

**LAS POTESTADES EXCEPCIONALES DEL ESTADO CONTRATANTE:
CAMBIO DE PARADIGMA EN LAS REGLAS NEGOCIALES
THE EXCEPTIONAL POWERS OF THE CONTRACTING STATE AND THE
BREACH OF CONTRACTUAL EQUALITY**

DAVID RICARDO MONTEALEGRE¹

RESUMEN

El presente artículo tiene por objeto hacer una aproximación conceptual y jurisprudencial sobre las potestades excepcionales con que cuenta el estado contratante y, su relación con la ruptura en la igualdad contractual que se predica de cualquier relación negocial.

El entendimiento de dicho concepto lleva de suyo un enorme reto dada cuenta la evidente ruptura que se presenta a la teoría clásica de los negocios jurídicos, en los que las partes por lo general cuentan con una igualdad a la hora de establecer las condiciones contractuales tanto en la fase precontractual como en la ejecución y liquidación de estos. Las potestades excepcionales legitiman al estado contratante a la toma de decisiones de forma unilateral, legalmente avaladas, que pueden conducir a la modificación, terminación o interpretación unilateral del acuerdo contractual, o en el peor de los casos, legitimarlo para declarar la caducidad del contrato con las graves condiciones que dicha declaratoria representa para el contratista.

No obstante lo anterior, el ejercicio de dicha potestad no puede ser arbitraria, la actual reglamentación por mandato legal y jurisprudencial establece unos límites al

¹ Abogado, Especialista y Magíster (c) en Derecho Administrativo de la Universidad Santo Tomás Seccional Tunja. Actualmente ejerce el cargo de asesor jurídico en cobro coactivo del Acueducto Municipal de Yopal – Casanare. Artículo de investigación científica y tecnológica producto del proyecto de investigación adelantado en el marco de la Maestría en Derecho Administrativo de la Universidad Santo Tomás Seccional de Tunja. Celular: 3124450030. Correo electrónico: davidrimont@gmail.com

ejercicio de dichas potestades que siempre deben guardar una correspondencia con la salvaguarda del interés general, pues a pesar de que pareciera que el Estado se legitima para tomar por cuenta propia las riendas y destino del negocio jurídico, lo cierto es que su capacidad exorbitante se limita y circunscribe a unos casos muy concretos que se abordarán a lo largo del escrito.

En procura de lo anterior se definirán en primer lugar i.) el concepto de potestad excepcional en el derecho colombiano, ii.) se establecerán los tipos de potestades excepcionales existentes en nuestro ordenamiento jurídico y, iii) Conclusiones.

Palabras clave: Potestad excepcional; Igualdad contractual; Ruptura; Interés general; Contratación estatal.

ABSTRACT

The purpose of this article is to make a conceptual and jurisprudential approach on the exceptional powers available to the contracting state and its relationship with the breach in contractual equality that is predicated of any business relationship.

Understanding this concept carries an enormous challenge, given the evident rupture that occurs in the classical theory of legal business, in which the parties generally have equality when establishing contractual conditions both in the pre-contractual phase as well as in the execution and settlement of these. The exceptional powers legitimize the contracting state to make unilateral decisions, legally endorsed, which can lead to the modification, termination or unilateral interpretation of the contractual agreement, or in the worst case, legitimize it to declare the expiration of the contract with the serious conditions that said declaration represents for the contractor.

Notwithstanding the foregoing, the exercise of said power cannot be arbitrary, the current regulation by legal and jurisprudential mandate establishes limits to the exercise of said powers that must always maintain a correspondence with the safeguarding of the general interest, because although it seems that the State is entitled to take on its own the reins and destiny of the legal business, the truth is that its exorbitant capacity is limited and circumscribed to some very specific cases that will be addressed throughout the writing.

In pursuit of the foregoing, i.) The concept of exceptional power in Colombian law, ii.) The types of exceptional powers existing in our legal system will be established and, iii) conclusions.

Keywords: Exceptional power; Contractual equality; Breaking off; General interest; Public contract.

INTRODUCCIÓN:

La teoría clásica del negocio jurídico tiene una modificación relevante en lo que atiene a la aplicación del principio de igualdad en materia de contratación pública. Es así, como por mandato del Estatuto General de la Contratación Pública se legitima a la administración pública para que ejerza de manera unilateral cierto tipo de prerrogativas que rompen con la igualdad contractual; dichas potestades han sido denominadas como cláusulas excepcionales.

La aplicación de dichas potestades excepcionales tiene límites que han sido ampliamente desarrollados por la ley, la jurisprudencia y la doctrina. Así pues, a la hora de procurar un mayor entendimiento respecto de dichas prerrogativas en cabeza del estado, es fundamental ahondar en su contenido y hacer un análisis que muestre la afectación real que llega a sufrir el principio de igualdad contractual con su aplicación.

La práctica de la contratación estatal ha demostrado que en muchas ocasiones la administración pública ha ejercido de forma arbitraria dichas prerrogativas, generando de este modo una afectación a los intereses de los particulares con su ius puniendi negocial. La relevancia del conocimiento de esta figura se da en la medida en que las garantías contractuales de los particulares pueden verse afectadas por una mala aplicación e interpretación del contenido de la exorbitancia contractual que por mandato del Estatuto General de la Contratación Pública, existe en nuestro ordenamiento jurídico.

