

Facultades unilaterales de las Entidades con régimen excepcional de contratación pública en Colombia¹.

Lina Marcela Espitia Cruz²

María Consuelo Mantilla Ojeda³

Sumario. *Introducción. I. Regímenes exceptuados de la contratación general en Colombia. II. Las cláusulas unilaterales en los contratos suscritos por entidades estatales sometidas al régimen privado. III. De los límites y alcances de las facultades unilaterales en el régimen excepcional de la contratación pública. IV. Conclusiones. V. Referencias bibliográficas.*

Resumen

La contratación pública se ha consagrado en Colombia como una de las principales aristas del accionar de la administración. Sus múltiples fuentes y la cotidianidad de su aplicación han creado un sinnúmero de escenarios particulares que han merecido el estudio de la academia. Este artículo aborda la complejidad de la contratación pública en el país, centrándose en el régimen excepcional de ciertas entidades y particularmente, en las cláusulas unilaterales en contratos estatales de

¹ Artículo de investigación para la obtención del título de especialista en Derecho administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja, Colombia. Dirigido por el Ph.D. Gustavo Andrés Lobo Garrido.

² Abogada Cum laude de la Universidad Santo Tomás, seccional Tunja, Colombia. Egresada no graduada de la Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad Santo Tomás, seccional Tunja, Colombia. Estudiante de la Maestría en Derecho Administrativo de la Universidad Santo Tomás, seccional Tunja, Colombia. Estudiante del Máster en Dirección de la Gestión Pública de la Universidad Internacional de La Rioja, España. Correo electrónico: lina.espitia@usantoto.edu.co

³ Abogada egresada de la universidad Autónoma de Bucaramanga, Colombia. Especialista en Derecho Público de la Universidad Externado, Colombia. Especialista en Contratación pública de la Universidad del Meta, Colombia. Egresada no graduada de la Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad Santo Tomás, seccional Tunja, Colombia. Estudiante de la Maestría en Derecho Administrativo de la Universidad Santo Tomás, seccional Tunja, Colombia. Correo electrónico: maria.mantillao@usantoto.edu.co

derecho privado. A través de una investigación jurídica – cualitativa, se determinó que, si bien el ordenamiento permite la imposición de estas cláusulas con ocasión de los regímenes excepcionales, en paralelo también establece una serie de límites que, fundamentalmente, buscan que el accionar de las entidades públicas se ajuste a los principios rectores del derecho y al bien común.

Palabras Clave. Facultades unilaterales, regímenes excepcionales de contratación, contratación pública.

Abstract

Public procurement has been recognized in Colombia as one of the main aspects of the actions of the administration. Its multiple sources and the everyday application have created countless particular scenarios that have merited the study of the academy. This article approaches the complexity of public procurement in the country, focusing on the exceptional regime of certain entities and particularly on unilateral clauses in State private law contracts. Through a legal - qualitative research, it was determined that while the law allows the imposition of these clauses at the time of exceptional regimes, in parallel it also establishes a few limits that fundamentally, seek to ensure that the actions of public entities conform to the guiding principles of law and the common good.

Keywords. Unilateral powers, exceptional procurement regimes, public procurement.

Introducción

La contratación pública en Colombia se ha constituido como una herramienta fundamental en el cumplimiento de los fines del Estado y en la garantía que se otorga a los ciudadanos respecto a la satisfacción de sus necesidades. Para ello, el legislador ha creado múltiples disposiciones con el objetivo de brindar una serie de parámetros y lineamientos para que las entidades estatales y otros actores involucrados en ese escenario tengan en cuenta antes, durante y después de la suscripción de contratos de orden público.

La labor legislativa mencionada dio lugar a la creación de diversos regímenes con características específicas. La ley 80 de 1993, que se constituye como la principal herramienta para la contratación estatal general en Colombia, establece en su artículo 13 que existen contratos con régimen exceptuado que se sujetan a las disposiciones civiles, comerciales sin dejar de lado las previstas en la misma ley 80 de 1993.

Esta variedad en la normatividad aplicable (que será descrita con mayor profundidad en el desarrollo de este documento) ha suscitado diversos debates sobre las facultades y cláusulas que pueden pactarse con ocasión de la suscripción de contratos con el Estado. Entre las que generan mayores discusiones se encuentran las facultades unilaterales, pues, *prima facie*, podrían considerarse una potestad desproporcionada otorgada al Estado. No obstante, esta situación jurídica debe ser analizada a luz de los principios de legalidad y de la autonomía privada de la voluntad.

