo, regulando sus relaciones a una determinada finalidad y cumplimiento, obligándose de manera recíproca a través de descripciones claras y precisas que establecen los términos y condiciones implícitos que rigen dicho contrato, y este trae inmerso el reconocimiento de los derechos a la igualdad y la voluntad, entre otros.

La cláusula exorbitante que traduce salirse de la órbita, y la reversión, que conlleva volver a la propiedad que tuvo antes, o pasar a un nuevo dueño dentro de los contratos de concesión celebrados entre las entidades estatales y los particulares para la prestación, operación, explotación, organización o gestión de un servicio u obra, es el concesionario quien asume los riesgos del éxito o fracaso de su gestión; de ahí que actúa por cuenta y riesgo propio.

En la contratación estatal con los particulares se mantiene el principio de bilateralidad, igualmente presente en todo tipo de contratos, y sus cláusulas integrales deben ser específicas, ultractivas, inmersas y ciertas, formando parte del contrato en pleno e igual uso de facultades con antelación a la firma del mismo, atendiendo los intereses de quienes allí se obligan, junto con las reglas contractuales que lo rigen, en consideración a los fines y principios del mismo y de conformidad con los mandatos de igualdad, legalidad, voluntad y buena fe, entre otros, necesarios para las prestaciones y derechos que caracterizan este tipo de contratos, igualmente llamados conmutativos.

De otra parte se percibe en la imposición de la reversión como cláusula, que esta actúa en contra de la voluntad del contratista, al no favorecer la creación simple y pura del vínculo jurídico que da origen a la mutación de su soberanía como parte de la doctrina del negocio jurídico para su validez, sopesado en la autonomía privada de quien se obliga, para la aceptación, creación, modificación o extinción de sus relaciones jurídicas, y como poder y facultad para decidir y obligarse en derecho; de ahí que sea la voluntad de las partes la que determine el contenido y la validez del contrato, por llevar inmersa la libertad y la intención de obligarse, de conformidad con el principio de igualdad que asegure a todos los que concurran recibir el mismo tratamiento en su intervención y que sea valorada a la luz de las normas que rigen la actuación y bajo los mismo criterios, en el entendido que la igualdad es también uno de los pilares sobre los que se funda el Estado colombiano, y es un valor y un derecho fundamental que apunta a la realización de las condiciones básicas que deben asistir a toda persona de la naturaleza humana. De ahí que proscriba los tratos discriminatorios y exija intervención del Estado en procura de su garantía.

Lo anterior conlleva a que el contratista posee igualmente el derecho a que se le mantenga el equilibrio financiero y las condiciones dadas en el ordenamiento constitucional, civil y comercial que le permita preservar las condiciones de provecho entorno a las cuales celebró el convenio, y que en dichos contratos solo se incluyan, conforme a su esencia y naturaleza, las cláusulas o estipulaciones que la partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la constitución y a la ley.



Se observa que frente a la presunta cláusula de reversión impuesta por la ley en favor del Estado, no confiere a una de las partes (contratista) el ejercicio de la libertad contractual y la autonomía de la voluntad, sobreponiéndose de manera inquisitiva por el organismo estatal, respecto de un contratista “espectador” colocado en condiciones de inferioridad respecto del contratante estatal, escudándose en su omnipotencia para desconocer los legítimos derechos del particular, en donde se prevé un Estado que ejerza la dirección y el control de manera racional, sin abuso ni desviación de poder, y asegurando el equilibrio económico y demás derechos que le asisten al contratista.

Así las cosas, se entiende que las cláusulas de reversión presuntas no son propiamente cláusulas de un contrato, sino poderes potestativos de la administración que surgen en virtud de su naturaleza administrativa y no de la consagración contractual, desdibujando con ello la razón de ser y existir como cláusulas contractuales de tipo estatal, que a su vez, sin justificación ni fundamentación alguna, arremeten en contra de preceptos normativos que se contienen en la nueva orientación constitucional del Estado, en donde se propende por imprimirle una especial dinámica a la inversión pública, lo que implica el acuerdo entre partes y la autonomía de sus pactos, lo cual depende del consenso para su inclusión, en el entendido que las cláusulas de un contrato, cualquiera que este sea, no operan de manera unilateral ni existen con anterioridad a la manifestación expresa, clara, consciente y voluntaria del contratista, es decir, a la existencia del contrato estatal.