1. EL CONCEPTO DE POTESTAD EXCEPCIONAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO:

Para comenzar, debe señalarse que la potestad a que se hace referencia en el presente artículo es excepcional, en la medida en que su aplicación es extraña; casi siempre debe mediar una fórmula de protección del interés general para que proceda. En términos de SANTOFIMIO (Santofimio Gamboa, Compendio de derecho administrativo, 2017):

“La potestad sancionadora es unilateral y en cabeza de la administración. Se trata del ejercicio de una potestad administrativa que el legislador reconoce única y de manera exclusiva a la administración responsable de la contratación pública. En ese sentido, no es recíproca. El contratista carece en absoluto de algún tipo de habilitación legal para sancionar a la parte contratante. En la ejecución de un determinado contrato o negocio jurídico de carácter estatal es totalmente inaceptable que el contratista, en su calidad de colaborador, adopte cualquier tipo de actitud unilateral, mucho menos la sancionatoria a la administración, en esa hipótesis estaría incumpliendo en esencia lo acordado y con ello estaría vulnerando el principio de buena fe objetiva que debe regir todo contrato o negocio jurídico de carácter estatal. El contratista no podría constreñir unilateralmente a la administración al cumplimiento de lo pactado, sino a la declaratoria de su responsabilidad

como incumplida, y a obtener las condenas correspondientes a su favor de acuerdo con lo demostrado, esto con fundamento en el texto del artículo 87 CCA, es decir, judicialmente”

Así las cosas, es claro que dicha falta de reciprocidad genera unos privilegios a la administración contratante en lo que respecta al uso de manera unilateral de dichas prerrogativas contractuales. La ley 80 de 1993 introdujo dichas prerrogativas, generando con ello, un cambio en el paradigma contractual que en efecto, ha sido abordado en sede judicial por el Consejo de Estado; ha señalado:

“El artículo 14 de la Ley 80 de 1993, en su numeral 1º establece la potestad excepcional de las entidades estatales para interpretar, modificar o terminar unilateralmente los contratos estatales, mediante actos administrativos debidamente motivados que serán susceptibles de impugnación mediante el recurso de reposición y por vía judicial mediante la acción contractual. La misma norma en su numeral 2º establece la obligatoriedad de pactar en los contratos estatales, cláusulas excepcionales al derecho común, de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad del contrato, cuando dichos contratos tengan por objeto la explotación de un monopolio estatal, la prestación de servicios públicos, la explotación y concesión de bienes del Estado, o cuando se trate de un contrato de obra. Según estos preceptos, una de las potestades excepcionales que el legislador ha conferido a favor de las entidades estatales es la de terminación unilateral del contrato que reviste varias connotaciones especiales y obedece a supuestos distintos. Así, se observa que el artículo 17 de la citada Ley 80, consagró la potestad de las entidades del Estado para terminar anticipadamente y de manera unilateral, el contrato celebrado con un particular, mediante la expedición de un acto administrativo debidamente motivado, cuando el servicio público o la situación de orden público así lo requiera, como también, cuando sobrevengan situaciones que recaen directamente sobre el contratista, las

cuales impidan o dificultan continuar con su ejecución. Por su parte el artículo 18 del mismo estatuto contractual, establece la potestad de la Administración para declarar la caducidad del contrato cuando se presenten hechos constitutivos de incumplimiento por parte del contratista, que afecten de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencien que puede conducir a su paralización, voluntad que se manifiesta mediante acto administrativo debidamente motivado en el cual se dará por terminado el contrato y se ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre. Además de las potestades consagradas en las normas precedentes, el artículo 45 de la Ley 80 de 1993, otorga al representante de la entidad pública contratante como funcionario a quien compete la celebración de los contratos estatales, la facultad de dar por terminado unilateralmente el contrato, cuando quiera que en él se presente una de las casuales de nulidad absoluta, previstas en los numerales 1º, 2º y 4º del artículo 44 ibídem; terminación que se materializa mediante la expedición de un acto administrativo motivado.” (Sociedad Tracto Casanare LTDA. VS Departamento de Casanare., 2009)

Del anterior desarrollo jurisprudencial se puede extraer que por mandato del artículo 14 de la Ley 80 de 1993 se incluyeron en el mundo jurídico las potestades de i) modificar; ii) interpretar; iii) terminar y; iv) declarar la caducidad, de manera unilateral. Los actos administrativos contentivos de dichas determinaciones contractuales, deben estar en todo momento motivados y además, deben obedecer a criterios objetivos (generalmente probables) que demuestren una real afectación del interés público o una puesta en riesgo de la consecución del objeto contractual.

El núcleo duro de la concepción teórica de la cláusula excepcional reposa en la protección y efectiva custodia del interés público, en este sentido señala SOTO (Socarras Soto, 2017) que:

“El estatuto contractual ha dotado a las entidades públicas de un poder excepcional para evitar la paralización o la afectación grave de los

servicios prestados por el Estado y así garantizar una inmediata, continua y adecuada prestación de los mismos. Las cláusulas excepcionales fueron creadas para que la administración ejerciera su poder exorbitante frente a los particulares que coadyuvan al cumplimiento de los fines del Estado. Esas potestades de interpretación unilateral del contrato, modificación unilateral del contrato, terminación del contrato, reversión, multas, declaratoria de incumplimiento y cláusula penal, la misma Ley 80 de 1993 ha señalado que no podrán ser aplicadas en algunas tipologías de contrato dentro de los que se encuentra el Contrato Interadministrativo.”