En punto de esta situación y de las controversias que suscita, se evidencia una problemática en torno al establecimiento de límites y alcances que supone la incorporación de las cláusulas unilaterales en los contratos que suscriben entidades públicas que cuentan con un régimen excepcional de contratación, es decir, que no están sujetas a lo dispuestos en el Régimen General de Contratación Pública que regula la Ley 80 de 1993, sino por las normas del derecho privado. Si bien la doctrina y la jurisprudencia han abordado considerablemente las razones que posibilitan su implementación, el estado del arte aún no es suficientemente claro en torno a las delimitaciones legales que deben ser tenidas en cuenta para usar la figura contractual que se menciona.

En ese orden de ideas, el interés por la realización de una investigación de este tipo surgió por la importancia de comprender integralmente la forma en que se desarrollan los acuerdos contractuales con ocasión del régimen excepcional de la contratación pública, particularmente en lo que tiene que ver con las facultades unilaterales. Este tema no tiene relevancia únicamente académica, sino también en

el ámbito profesional de la abogacía, en dónde es imprescindible conocer los límites y parámetros normativos que orientan las actuaciones de las entidades públicas en su ejercicio contractual.

Con base en lo anteriormente descrito se propone la siguiente pregunta de investigación: ¿Cuáles son los límites y alcances que deben tenerse en cuenta pactar o imponer facultades unilaterales en contratos estatales regidos por el derecho privado? Para la resolución de la pregunta problema, se formularon los siguientes objetivos general y específicos:

Objetivo general. Demostrar los límites que existen respecto al pacto de facultades unilaterales en contratos estatales regidos por el derecho privado.

Objetivos específicos.

- Analizar el marco jurídico y jurisprudencial de la contratación de entidades públicas con régimen exceptuado en Colombia.
- Determinar la procedencia de las cláusulas unilaterales en entidades sometidas a régimen privado.

Finalmente, este artículo se guiará por la metodología de investigación jurídica – cualitativa. Será utilizada información prevista en documentos legales, jurisprudenciales y doctrinales. Tras llevar a cabo una recolección, selección y clasificación de la información en atención a los objetivos planteados anteriormente, se determinaron los resultados investigativos que se presentan a continuación.

Resultados

La contratación estatal ha gozado de relevancia en la vida pública y privada del país desde hace algunas décadas. En la actualidad la ley 80 de 1993 es el instrumento legal que más se destaca en materia de contratación pública. En ella se establecen las reglas y principios que se aplican a los contratos que suscriben las entidades estatales. Entre sus disposiciones se encuentran los fines de la contratación estatal, los derechos y deberes de las entidades y de los contratistas, la capacidad para

contratar, las inhabilidades e incompatibilidades, los tipos de contratos estatales, solemnidades de los contratos estatales, nulidad de los contratos, responsabilidad contractual, liquidación de los contratos, solución de las controversias contractuales, entre otros aspectos.

Adicional a lo que establece la ley 80 de 1993, el régimen de contratación estatal también se compone por lo dispuesto en leyes como la 1150 de 2007, que establece medidas para la eficiencia y transparencia de la contratación pública; y en el decreto 1082 de 2015, que compiló normativas previas y por medio del cual se expidió el decreto único reglamentario del sector administrativo de planeación nacional. En el decreto 1082 se establecen medidas para el Sistema de Compras y Contratación Pública.

Todos los aspectos que regula el marco jurídico de la contratación pública en Colombia son determinantes en las relaciones contractuales del Estado. Sin embargo, la identificación de las entidades o circunstancias que deben someterse a ese estatuto contractual son un factor primario en los procesos de contratación. Aunque por norma general la ley 80 se aplica a los contratos celebrados por las entidades estatales (descritas en el artículo 2° de la ley) el legislador previó que algunas entidades no estarían sometidas a su imperio, configurando así una serie de regímenes especiales o excepcionales, los cuales son descritos a continuación.

1. Regímenes exceptuados de la contratación general en Colombia

Las entidades que no se someten a las disposiciones de la ley 80 de 1993 se encuentran reguladas por un régimen excepcional que dicta las normas necesarias para sus procesos de contratación. Anteriormente se marcaba una diferencia entre un régimen especial y otro excepcional. En el primero se encontraban aquellas entidades que celebraran contratos que atendieran no al derecho público de la ley 80 sino al derecho privado del Código Civil o Comercial. Por otra parte, el régimen excepcional se constituía más como una suerte de régimen mixto en dónde la

entidad podía adoptar criterios propios de la ley 80 como también contaba con la posibilidad de desligarse de ella en otros aspectos. (Pizano Wagner, et al. 2009)

No obstante, esa diferenciación se eliminó a partir del artículo 13 de la ley 1150 de 2007. Esa disposición señala que las entidades estatales sometidas a regímenes contractuales excepcionales deben someterse a los principios de la función administrativa y la gestión fiscal prevista en la constitución en coherencia con su régimen especial. Es decir, el artículo usa las dos expresiones de forma indistinta, de lo que puede entenderse que el legislador no las considera independientes.