De esta forma se concluye enunciando que este tipo de contratos se rigen de manera obligada por el Código Civil y Código de Comercio, de conformidad con el Artículo 13 de la Ley 80 de 1993, y que es el acuerdo voluntario de partes lo que determina la existencia de una cláusula dentro de un contrato, y en caso contrario procede la negación de su existencia, como ocurre para el caso aquí objeto de investigación.

### **Recomendaciones**

Se considera prudente atender las siguientes sugerencias:

Debe primar las condiciones de un Estado competitivo, desregularizado, globalizado y desmonopolizado en su contratación, sin entrar en choque normativo y legal, respecto de las normas del Código Civil y de Comercio y con relación a la subordinación y sometimiento del contratista.

Superar la inseguridad jurídica que se genera con las estructuras legales de contratación administrativa y las normas que rigen la contratación entre particulares, de conformidad con nuestra carta política y demás normas que por convenio, tratado o acuerdo internacional rijan para nuestro país en esta materia, con especial énfasis en derechos humanos.

Revisar en contexto y a conciencia, bajo los parámetros de eficiencia y eficacia, en un balance de satisfacción del interés general, conforme a costo y beneficio que ha tenido el país a través de la utilización de la presunta cláusula exorbitante de reversión.

Verificar y retroalimentar la aplicación del Estatuto de contratación estatal respecto del Decreto 2655 de 1988 con énfasis en el Art. 60 (de los recursos naturales), en donde se señala que la reversión no aplica para los contratos de explotación minera en mediana o pequeña escala por disponer de regulación propia.

Se recomienda igualmente que frente al uso y materialización de los poderes exorbitantes de la administración se garantice al contratista el derecho a ser oído en el ejercicio de recurso de reposición en contra de decisiones taxativas o impugnaciones judiciales, cuando fuere el caso, e incluso reconocer el derecho a la indemnización que reconozca la ecuación económica contractual de las compensaciones a que haya lugar.

Se recalca que por tratarse de una estructura constitucionalista, pluralista, democrática, social y de derecho, debe primar en el país un Estatuto armónico y medular que determine la manera como han de vincularse los sectores público y privado a los proyectos realizados a través de la inversión pública, orientado siempre conforme a los fines esenciales del Estado.

Tener en cuenta que el imperio del Estado en la imposición de exorbitancia lo ubica en una superioridad jurídica en sus relaciones contractuales, lo cual resulta ajeno y contrario a las previsiones del derecho común y a la autonomía de la voluntad de quien se obliga (contratista) y que son bases esenciales contenidas en la Ley 80 de 1993, en donde se desarrollan mandatos constitucionales.

Propender por la inclusión normativa de principios de interpretación y modificación unilateral, que conlleven a la declaratoria unilateral exorbitante, como igual la exigencia a la entidad pública contratante del fundamento y sustento que conlleva a la necesidad de inclusión de este tipo de cláusulas (exorbitantes), más aun cuando se propende evitar la paralización o afectación grave del servicio que se pretende satisfacer con el objeto contratado.

Favorecer la armonía que debe prevalecer en la contratación estatal y el principio de autonomía de la voluntad con las normas del Código Civil y el Código de Comercio, respecto de las que difieren o contradicen abiertamente estas orientaciones o que fundamentan la generalización de la exorbitancia pública, y por ende la subordinación total del contratista.

Procurar una mayor seguridad jurídica conforme a la coherencia de la estructura normativa de orden constitucional y legal, como igual repensando la necesidad de clarificar la orientación y manejo de las potestades excepcionales dentro de un contexto constitucional, siempre orientados a la eficiencia y la eficacia en la búsqueda de la satisfacción del interés general.