Por ser la contratación pública el medio adecuado para la consecución del interés general y para la efectiva materialización de los programas de los planes de desarrollo, se le invistió con esa exorbitancia que rompe el equilibrio e igualdad contractual en procura de un bienestar superior. El concepto de cláusula exorbitante ha tenido una evolución en su concepción a nivel jurisprudencial, que ocasionalmente ha decantado en contradicciones y problemas de interpretación; no obstante lo anterior, en la actualidad existe una posición pacífica al respecto, en palabras de BENAVIDES (Benavides, El contrato estatal, 2002):

“La identificación de la cláusula exorbitante lleva al delicado problema de su definición. Las fórmulas jurisprudenciales varían entre la cláusula exorbitante del derecho común, la cláusula derogatoria del derecho común, o aquella que atribuye a la entidad pública prerrogativas exorbitantes del derecho común. Calificada con frecuencia de noción poco satisfactoria, la cláusula exorbitante es objeto de una jurisprudencia difícil de interpretar. Aunque una sola cláusula exorbitante es suficiente para calificar un contrato como administrativo, con frecuencia el juez recurre a una gama de indicios, lo que no permite aislar las características individuales que otorgan a una cláusula el carácter exorbitante.

Sin embargo, podemos avanzar señalando que las definiciones resaltan, bien que indistintamente, prerrogativas y obligaciones de la administración frente

a su contratista sobre la idea de poderes y sujeciones que no existen en las relaciones contractuales entre particulares, que se suponen establecidas sobre el plano de la igualdad jurídica. Pero resulta necesario definir el sentido particular de la cláusula exorbitante frente a las que se encuentran en los contratos entre particulares. De manera general se responde a este interrogante con tres posibilidades. La cláusula exorbitante es imposible en derecho privado, o bien posible pero ilícita, o simplemente inhabitual. (...)”

De manera acertada señala el maestro BENAVIDES la particular ilicitud que dicha cláusula representaría en el derecho privado, pues uno de los presupuestos básicos de las relaciones negociales en el derecho privado, es la igualdad contractual. No obstante lo anterior, con la ruptura de paradigma que ha dejado el nuevo estatuto de la contratación pública, es claro que deben existir además algunos límites a la misma, pues de lo contrario la arbitrariedad sería una característica de los contratos estatales; condición que en efecto no cabe dentro de los postulados de un Estado Social y Democrático de Derecho.

El entendimiento de dicho concepto debe concatenarse con las finalidades propias de dicha figura, no de otro modo es viable su entera comprensión. Así, es posible afirmar en primera medida, que la potestad pública, el ejercicio del poder público, debe encaminarse o a la prestación eficiente y continua de los servicios públicos o a la efectiva materialización del interés general. Lo anterior denota un marco de acción limitado para el actuar contractual de la administración pública, pero también, enerva una serie de posibilidades que normativamente se han habilitado para la custodia de los dos puntos anteriormente señalados. Complemento de la definición que se ha hecho hasta este punto, es la posición esbozada por VÉLEZ (Exposito Velez, 2013):

“En cuanto a la definición de las mismas, podemos decir que se trata de un mecanismo encaminado a preservar la legalidad de los actos de las autoridades públicas, comprendido por el conjunto de prerrogativas que

ostenta la administración en el ámbito contractual dirigido a tutelar el interés público de la comunidad. Estas potestades pueden ser ejercidas por la Administración como manifestación de su imperium o poder de estado, que se concreta en el poder jurídico para imponer coactivamente su voluntad, lo cual debe matizarse, dado que estas prerrogativas solo podrán ser ejercidas en las situaciones de hecho previamente establecidas por la ley y dentro de los límites señalados por la misma. Se trata de cláusulas excepcionales al derecho común, típicamente administrativas.

Se caracterizan, desde el punto de vista del contenido del contrato, por ser una manifestación de cláusula natural o accidental respecto de lo consagrado en el numeral 2 del artículo 14 de la Ley 80 de 1993. Estas cláusulas se consideran naturales cuando son obligatorias inclusión en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya un monopolio estatal, los contratos de prestación de servicios públicos, los de explotación y concesión de bienes del estado y los contratos de obra, de modo que aun cuando no se pacten expresamente en el texto del contrato, las mismas se entienden incluidas. En cambio, en otros casos se les considera una cláusula accidental, siguiendo el precepto legal del inciso 2º de esta misma norma que establece una facultad potestativa para incluir estas cláusulas en los contratos de prestación de servicios y suministro.”

Así pues, es claro que la aplicación de dichas potestades se ha limitado por mandato de ley, que además les brinda su naturaleza de naturales o accidentales de los contratos estatales. Dicha afirmación es relevante a la hora de llevar a la praxis las declaratorias de dichas potestades, pues un mal entendimiento de las mismas puede conducir a confundir si la cláusula excepcional se entiende o no pactada en el contrato, cambiando de ese modo las reglas de juego para los contratistas y para el Estado contratante.