Los regímenes especiales de contratación se pueden clasificar a su vez en dos: según la naturaleza de las entidades estatales y según el objeto contractual. Ahumada Cervantes et al. (2016) lo precisan de la siguiente forma:

- 1. Según la naturaleza de la entidad.** Las empresas de servicios públicos domiciliarios; universidades estatales u oficiales; empresas sociales del Estado; entidades financieras estatales; fondos de servicios educativos; banco de la república; algunas empresas industriales y comerciales del Estado; algunas sociedades de economía mixta; entidades estatales de comunicaciones y algunas entidades del sector defensa.
- 2. Según el objeto contractual.** Algunos de los objetos contractuales que no se desarrollan bajo ley 80 del 93 son: administración del subsidio de salud; contratos con entidades sin ánimo de lucro; desarrollo de proyectos culturales; actividades científicas; concesiones mineras; contratos con organismos internacionales; explotación de hidrocarburos; enajenación de acciones del Estado, operación del monopolio de licores, entre otros.

Es válido cuestionarse por qué el legislador estableció un régimen de contratación pública sobre el que luego formularía excepciones. Esa decisión no fue caprichosa, sino que pretendió hacer frente a algunas necesidades del país y en particular de la contratación con el Estado. Jaramillo Uribe (2015) precisa que la intervención del

Estado en algunos sectores de la productividad y la prestación de servicios podría no resultar del todo beneficiosa.

Por ello, otorgar a algunas entidades públicas la facultad de prescindir de las normas generales de contratación puede permitir mayor agilidad y rapidez en la suscripción y celebración de contratos con el Estado. Así las cosas, el hecho de que estas entidades se aparten en cierta medida de las reglas públicas y se acojan a las privadas no implica un desentendimiento absoluto de los principios comunes de la contratación Estatal (Restrepo Ramirez, 2022) pues deben seguir acatando mandatos como los previstos en el artículo 3° de la ley 80 de 1993. A partir de ello se ha justificado su aplicación y se ha considerado una estrategia adecuada para que la contratación pública alcance sus objetivos y materialice los fines constitucionales.

Esta potestad con la que cuentan ciertas entidades públicas se justifica en la autonomía privada de la voluntad, principio rector en los negocios jurídicos. El principio de la autonomía de la voluntad consiste fundamentalmente en la capacidad que tienen los particulares de regular sus propios intereses y negocios jurídicos, determinando su contenido y estipulando la creación o eliminación de sus relaciones económico – sociales. (Osorio, 2013)

Por su parte, la Corte Constitucional (2013) mediante sentencia C – 934 estableció que la autonomía de la voluntad privada es una facultad reconocida por el ordenamiento jurídico cuyo propósito es que las personas dispongan de sus intereses con efecto vinculante, creando a partir de ello derechos y obligaciones. Según la Corte, los únicos límites que tiene la autonomía de la voluntad privada son el orden público y las buenas costumbres.

La autonomía de la voluntad es un principio cuya fuerza se equipará con la fuerza de ley. Como lo señalan Gobbi y Triay (2015) las convenciones que se configuran en un contrato forman una regla a la cual las partes deben someterse como a la ley

misma. Los autores establecen que eso genera una serie de consecuencias determinantes en la ejecución del contrato, entre las que se destacan las siguientes:

- Lo que se estipuló en virtud de la autonomía de la voluntad por las partes se consagra como ley para las mismas.
- Los operadores judiciales deben dar reconocimiento a estipulaciones consagradas por la libertad de las partes.
- La interpretación que realizan los jueces sobre el contrato debe atender rigurosamente al análisis de las cláusulas pactadas, no pueden ser ignoradas en escenarios de incumplimiento o de cualquier circunstancia que haya obligado a las partes a acudir a la jurisdicción.

Aunque en primera instancia puede considerarse que la autonomía de la voluntad opera únicamente en el régimen privado de los contratos, la aplicación de ese principio también se evidencia en la suscripción de acuerdos con entidades estatales. Eso se da fundamentalmente cuando estas se encuentran sometidas al régimen privado del que trata este estudio.

En sentencia No. 25000-23-36-000-2018-00534-02 (68186) de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado (2023) se precisó que el sometimiento de ciertas entidades al régimen de derecho privado no puede llevarse a cabo de manera parcial. Así, si se rigen por esa normativa, también deben ser cobijadas por ciertas prerrogativas características de la misma, entre la que se encuentra la autonomía de la voluntad. Incluso si la entidad estatal sigue sometida a ciertos linderos con ocasión de su naturaleza administrativa, eso no es óbice para que no pueda actuar como un privado de manera integral.