Todo lo anterior conlleva a que el contratista posee igualmente el derecho a que se le mantenga el equilibrio financiero y las condiciones dadas en el ordenamiento constitucional, civil y comercial que le permita preservar las condiciones de provecho entorno a las cuales celebró el convenio, y que en dichos contratos solo se incluyan,

conforme a su esencia y naturaleza, las cláusulas o estipulaciones que la partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la constitución y a la ley.

### Referencias

Alzate, M., Patricia. (2008). Recuperado de [www.am-abogados.com](http://www.am-abogados.com). Zaragoza España.

Arellano, G. Carlos. (1997). Derecho procesal civil, 4ª ed., México, Porrúa.

Benavides, José Luis. (2002). *El contrato Estatal, entre el Derecho público y el Derecho privado*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá.

Benavides, José Luis. (2004). *El contrato estatal*. Universidad Externado de Colombia. Segunda edición, Bogotá.

Bercaitz, Miguel Ángel. (1980). *Teoría General de los Contratos Administrativos, segunda edición*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina.

Bocanegra, S. Raúl. (2005). *La teoría del acto administrativo*. Editorial Iustel, Madrid España.

Consejo de Estado Colombia, Sala de Consulta. *Expediente 1293 de 2000*. M.P. Luis Camilo Osorio. Bogotá.

Consejo de Estado Colombia. *Fallo 12037 de 2001*.

Corte Constitucional Colombia. *Sentencia C-300/12*.

Corte Constitucional Colombia. *Sentencia C-560/99*.

Corte Constitucional Colombia. *Sentencia C-815 de 2001*.

Corte Constitucional Colombia. *Sentencia T-291/09*.

Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-250 de 1996*.

De Vivero Arciniegas, Felipe. (2007). *Contratación Estatal: Aspectos controversiales*.  
Uniandes. Bogotá.

De Vivero Arciniegas, Felipe. (2010). *Reforma al régimen de contratación estatal*.  
Uniandes. Bogotá.

Diez, Manuel María. (1965). *Derecho Administrativo II*. Editorial Bibliográfica, Buenos  
Aires Argentina.

Diez, Manuel María. (2000). *Derecho Administrativo. Tomo II*. Edith gráfica Oeste S.A.  
Marcos Sastre.

Enciclopedia jurídica. (2014). Recuperado de [www.encyclopedia-juridica.biz14.com](http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com)

Enciclopedia y Biblioteca Virtual de las Ciencias Sociales, Económicas y Jurídicas. (2012).  
Fundamentos de valoración de empresas. Recuperado de [www.eumed.net](http://www.eumed.net).

Escobar Gil, Rodrigo. (2003). *Teoría general de los contratos de la administración  
pública*. Editorial Legis, Bogotá.

González S., Ana. (2007). *La figura de la concesión en Colombia*. Escuela superior de  
administración pública. Bogotá.

- Gutiérrez y González, Ernesto. (2002). *Derecho de las obligaciones*. México, Porrúa.
- Hernández E., Alier E. (1994). *Algunas anotaciones sobre las prerrogativas de las entidades estatales y las cláusulas excepcionales en la Ley 80 de 1993*. Constitución política y reorganización del Estado. Empresa editorial de la Universidad Nacional de Colombia y la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia. Bogotá.
- Hernández F., Katiuska & Guerra C., Danay. (2013). *Revista jurídica de investigación e innovación educativa*. Recuperado de [www.eumed.net](http://www.eumed.net). Málaga.
- Herrera, B. Benjamín. (2005). *Contratos Públicos*. Segunda reimpresión. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá.
- Jane, Mary. (2010). *Cláusulas comunes de un contrato*. Recuperado de [www.ehowenespanol.com](http://www.ehowenespanol.com).
- Marienhoff, Miguel S. (1992). *Tratado de Derecho Administrativo; tomo III A*; Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992.
- Ministerio de Hacienda y administraciones públicas de España. (2015). *Junta Consultiva de Contratación Administrativa*. Recuperado de [www.minhap.gob.es](http://www.minhap.gob.es).
- Ordóñez M., Alejandro y Vega de H., Mariela. (1999). *Contratación estatal*. Editorial Temis. Bogotá.
- Origen de las palabras. (2015). Recuperado de <http://etimologias.dechile.net>.
- Palacio H., Juan A. (2004). *La contratación de las entidades estatales*. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. Bogotá.