2. DE LOS TIPOS DE CLÁUSULAS EXORBITANTES:

El conjunto de normas que integran el Estatuto General de la Contratación Pública contemplan cuatro (4) eventos en los que la administración pública puede ejercer de manera unilateral, un poder excepcional sobre el particular contratista; así pues, tenemos: i) la modificación unilateral; ii) la terminación unilateral; iii) la interpretación unilateral y; iv) la declaratoria de caducidad del contrato de estado. De este modo se comenzará por el abordaje de las precitadas figuras en el orden que antecede, procurando su abordaje normativo, jurisprudencial y doctrinal.

a.) De la modificación unilateral del contrato estatal:

La Ley 80 de 1993 consagró en su artículo 16 la facultad de la administración de hacer modificaciones al contenido del acuerdo contractual de manera unilateral, dicha prerrogativa procura evitar la paralización de la ejecución del contrato estatal por cualquier factor que se haya incorporado dentro del contrato y que con posterioridad representa un obstáculo para el mismo², para MATA LLANA (Matallana Camacho, Manual de contratación de la administración pública: Reforma de la ley 80 de 1993., 2015):

“De igual forma, el artículo 16 consagra otra prerrogativa para la Administración, de carácter excepcional, y es la posibilidad de modificar unilateralmente el contrato durante su ejecución, siempre y cuando sea para evitar la paralización o la afectación grave del servicio público que se deba satisfacer con él. En este caso la Administración está autorizada para introducir variaciones en el contrato, cuando no haya podido llegar a un acuerdo de voluntades con el contratista, para lo cual deberá expedir un acto administrativo debidamente motivado, donde modificará con supresión o

² Muchas veces este tipo de obstáculos se originan porque durante la fase precontractual, de planeación, la administración en sus pliegos de condiciones no alcanza a vislumbrar una realidad material acertada para la ejecución del contrato. No obstante, dicha situación no representa per se un error en la planeación del contrato en muchos casos, pues para el contrato de obra, por ejemplo, es común que las condiciones del mercado varíen y generen nuevas condiciones para la ejecución de las prestaciones contractuales.

adición de obras, trabajos, suministros o servicios. Agrega la norma que si las modificaciones alteran el valor del contrato en un 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 fuere necesarias para garantizar la terminación del objeto del mismo.”

La cláusula de modificación unilateral del contrato proporciona un escenario previo en el que contratista y entidad contratante pueden llegar a estar de acuerdo, es decir llegar a un consenso, respecto de las modificaciones que se adoptarán. No obstante lo anterior, en la práctica es común que este tipo de situaciones genere una ruptura del equilibrio económico de la ecuación financiera del contrato estatal (Por lo menos en los que respecta a la modificación del AIU en los contratos de obra pública), situación que en muchos casos se somete a la jurisdicción para su correspondiente evaluación.

Lo anterior lleva de suyo que se genere una alteración, muchas veces gravosa, en las prestaciones del contrato; inclinando de este modo la balanza contractual en favor de la entidad bajo la prerrogativa de evitar la suspensión de la prestación del servicio público. La modificación debe entenderse como el *ius variandi* con que cuenta la administración para la salvaguarda de la finalidad del objeto contractual, no obstante lo dicho, es claro que su aplicación se somete al cumplimiento de unos requisitos mínimos, so pena de enervar una arbitrariedad absoluta. En este sentido señaló el Consejo de Estado en sede de consulta:

“Entre los medios que puede utilizar la entidad estatal para el cumplimiento del objeto contractual, se encuentra su prerrogativa para introducir modificaciones a lo pactado, dentro del marco de su facultad de dirección general del contrato.

El artículo 16 de la Ley 80 faculta a las entidades contratantes a modificar los contratos, de común acuerdo o de forma unilateral, cuando sea necesario para lograr su finalidad y en aras de la realización de los fines del Estado.

Con razón se señala que “... la inmutabilidad del contrato no es una inmutabilidad del contenido, sino del fin, que prima en todo caso sobre aquel.”[1]

Este poder de modificación unilateral del contrato afecta uno de los presupuestos básicos de la institución contractual, el pacta sunt servanda, y la regla de que el contrato es ley para las partes, sustentado en los fines buscados por el contrato estatal.

A propósito de esta facultad, la Sala, en Concepto del 13 de agosto de 2009, Exp.: 1952, señaló:

“La contratación estatal responde de múltiples maneras a ese mandato y, en cuanto al concepto que se emite, se resalta que la posibilidad de modificar los contratos estatales es una especial forma de hacer prevalecer la finalidad del contrato sobre los restantes elementos del mismo (...), cuando sea necesario para el cumplimiento del objeto y de los fines generales del Estado.

(...)

Un comentario inicial de este artículo consiste en distinguir entre las situaciones que permiten la modificación del contrato y los procedimientos para hacerlo. Las situaciones son la paralización y la afectación grave del servicio público, y los procedimientos son dos: el común acuerdo, y el acto unilateral si no se obtiene aquel. No existe una reglamentación en la ley para buscar el acuerdo, de manera que las partes pueden convenirlo, bien sea en una cláusula del contrato o cada vez que fuere necesario. Cabe anotar que, a pesar de su

claridad, esta norma generalmente se interpreta y comenta bajo la exclusiva óptica de una potestad excepcional y por lo mismo unilateral, dejando de lado los necesarios análisis de la posibilidad de convenir modificaciones” (negrilla fuera del texto).

La previsión legal limita esta modificación a situaciones excepcionales, “...con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo.”