Así, se destaca que las entidades sometidas al régimen privado pueden establecer el contenido obligacional de los contratos. Entre las diferentes posibilidades derivadas de ello se encuentra la facultad de pactar cláusulas unilaterales, las cuales han originado múltiples debates en el país y que se analizan a continuación.

II. Las cláusulas unilaterales en los contratos suscritos por entidades estatales sometidas al régimen privado.

Cuando se habla del derecho de los contratos se considera al sinalagmismo, entendido como la bilateralidad en las obligaciones, como la norma general. No obstante, también es factible que se presenten situaciones contractuales unilaterales. Según Lecuyer (2011) las manifestaciones unilaterales pueden entenderse de dos maneras. En primer lugar, una modificación unilateral podría afectar únicamente el contenido obligacional de una de las partes. Por otro lado, también se podría considerar como unilateral aquella modificación que proviene solo de una de las partes, pero que tiene el propósito de incidir en las obligaciones de otra.

En ese orden de ideas, puede inferirse que las cláusulas unilaterales de los contratos pueden considerarse como aquellas que se derivan de solo una de las partes o que afectan las responsabilidades de solo un extremo contractual. Por supuesto, esto resulta ser una excepción a la norma general que como ya se mencionó, es la bilateralidad entre los extremos que conforman la relación contractual.

Aedo Barrena (2019) precisa que el surgimiento de potestades unilaterales proviene del derecho de obligaciones. Con el incumplimiento de una de las partes, el otro extremo contractual adquiere una serie de derechos que le permiten exigir, modificar o terminar el contrato de forma unilateral, sin que sea necesario el acuerdo con la parte incumplida.

Dentro del contexto del régimen excepcional de la contratación pública puede incurrirse en el error de denominar a las cláusulas unilaterales que pueden pactar las entidades como cláusulas excepcionales. No obstante, cómo lo señala Castillo (2021) la denominación correcta es cláusulas unilaterales, pues el vocablo excepcional se atribuye solo en el régimen general de contratación (Artículo 14 de la Ley 80 de 1993).

Con esa claridad, pueden establecerse las características más relevantes de dichas estipulaciones contractuales. Giraldo Álvarez (2017) precisa que estas facultades contractuales responden al espíritu de la autonomía de la voluntad privada y que, por lo tanto, no pueden equipararse con las facultades de las que goza la administración de forma excepcional. En ese entendido, los contratos que suscriben las entidades estatales que pertenecen al régimen excepcional se desarrollan integralmente en el campo privado y no es adecuado analizarlos con base en lo dispuesto para el régimen ordinario de las entidades estatales.

Para comprender de forma más adecuada las características de estas cláusulas, es indispensable revisar cuales son las que operan con mayor frecuencia en los contratos estatales. Se destacan las cláusula penal y la terminación unilateral del contrato, sus principales particularidades se describen a continuación.

Cláusula penal, terminación unilateral e imposición de multas

Existen diversas facultades unilaterales que pueden ser impuestas con ocasión de un contrato estatal. Entre las más relevantes se encuentran la cláusula penal y la terminación unilateral. Según el artículo 1592 del Código Civil, la cláusula penal es aquella por la cual un extremo contratante se asegura del cumplimiento de una obligación a través de una pena que puede consistir en dar o hacer en caso de que no se ejecute o retarde la obligación principal.

Por su parte, las cláusulas de terminación unilateral son definidas como aquellos pactos en los que se otorga a una o ambas partes el derecho de poner fin al contrato sin que sea necesario invocar o probar causa más allá de la voluntad de querer que la relación contractual se extinga (Álvarez Werth, 2020).

El artículo 17 de la ley 1150 de 2007 establece que las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación Pública tienen la facultad de imponer multas que hayan sido previamente pactadas con el objetivo de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Como lo señalan Cárdenas y Barrera (2023) esta es una medida exorbitante en cabeza de las entidades estatales.

No obstante, ese artículo no hace mención del procedimiento que debe seguirse en caso de que la entidad estatal involucrada esté sometida a un régimen excepcional. Ese debate ha sido zanjado con la posición de que en caso de que la entidad estatal con régimen de derecho privado desee imponer una multa o hacer efectiva una cláusula pena, debe acudir a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa para que sea el juez natural del contrato el que tome una decisión en derecho al respecto (Cárdenas y Barrera, 2023).

Las tensiones originadas en las facultades unilaterales

Ahora bien, la validez jurídica de estas cláusulas han generado una considerable controversia. Existe una tensión entre la necesidad de otorgar herramientas a las entidades públicas para la adaptación a situaciones imprevistas en un contexto contractual y la protección de los intereses de los contratistas. Con ocasión de este debate, se han delineado los límites y alcances de las cláusulas unilaterales en el marco del derecho administrativo colombiano.