- Palacio H., Juan A. (2010). *La contratación de las entidades estatales*. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. Cartagena.
- Palacio H., Juan A. (2005). *Reflexiones de derecho administrativo para un Estado social de derecho*. Escuela superior de administración pública. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Bogotá
- Palacio J., María T. (2004). *Clausulas excepcionales en derecho público*. En Revista de derecho público. Ediciones Uniandes. Bogotá.
- Palacio, H. Juan Ángel. (2000). *Derecho procesal administrativo*. Librería jurídica Sánchez R. Bogotá.
- Parra G., William. (1994). *Los contratos estatales*. Jurisprudencia del consejo de Estado. Suplemento legislativo. Ediciones jurídicas. Bogotá
- Parra Gutiérrez, William Rene. (1998). *Los contratos estatales*. Librería del profesional. Bogotá.
- Pérez Gallardo, L. (2000). *Lecturas de Derecho de Obligaciones y contratos*. Editorial Félix Varela. La Habana.
- Procuraduría General de la Nación. (2010). *Principios de Contratación Estatal*. Recuperado de [www.procuraduria.gov.co/relatoria/media/file/.../71\\_CE-RAD-17767.do...](http://www.procuraduria.gov.co/relatoria/media/file/.../71_CE-RAD-17767.do...)
- Rivera, J. C. (2004). *Instituciones de Derecho Civil*. Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot.
- Rivero Ortega, Ricardo. (2001). *Introducción al derecho administrativo económico*. Ratio Legis, Salamanca, España.

Rodríguez, R. Librado. (2005). *Derecho administrativo general y colombiano*. Editorial Temis. Bogotá.

Román, R., Nancy. (2010). Revista Jurídica Cajamarca. Recuperado de [www.derechocambiosocial.com](http://www.derechocambiosocial.com).

Rothstein M., Alan. (2013). *Los principios de la Contratación Estatal y el derecho de reclamación de los proponentes*. Recuperado de [www.activolegal.com](http://www.activolegal.com). Bogotá.

Solano, S. Jairo Enrique. (1997). *Contratación administrativa, ley 80 de 1993*. Librería del profesional. Bogotá.

Tafur Galvis, Álvaro. (1997). *Estudios de Derecho Público*. Ediciones Gustavo Ibáñez C. Ltda. Bogotá.

*Tipos de cláusulas en el contrato estatal*. (2012). Recuperado de [gestionpublicaycontratacionestatal.over-blog.com](http://gestionpublicaycontratacionestatal.over-blog.com)

Vega de H., Mariela & Ordóñez M., Alejandro. (1999). *Contratación estatal*. Escuela superior de administración pública. Editorial Temis S.A. Bogotá.

Villar Palasí & Villar Ecurra. (1984). *Principios de Derecho Administrativo*. Universidad de Madrid, Madrid España.

Consejo de Estado Colombia, Sala Consulta y Servicio Civil. Radicado 1293 de 2000

Consejo de Estado Colombia, Sección Tercera. Sentencia 25453 del 30 de Septiembre de 2004.

Consejo de Estado Colombia. Sentencia 17253 de 2007



Consejo de Estado Colombia, Sentencia 15476 del 28 de Septiembre de 2011

Consejo de Estado Colombia, Sección Tercera. Sentencia 25681 del 9 de Septiembre de 2013

Consejo de Estado Colombia, Sección Tercera. Sentencia 24697 de 2013

Consejo de Estado Colombia. Sentencia 45310 del 202 de Febrero de 2014

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Pronunciamiento 37462 del 16 de Julio de 2014

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Jurisprudencia SC10048 del 31 de Julio de 2014

Consejo de Estado. Sentencia 31837 del 6 de Mayo de 2015