Parte de la doctrina se orientó inicialmente a señalar una libertad casi absoluta en el ejercicio de esta prerrogativa, y límites como tal, estaban más referidos a los derechos del contratista y a la conservación del equilibrio financiero del contrato, hasta el punto de reconocerle la facultad de renuncia o de desistimiento del contrato”. (Actor: Ministerio de Comercio, Industria y Turismo., 2019) (Subrayado fuera del texto)

Entonces, la modificación unilateral del contrato estatal debe obedecer a la preservación de la finalidad del mismo. Lo anterior significa que dicha prerrogativa no es una potestad arbitraria que pueda cercenar el principio del pacta sunt servanda (propia de los contratos administrativos) y el acuerdo de voluntades si no se genera una causa objetiva, demostrable, cierta y real de que la finalidad del contrato estatal se encuentra en riesgo durante su fase de ejecución. El ius variandi de que se sirve la administración pública, tiene unos límites; en este sentido señaló la jurisprudencia:

“(...) En consecuencia, no resulta procedente que la entidad, de manera unilateral, proceda a modificar otras estipulaciones del negocio jurídico y a introducir cambios distintos al de aumentar o disminuir las prestaciones a cargo del contratista, siempre y cuando respecto de ellos, se cumpla la exigencia más importante que da lugar al ejercicio de esta facultad, cual es la necesidad de adecuar el contrato a las circunstancias surgidas, de cara a

la satisfacción del interés general, sin perder de vista en tal caso, que la justificación del ejercicio del ius variandi es la primera y más importante limitación al mismo, por lo que se requiere “(...) que la “finalidad” alegada para introducir la modificación sea cierta, sincera, verdadera, y no encubra una traición al fin legal, determinante de una “desviación de poder” (...)” y siempre que el ejercicio del ius variandi en tal caso, no afecte los derechos del contratista que la ley protege, como son los atinentes a su remuneración y al mantenimiento del equilibrio económico del contrato.

49. En el presente caso, se observa que la entidad, en el acto de modificación unilateral objeto de la impugnación, lo que decidió fue prorrogar el plazo de entrega pactado por las partes, para darle tiempo al contratista de llevar a cabo la corrección de las fallas encontradas por la Policía Nacional en los vehículos entregados por el contratista y poder de esta manera, recibirle a satisfacción, sin perjuicio de la aplicación de las sanciones contractuales por el incumplimiento en el que incurrió, al no efectuar la entrega en el plazo inicialmente acordado -párrafo 9.12-.

50. Como se advierte a primera vista, las razones esgrimidas por la entidad para modificar unilateralmente la duración del contrato –plazo de entrega y vigencia- no se fundan en hechos nuevos, sobrevenidos, imprevistos e imprevisibles, que amenazaran con paralizar o afectar gravemente el servicio público que se debía satisfacer con él, toda vez que los equipos objeto del negocio jurídico ya habían sido entregados y de lo que se trataba era de lograr su recibo a satisfacción para proceder al pago, situación que no obligaba a la prórroga contractual que de manera unilateral dispuso la entidad.” (Irex (94) Ltda. Vs. Nación - Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional, 2017) (Subrayado fuera del texto)

Entonces es claro que el ejercicio de la potestas variandi de que goza la administración, se limita al cumplimiento del fin del contrato pero, además debe repeter aspectos como las prestaciones económicas que deben garantizarse al

contratista y la salvaguarda de la ecuación financiera del contrato. Al tenor literal de la expresión resaltada de la jurisprudencia ad supra, se puede colegir además, que la no observancia de dichos presupuestos decanta en un ejercicio arbitrario con desviación de poder de la administración, que en sede judicial puede producir efectos de orden fiscal, disciplinario y penal.

b.) De la terminación unilateral del contrato estatal:

Valga señalar que la terminación unilateral es una forma de terminación atípica del contrato estatal, al igual que la modificación unilateral, obedece a criterios objetivos que conduzcan a la administración a su declaratoria so pena de ser un ejercicio arbitrario con desviación de poder. En términos de VINUEZA:

“Sea lo primero indicar que siendo el contrato un instrumento para la consecución de los fines estatales, su celebración está encaminada a su real y efectiva ejecución, siendo, entonces, su terminación anticipada un evento anormal. Esta premisa va a distinguir entre modos normales o anormales de terminación, recordando que:

‘En la primera categoría, esto es entre los modos normales de terminación de los contratos de la Administración, suele y puede incluirse las siguientes causales: a) Cumplimiento del objeto; b) vencimiento del plazo extintivo de duración del contrato; c) Terminación o vencimiento del plazo extintivo de duración para la ejecución del objeto del contrato, y d) Acaecimiento de la condición resolutoria expresa, pactada por las partes.

Los modos anormales de terminación de los contratos de la Administración se configuran, a su turno, por: a) Desaparición sobreviniente del objeto o imposibilidad de ejecución del objeto contratado; b) Terminación unilateral propiamente dicha; c)

Declaratoria de caducidad administrativa del contrato; d) Terminación unilateral del contrato por violación del régimen de inhabilidades o incompatibilidades; e) Desistimiento -o renuncia-, del contratista por la modificación unilateral del contrato en cuantía que afecte más del 20% del valor original del mismo; f) Declaratoria judicial de terminación del contrato; y h) Declaratoria judicial de nulidad del contrato. (...)

Así las cosas, se debe concebir la temrinación como una manera anticipada, anormal, atípica de la finalización del vínculo contractual; muchas veces por cuenta del actuar administrativo, muchas otras por eventos ajenos a las partes que afectan de manera grave la continuidad en la ejecución del contrato estatal. En sentencia del 2013, el Consejo de Estado puntualizó:

“Es una prerrogativa excepcional de la cual el Estatuto de Contratación dotó expresamente a la entidad estatal contratante como una herramienta cuyo fin exclusivo, lejos de fungir como un acto represivo contra el contratista o en contra de la ejecución del contrato mismo, es el de lograr el cabal cumplimiento de los cometidos estatales y, en ese sentido, impedir que se frustre la realización del objeto contractual.

Tiene como objeto evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación de los mismos.

Cada vez que se ejerza ésta potestad, deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tenga derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener el equilibrio inicial.