En punto de ello es necesario revisar primero los diferentes argumentos que se aducen tanto en favor como en contra de las cláusulas en estudio. A continuación, se revisan las premisas más relevantes de cada extremo, con el propósito de realizar posteriormente un análisis de los límites y alcances de las facultades unilaterales.

- ***Algunas posturas en contra de la imposición de facultades unilaterales***

Algunas posturas doctrinales se han orientado hacia el argumento de que las facultades unilaterales en cabeza de entidades estatales sometidas al régimen privado resultan desproporcionales según los principios del derecho contractual. Duque (2020) señala que los argumentos en contra más significativos son el detrimento a la posición de igualdad absoluta entre las partes, que la terminación del contrato es una consecuencia jurídica que requiere declaración judicial y finalmente, que es necesario que se encuentren previstas en la ley, expresamente, las facultades unilaterales del contrato.

Cómo lo indica Güechá Medina (2006) los contratos privados suponen un criterio de igualdad entre las partes que impide que exista un poder unilateral de imposición. No obstante, esa situación de igualdad se quiebra cuando el contrato es de tipo administrativo, puesto que como una de las partes es pública se encuentra en una posición superior a la de la parte administrada. Señala el autor que en ese escenario no es posible predicar la noción de facultades unilaterales, pues las prerrogativas que son dadas a la administración, incluso si pertenecen a un régimen exceptuado, provienen de la voluntad del legislador y no de la potestad unilateral de la administración como parte contractual.

En ese orden de ideas podría establecerse que el hecho de que una entidad estatal se encuentre sometida a un régimen excepcional no es razón suficiente para considerar que las prerrogativas unilaterales que puede implementar en el contrato tienen origen en la voluntad contractual de las partes, sino que su génesis radica en la decisión del legislador. Por lo tanto, no resultaría factible hablar sobre facultades unilaterales, sino que sería más adecuado hacer referencia a potestades excepcionales de las entidades públicas.

En el mismo sentido lo señala Giraldo Álvarez (2017), autor que precisa que quienes tienen una postura en contra de ese tipo de facultades unilaterales en contratos estatales la fundamentan en la universalización del principio de legalidad. Por esa razón, se realizará el respectivo estudio teniendo en cuenta los criterios establecidos por el criterio de legalidad.

Análisis desde la perspectiva del principio de legalidad

El principio de legalidad ha sido abordado ampliamente por la doctrina. Cómo lo señala García Ricci (2015) este eje axial del Estado Social de Derecho puede ser analizado desde un aspecto meramente formal. Desde esa perspectiva, el principio de legalidad consiste en que la autoridad estatal solo puede actuar de conformidad con los preceptos legales vigentes, mientras que los individuos pueden hacer todo aquello que el derecho no les prohíba.

Por otra parte, mediante providencia T – 276 la Corte Constitucional (2014) señaló que el principio de legalidad es aquel por el cual las conductas prohibidas, las sanciones aplicables, los criterios para su determinación y los mecanismos legales procedentes, deben estar definidos con claridad en un instrumento normativo. Asimismo, en sentencia C – 501 la Corte Constitucional (2014) señaló que el principio de legalidad es un eje esencial del derecho fundamental al debido proceso, que a su vez está relacionado con la seguridad jurídica y la igualdad de las personas.

Las posturas que se suscitan en contra de que se permita la inclusión de facultades unilaterales en contratos estatales con regímenes excepcionales se fundamentan, entre otros aspectos, en el principio de legalidad. Bahamón Jara (2018) precisa que la legalidad se constituye como un límite de la función estatal, la cual se encuentra sometida de forma estricta a la normatividad jurídica, pues debe garantizarse un adecuado funcionamiento de las competencias discrecionales de las que goza la administración.

La legalidad debe predicarse de todas las actuaciones del Estado incluso si existe un régimen privado de contratación, por lo que si no se ha previsto legalmente el uso de una prerrogativa de terminación unilateral, esta no puede ser pactada en un contrato público argumentando el principio de la autonomía de la voluntad. (Giraldo Álvarez, 2017)

En ese orden de ideas, es posible aseverar que el hecho de que una entidad estatal pueda incorporar facultades unilaterales dentro de su ejercicio contractual podría considerarse un detrimento de los límites que han sido impuestos legalmente al accionar de la administración, lo que podría ir en detrimento de los intereses generales del país y afectar la seguridad jurídica que debe percibir el otro extremo contratante.