Lo anterior indica que la modalidad de terminación unilateral del contrato estatal NO es una sanción y por tanto, a partir de su ejecutoria no se genera inhabilidad alguna en relación con el contratista afectado.

Para dar aplicación a esta modalidad de terminación unilateral, la entidad contratante debe ceñirse a las causales establecidas en la Ley.

Se aplica de manera imperativa u obligatoria, aunque no se encuentre expresamente pactada, a los negocios jurídicos 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.

NO SE PUEDE APLICAR en contratos con personas públicas internacionales o de cooperación, ayuda o asistencia, en los contratos interadministrativos, en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2º del Art. 14 de la Ley 80/93, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguros tomados por las entidades estatales.

De manera voluntaria puede pactarse en los contratos de suministro y de prestación de servicios.

En los casos no mencionados en el artículo 14 de la Ley 80/93 se entiende que las cláusulas se encuentra prohibida.” (Rafael Avendaño Morales Vs. Distrito Capital de Bogotá., 2013)

En este punto debe hacerse una aclaración respecto de una figura similar, pero que dista de la terminación unilateral en sus efectos, es decir la caducidad. Debe entenderse que la terminación unilateral no es un reproche sancionatorio al

contratista, sino que es un evento que amerita una actuación inmediata sin que para ello haya mediado el actuar o la omisión del particular contratista. Por su naturaleza la terminación unilateral no genera los efectos de inhabilidad que si trae consigo la declaratoria de caducidad.

Adicional a ello, Debe entenderse además que su declaratoria procede, nuevamente, y en el mismo sentido que la modificación unilateral, cuando se pretende salvaguardar la prestación continua y eficiente de los servicios públicos, y cuando por causas ajenas a las partes debe tomarse una decisión inmediata para evitar la suspensión intempestiva e irremediable del objeto contractual.

En este orden de ideas, el artículo 17 de la Ley 80 estableció de manera taxativa los eventos en que procede la declaratoria de la terminación unilateral. En este sentido señaló MALLANA:

“El artículo 17 de la Ley 80 consagra otra de las cláusulas excepcionales referida a la terminación unilateral, la cual, según determina la norma, autoriza a la entidad a proceder a terminar el contrato de manera anticipada por acto administrativo debidamente motivado, siempre y cuando se presenten los siguientes eventos:

- 1. Cuando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo imponga.*
- 2. Por muerte o incapacidad física permanente del contratista, si es persona natural, o por disolución de la persona jurídica del contratista.*
- 3. Por interdicción judicial o declaración de quiebra del contratista.*
- 4. Por cesación de pagos, concurso de acreedores o embargos judiciales del contratista que afecten de manera grave el cumplimiento del contrato”*

Prima facie, es acertado señalar que la administración deberá incluir dentro de la motivación del acto administrativo que declara la terminación unilateral y anticipada del contrato, alguna de las causales contenidas en los numerales antes

reseñados. Dicha motivación además, deberá incluir las razones objetivas que dan lugar a la configuración de alguna de las causales ya reseñadas.

c.) De la interpretación unilateral del contrato estatal:

Sobre la interpretación unilateral no existe mucha jurisprudencia en la que podamos soportar el presente estudio, no obstante, ha sido la norma y la jurisprudencia los gestores de las bases mínimas sobre las cuales puede la administración pública desplegar su actuar administrativo. En términos de VÉLEZ (Exposito Velez, 2013):

“De conformidad con el artículo 15 de la Ley 80 de 1993, ‘si durante la ejecución del contrato surgen discrepancias entre las partes sobre la interpretación de alguna de sus estipulaciones que puedan conducir a la paralización o a la afectación grave del servicio público que se pretende satisfacer con el objeto contratado, la entidad estatal, si no se logra acuerdo, interpretará en acto administrativo debidamente motivado, las estipulaciones o cláusulas objeto de la diferencia’. Esta facultad, evidentemente excepcional a los contratos civiles y comerciales celebrados entre particulares, o en todo caso bajo un régimen de derecho privado, implica la resolución por vía administrativa de divergencias entre la Administración y su contratista frente al entendimiento de cláusulas pactadas en el acuerdo jurídico bilateral celebrado entre las mismas, ya sea en virtud de lo objetivamente pactado en el acuerdo de voluntades, o de acuerdo a la intención de las partes, principalmente de la entidad estatal, por ser esta quien por regla general redacta las cláusulas contractuales, quedando a la parte contratista únicamente su aceptación con la presentación de la oferta y la firma del contrato respectivo.”

La interpretación lleva de sí un gran problema relacionado con la responsabilidad que recae en la administración pública, por ser ella quien confecciona las condiciones y reglas del futuro contrato, en el denominado pliego de condiciones. En

muchos eventos puede llegar a confundirse la aplicación de esta figura en procura de subsanar, en la fase de ejecución, los errores que le son propios a la administración pública. No obstante lo dicho, es importante resaltar el papel del contratista (como colaborador de la administración pública) en la fase de pre pliegos y pliegos de condiciones, pues es este, por intermedio de sus observaciones, quien puede lograr desde un principio una carga de claridad importante para lo que en el futuro será el acuerdo contractual que lo obligará.

Nuevamente, sobre el particular la doctrina y la misma norma, limitan el ejercicio de dicha potestad a la protección del interés general y la salvaguarda efectiva de la prestación continua y eficiente de los servicios públicos. En este sentido ha señalado VINUEZA que:

“Con el fin de evitar la parálisis del contrato y, afectar, por ende, los intereses colectivos que con él se pretenden satisfacer, se puede interpretar el contrato cuando existan cláusulas confusas o divergentes o ambiguas que se conviertan en la causa de tal parálisis.

De manera que para se configure esta potestad se requiere la presencia de dos condiciones esenciales:

- *Que existan estipulaciones ambiguas, confusas o contradictorias.*
- *Que esa situación tenga paralizado el contrato o amenace con paralizarlo por no existir claridad acerca del sentido de un aspecto trascendental para la ejecución del contrato.”* (Davila Vinueza, 2017)

Con base a lo anteriormente dicho, y a modo de conclusión, es claro que la interpretación unilateral debe obedecer a un fin que no es otro sino el de salvaguardar la continuidad del objeto contractual; no obstante lo anterior, a pesar de que se configuren las causales expuesta ad supra, deberá el contratista evaluar si la carga de claridad que conllevó a dicha interpretación fue culpa exclusiva de la

entidad, pues de ser así, y de ocasionarse un perjuicio en razón a la interpretación, quedará el particular legitimado para acudir a la jurisdicción contenciosa a efectos de procurar una evaluación de la posible nulidad del acto por un evidente error de la administración en la fase de planeación que en ningún momento puede llegar a ser constitutivo de un detrimento a sus intereses contractuales.

d.) De la declaratoria de caducidad del contrato estatal:

Corolario de las potestades exorbitantes con que goza la administración pública, tenemos una de las más gravosas por cuenta de sus efectos. La caducidad administrativa que es declarada a un contrato estatal genera una consecuencia inmediata conocida como inhabilidad. Podría decirse que la caducidad es la última herramienta de la cual debe valerse la administración pública para corregir los errores que pudieren ocasionarse durante la ejecución del contrato estatal.

Para VINUEZA:

“Sin duda, la caducidad administrativa es la potestad más importante que establece el estatuto de contratación, tanto por razones históricas habida cuenta que durante mucho tiempo se erigió en el factor determinante para la distinción entre contratos administrativos y contratos de derecho privado de la administración, como por las consecuencias en extremos graves que genera su aplicación.

La caducidad es una potestad de que goza la entidad para dar por terminado de manera anticipada un contrato por razones atribuibles en un todo al contratista. A pesar que el efecto que subyace en una declaratoria tal es la ruptura del vínculo contractual, debemos advertir que la finalidad que persigue no es la simple terminación del contrato sino muy por el contrario la opuesta, esto es la ejecución del contrato. En efecto, esta medida está concebida para favorecer la continuidad y conclusión satisfactoria del objeto

contractual para lo cual la ley le permite a la entidad remover el obstaculo que impide esa conclusión, cual es la actitud francamente desdeñosa del contratista, con el fin de vincular a otro que satisfaga plenamente las prestaciones incumplidas. Entre dos males que se originan por el incumplimiento del contratista, cuales son la parálisis del contrato y la no realización de los fines que con él se persiguen, de un lado, y, por le otro, la extinción del contrato con el desgaste que conlleva sudeclaratoria, la realización de un nuevo proceso de selección a unos costos posiblemente mayores, la Ley privilegia, como es natural, el interés público y acepta la terminación como medida extrema para salvar, así sea con otro contratista, el objeto del contrato.” (Davila Vinuesa, 2017)

Es evidente entonces que en el marco de las potestades excepcionales, es esta, la más gravosa. La caducidad además reviste una particularidad y es que por mandato de ley, se encuentra taxativamente consagrada para algunos tipos contractuales. En este sentido señaló el Consejo de Estado:

“La cláusula de caducidad resulta obligatoria en contratos de obra pública, por lo tanto, “las autoridades públicas gozan de potestades constitucionales y legales dirigidas al cumplimiento de sus funciones, para el caso, declarar la caducidad administrativa de los contratos en curso, por incumplimiento del contratista y en orden a la satisfacción del interés general, comprometido por la no realización o ejecución tardía o indebida del objeto contractual”.

“A lo anterior se suma que la declaratoria de caducidad encuentra justificación, siempre que el incumplimiento endilgado al contratista afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización. Lo anterior, sin perjuicio que para proceder en consecuencia la entidad deberá garantizar el derecho de defensa y contradicción al contratista, aunado a que la declaratoria solo procede dentro del plazo o término de ejecución”.

Esta tesis la retomó el Consejo de Estado en sentencia de unificación del 12 de julio de 2012. Sección III. Exp. 15024. MP: Danilo Rojas Betancourth, que concluye que, vencido el plazo de ejecución, la administración no puede declarar la caducidad en cuanto la potestad le ha sido conferida para la realización de los intereses generales que el cumplimiento del objeto contractual comprende y no para hacer uso de un poder sancionatorio.” (Inversiones y contrucciones GOMEGA Ltda y otros Vs. Fondo de Ahorro y Vivienda Distrital FAVIDI, 2014)

Entonces, es claro por ejemplo, que para el contrato de cobra pública, debe entenderse pactada la cláusula de caducidad a pesar de que las partes en ejercicio de su pacta sunt servanda, no lo consagren en el contrato. Además, por su finalidad es claro que deberá declararse durante la ejecución del contrato, no de otro modo es posible materializar su finalidad. Dicho límite temporal circunscribe la competencia y capacidad de la amdinistración, a declarar la caducidad, pero únciamente durante la fase de ejecución.

Para la declaratoria de la caducidad, además, la entidad administrativa deberá respetar el debido proceso al contratista; lo anterior so pena de la nulidad absoluta del acto administrativo que la declara con sus correspondientes indemnizaciones y condenas. Para el Consejo de Estado:

“El Departamento del XXX es condenado a pagar perjuicios por declarar la caducidad de un contrato de distribución exclusiva de licores sin respetar el debido proceso.