- ***Algunas posturas en favor de la imposición de facultades unilaterales***

A pesar de los argumentos anteriormente esgrimidos, también se han desarrollado planteamientos que consideran fundamentalmente positivo que ciertas entidades estatales en ciertos contextos puedan implementar facultades unilaterales. En este acápite se describen sumariamente dichos puntos de vista.

Montaña y Zapata (2022) precisan que la imposición de cláusulas tales como la penal, multas, terminación o liquidación unilaterales son concebibles en contratos estatales regidos por el derecho común, sin que eso se constituya como una potestad exorbitante sino como el ejercicio de una facultad contractual. Los autores resaltan la importancia de la autonomía de la voluntad, pues de ella se dotó al Estado en el contexto del régimen privado para dar cabida a las facultades en mención.

En este punto deben diferenciarse las facultades exorbitantes de las unilaterales. Las primeras se encuentran únicamente otorgadas a la administración en su régimen ordinario, mientras que las unilaterales son propias del régimen privado. Por lo que sería inadecuado atribuir a ciertas entidades el régimen privado y posteriormente no permitir que desarrollen los mecanismos que en él se prevén (Castillo, 2021).

De igual modo, el Consejo de Estado (2016) ha reconocido la validez de estas cláusulas. En sentencia 41783 el Consejo precisó como límite de ellas la no configuración de un abuso del derecho o la ejecución de una posición dominante. Asimismo, se debe garantizar que la aplicación de las cláusulas tenga fundamento en razones sustanciales objetivas. Debe destacarse que las providencias emitidas por el Consejo de Estado constituyen un punto neurálgico en el respaldo de las potestades de las que trata este estudio.

Pronunciamientos jurisprudenciales con relación a las facultades unilaterales de las entidades con régimen exceptuado de contratación

Los regímenes exceptuados de la ley 80 de 1993 han sido un tema de álgido debate y análisis en el país. Los conflictos que se derivan de ese contexto han generado

que el Consejo de Estado se pronuncie en múltiples ocasiones con el objetivo de exponer y unificar criterios sobre el régimen excepcional de contratación.

Según Pineda (2020) la jurisprudencia colombiana, a pesar de que en determinado momento varió su postura, ha sido reiterativa en el reconocimiento de la existencia de facultades unilaterales aplicables a las actuaciones contractuales de las entidades sometidas al derecho privado. Esto implica *per se* una postura en favor de las mismas.

Las posturas encuentra su fundamento en la regla de derecho *pacta sunt servanda* consagrada en el artículo 1602 del Código Civil, que establece que todo contrato legalmente celebrado constituye ley para las partes.

Para fines prácticos, en este artículo se revisaron 5 providencias de la sección tercera de la sala de lo contencioso administrativo del Consejo de Estado expedidas en lo corrido del año 2023, con el propósito de determinar cuál es la postura jurisprudencial más reciente respecto al asunto del que trata este artículo.

- a. En sentencia No. 73001-23-33-005-2014-00191-01 (57101) de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado (2023) se abordó la controversia suscitada entre la Empresa Ibaguereña de Acueducto y Alcantarillado y una empresa de servicios temporales. Tras prorrogar el contrato en múltiples ocasiones, la empresa ibaguereña declaró e hizo exigible el amparo de salarios y prestaciones sociales, por lo que la temporal tuvo que pagar una suma superior a los mil millones de pesos. La temporal pretende el reembolso de lo pagado aduciendo que la declaración del siniestro se hizo a través un acto administrativo, el acto se profirió sin competencia para ello, en cuanto el contrato de prestación de servicios temporales se regía por el derecho privado.

Para resolver el problema jurídico en mención, el Consejo de Estado precisa en primer lugar que, en efecto, la expedición de actos administrativos constituye una prerrogativa de la administración pública que no se encuentra en cabeza de las

empresas de servicios públicos domiciliarios. No obstante, al revisar la situación fáctica, la corporación determinó que la decisión del siniestro fue un acto de manifestación de naturaleza unilateral pero no administrativo, correspondiendo netamente al régimen privado y respondiendo asertivamente al régimen contractual especial correspondiente.

- b. Por otra parte, la providencia No. 2500- 05001-23-33-000-2019-00497-01 (63729) emitida por la Sala Contenciosa Administrativa del Consejo de Estado (2023) resolvió un litigio iniciado a través del medio de control de controversias contractuales suscitado entre la sociedad RG comercial S.A e INDUMIL. El consejo determinó que a la sociedad, que actuó en calidad de demandante, le asistió razón al solicitar la nulidad de un oficio mediante el cual INDUMIL comunicó la imposición de una multa.

Para ello, RG Comercial SA argumentó que la posibilidad que tienen las entidades estatales de sancionar a sus contratistas no puede tener origen en el acuerdo de voluntades entre estas y los particulares.

Para resolver la controversia contractual, la corporación precisa que la jurisprudencia ya ha adoptado una posición respecto a que las entidades estatales regidas por el derecho privado en sus relaciones contractuales pueden pactar facultades unilaterales en atención a la autonomía de la voluntad. Se llegó a esta determinación jurisprudencial por considerar que si los privados pueden pactar ese tipo de cláusulas y la administración se comporta como un privado más, no es viable considerar que este vetada de esas cláusulas.

- c. En sentencia No 25000-23-36-000-2021-00249-01 (68996) emitida por la Sala Contenciosa Administrativa del Consejo de Estado (2023), dentro del medio de control de controversias contractuales, se estudia la naturaleza jurídica de los actos que se profieren en ejercicio de prerrogativas unilaterales pactadas en contratos regidos por el derecho privado. Esto en atención al

acto expedido por la Unidad Nacional para la Gestión del Riesgo de Desastres (demandada) en el que declaró el incumplimiento parcial de un contrato de compraventa suscrito por UB S.A.S. (demandante).

Para la resolución de la controversia, la corporación determinó en primer lugar que el contrato suscrito por las partes se regía por el derecho privado, en coherencia con lo dispuesto en una cláusula del mismo. Así mismo, en dicho contrato las partes pactaron las sanciones que podrían aplicarse al contratista, entre ellas las de incumplimiento. Con base en eso, el Consejo señala que su jurisprudencia ha sido enfática en que los contratos que no se rigen por el régimen general de contratación pueden contener facultades unilaterales en favor de alguna de las partes, siendo necesario que esos consensos se pacten de manera clara y expresa. La corporación señala que esto no puede equipararse con las prerrogativas públicas de las que están investidas las entidades estatales.

- d. Con ocasión del medio de control de controversias contractuales, en la sentencia No. 05001-23-33-000-2019-00497-01 (63729) de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado (2023) se lleva a cabo un análisis en relación con la terminación unilateral de un contrato exceptuado del régimen general de contratación pública, suscrito entre Empresas Públicas de Medellín y Trainco S.A.S. y Chubb seguros de Colombia S.A.

El Consejo señala en esta providencia que si bien la ley 80 de 1993 dispone unos términos para efectuar la terminación unilateral del contrato, estos son aplicables a las entidades sometidas al régimen de contratación estatal. Por lo que las entidades que actúan en el marco de los regímenes exceptuados no están legalmente obligadas a liquidar el contrato ni tienen potestad de decidir el estado final de aquel. Sin embargo, si en el ejercicio de la autonomía de la voluntad las partes pactan la obligación de liquidar bilateralmente el contrato dentro de un periodo determinado, el juez tendrá que reconocer ese pacto para el cómputo del término de caducidad

de la sección. Esta postura ha sido ratificada por el Consejo en asuntos cuyo régimen jurídico contractual está exceptuado del régimen general de contratación.

- e. Por medio de la sentencia No. 76001-23-33-000-2014-01066-01 (67252) de la Sala Contenciosa Administrativa del Consejo de Estado (2023) se resolvió una apelación dentro de un proceso de controversias contractuales iniciado por Endosalud de Occidente S.A. en contra del Hospital Raúl Orejuela Bueno ESE, en cuanto el actor consideró que se dio un incumplimiento del contrato al ser terminado unilateralmente por el demandado.

Para resolver dicho proceso, la corporación revisó inicialmente el régimen al que se sometió el contrato. Determinó que en cuanto el hospital demandado es una Empresa Social del Estado, está regido por el derecho privado con la posibilidad de usar discrecionalmente las cláusulas exorbitantes del Estatuto General de Contratación.

Posteriormente se determinó que la terminación unilateral del contrato no podía considerarse un acto administrativo o un ejercicio de facultad exorbitante, pues fue consecuencia de la aplicación de una de las cláusulas del contrato objeto del litigio que con base en la autonomía de la voluntad permitía la terminación por decisión autónoma de la entidad demandada.

A pesar de ello, el Consejo de Estado determinó que el hospital llevó a cabo un ejercicio arbitrario de la potestad de terminación del contrato, pues no expresó con claridad y suficiencia las razones por las cuales aplicó dicha cláusula, dejando al demandante en imposibilidad de defenderse y controvertir los argumentos jurídicamente, generando un escenario injusto y desequilibrado.

De estos pronunciamientos deben destacarse algunos aspectos relevantes. En primer lugar, es manifiesta la postura jurisprudencial orientada a reconocer la existencia de un régimen excepcional al cual no se aplican las normas previstas en la ley 80 de 1993, sino las que rigen los contratos civiles y comerciales. Un ejemplo de ello, presente en la jurisprudencia descrita, es el régimen que se aplica a las Empresas de Servicios Públicos.