En primer término, el Consejo de Estado aclara que en el contrato de distribución exclusiva de licores materia de estudio, resultaba mandataria la incorporación de cláusulas excepcionales, por cuanto se trata de una actividad que constituye monopolio estatal.

En el caso materia de estudio, la contratista incumplió reiteradamente sus obligaciones relacionadas con el pago de impuestos, sin embargo, se demostró que hubo una gestión descuidada y poco eficiente por parte de la entidad contratante para requerir el cumplimiento de las obligaciones por parte de la contratista. Así mismo quedó demostrado que incluso pasaron meses en los que la contratista incumplió sus obligaciones sin que la entidad contratante la requiriera y al cabo de casi 8 meses se procedió a declarar la caducidad del contrato sin que hubiera mediado un procedimiento previo en el que la contratista pudiera dar las explicaciones pertinentes.

El Consejo de Estado recuerda que la entidad contratante debe comunicar al contratista acerca de las situaciones de incumplimiento y brindarle la oportunidad de expresar obligaciones, pedir y controvertir pruebas, esto es, permitirme el ejercicio del derecho de contradicción en forma previa a la adopción de la decisión.” (Ángel Arturo Echeverry Holguín Vs. Beneficencia de Cundinamarca, 2014)

Así las cosas, es claro que deberá seguirse un procedimiento en sede administrativa a efectos de establecer los motivos que condujeron al actuar desdeñoso del contratista y además, para garantizar de ese modo, su garantía constitucional a ejercer su derecho de defensa. La inobservancia a dichos postulados traen de suyo que la declaratoria de caducidad se nula por violación al debido proceso.

3. CONCLUSIONES

Las potestades excepcionales son prerrogativas avaladas por la ley, que facultan a la administración pública a ejercer un poder superior en la relación contractual respecto del contratista, lo anterior en procura de la salvaguarda de dos cosas: i) el interés general y, ii) la continua y eficiente prestación de los servicios públicos.

El estatuto general de la contratación pública legitima a la administración a: i) modificar, ii) interpretar, iii) terminar y, iv) declarar la caducidad del contrato estatal, de forma unilateral. Dicha situación enerva una ruptura al principio de la igualdad negocial y a los principios que rigen las relaciones negociales entre particulares.

No obstante, el ejercicio de dichas prerrogativas no puede ser en ningún momento arbitrarios, ni mucho menos puede estar investido de una desviación de poder; pues lo mismo conduciría a una contradicción directa con los postulados propios de un estado Social de derecho, en el que se procura la garantía de los derechos individuales de los administrados. Para que se materialicen las potestades excepcionales debe mediar una debida justificación, argumentada en los postulados de ley y la jurisprudencia; que garantice además el debido proceso y el derecho de defensa del particular que se asujeta pasivo de dicha determinación unilateral. La inobservancia de los límites y reglas para su declaratoria conduce a la nulidad absoluta del acto administrativo que las declara.

4. BIBLIOGRAFÍA

- Santofimio Gamboa, J. O. (2017). *Compendio de derecho administrativo* (Vol. I). Bogotá, Cundinamarca, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Sociedad Tracto Casanare LTDA. VS Departamento de Casanare., 85001-23-31-000-1997-00374-01 (15797) (Consejo de estado; Sección Tercera; C.P. Myriam Guerrero de Escobar. 25 de febrero de 2009).
- Socarras Soto, R. E. (2017). Aplicabilidad de las cláusulas excepcionales en los contratos y convenios interadministrativos. *Revista Nueva Época*(48º), 203 - 224.
- Benavides, J. L. (2002). *El contrato estatal* (Vol. 2 Edición). Bogotá, Cundinamarca, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Exposito Velez, J. C. (2013). *Forma y contenido del contrato estatal* (Vol. I). Bogotá, Cundinamarca, Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Matallana Camacho, E. (2015). *Manual de contratación de la administración pública: Reforma de la ley 80 de 1993*. (Vol. I). Bogotá, Cundinamarca, Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Actor: Ministerio de Comercio, Industria y Turismo., 11001-03-06-000-2018-00117-00 (2385) (Consejo de Estado; Sala de Consulta y Servicio Civil. 23 de abril de 2019).

Irex (94) Ltda. Vs. Nación - Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional, 25000-2326-000-2000-00079-02 (Consejo de Estado; Sección Tercera; Subsección B. 12 de octubre de 2017).

Rafael Avendaño Morales Vs. Distrito Capital de Bogotá., 25000-23-31-000-2000-01696-01 (Consejo de Estado; Sección Tercera; Subsección A. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. 30 de octubre de 2013).

Davila Vinuesa, L. (2017). *Régimen jurídico de la contratación estatal* (Vol. I). Bogotá D.C., Cundinamarca, Colombia: LEGIS.

Inversiones y contrucciones GOMEGA Ltda y otros Vs. Fondo de Ahorro y Vivienda Distrital FAVIDI, 25000-23-26-000-2000-0297-01 (Consejo de Estado; Sección Tercera; Subsección B; C.P. Stella Conto Díaz del Castillo 13 de noviembre de 2014).

Ángel Arturo Echeverry Holguín Vs. Beneficencia de Cundinamarca, 25000-23-26-000-1998-02424-01 (Consejo de Estado; Sección Tercera; Subsección C; C.P. Enrique Gil Botero 12 de agosto de 2014).