Por otra parte, las providencias indican que es viable que las entidades que cuentan con un régimen excepcional de contratación, en el marco del principio de la autonomía privada de la voluntad, puedan pactar cláusulas unilaterales en los contratos que ellas celebren. No obstante, destaca que las mismas deben ser claras y deben estar de manera expresa en el contrato.

Asimismo, la Corporación determina que a pesar del sometimiento al régimen privado y de la posibilidad de consagrar facultades unilaterales, las entidades no dejan de ser representantes de la administración del Estado, por lo que, incluso en ese escenario, deben actuar conforme a los fines constitucionales y a los propósitos de la contratación estatal.

Lo descrito hasta aquí permite establecer que tanto el marco normativo como jurisprudencial del país habilita la suscripción de contratos que contengan cláusulas unilaterales en caso de que uno de los extremos contratantes sea una entidad estatal sometida al régimen privado. En los apartados que se presentan a continuación se realiza un análisis del tema desde las perspectivas de los principios de legalidad y autonomía de la voluntad.

III. De los límites y alcances de las facultades unilaterales en el régimen excepcional de la contratación pública

Los capítulos anteriores otorgaron un contexto suficiente para comprender la teoría que rodea a las facultades contractuales de tipo unilateral de las que trata esta investigación. Entonces, de lo descrito previamente se infieren dos situaciones relevantes. En primer lugar, las facultades unilaterales fueron previstas en debida

forma por el legislador y más allá de las posiciones a favor o en contra que de ellas se susciten, forman parte del ordenamiento jurídico vigente del país. En segundo lugar, no se avizora mayor discusión (al menos jurisprudencialmente) en lo que refiere a la viabilidad de pactar dichas facultades. El Consejo de Estado ha sido reiterativo en que se encuentra ajustado a la ley y los diversos litigios resueltos con esta orientación afianzan dicha circunstancia.

No obstante, que las facultades se adecuen a los parámetros normativos no implica que estas tengan alcances ilimitados o que puedan ser usados por las entidades públicas de forma indiscriminada. En punto de ello, el capítulo final de este artículo pretende determinar cuales son los alcances y límites que figuran en el contexto de aplicación de facultades unilaterales en contratos públicos sometidos a regímenes excepcionales.

Los principios rectores

En acápite anteriores se mencionó que a pesar de que ciertas entidades públicas puedan someterse a un régimen excepcional en su proceso de contratación, eso no implica que puedan desligarse de los principios previstos en la ley 80 de 1993, los cuales fungen como parámetros esenciales para la contratación pública.

Del mismo modo, es indispensable que estas entidades estatales guíen sus actuaciones contractuales en coherencia con ciertos principios que se encuentran relacionados, pues estos determinan con precisión los límites a los cuales deben ceñirse. Entre los más destacados en este contexto, según Ternera y Muvdi (2014) se encuentran:

- **Principio de moralidad administrativa.** Este principio consiste fundamentalmente en el ejercicio de las actividades estatales en armonía con el ordenamiento jurídico y con la consecución de las finalidades del Estado. Ternera y Muvdi aseveran que independientemente de si una entidad se encuentra sometida a un régimen excepcional, sus procesos de contratación

no pueden implicar un detrimento a la moralidad administrativa que se espera de sus actuaciones.

- **Economía y celeridad.** Según Ternera y Muvdi (2014) los principios de economía y celeridad consisten en que todas las fases contractuales deben llevarse a cabo en el menor tiempo posible, ocupando los recursos que se consideren estrictamente necesarios. Mediante Sentencia No. 31447, el Consejo de Estado (2014) estableció que estos principios se logran a partir de tres parámetros: prevalencia del derecho sustancial sobre la forma, cumplimiento único de las etapas objetivamente necesarias y finalmente, que las entidades no pueden dar inicio a procesos de contratación sin que exista la disponibilidad presupuestal para tal fin.

En este orden de ideas, puede establecerse que el primer límite que impone el ordenamiento jurídico a la facultad de las entidades estatales de pactar cláusulas unilaterales con ocasión de un régimen excepcional de contratación, es el acatamiento de ciertos principios de la contratación pública, los cuales no pueden pasar inadvertidos.

A título personal se considera que con ocasión de los regímenes excepcionales de contratación se suscita una concentración de principios y parámetros. Es decir, Las entidades pueden hacer uso de ciertas prerrogativas del derecho privado, tal y como la autonomía de la voluntad, pero en paralelo, deben atender a los principios que prevé el Estatuto General de Contratación. De lo contrario, se originaría un exceso de los alcances con los que cuentan las entidades excepcionadas y a su vez, un detrimento al ordenamiento jurídico.

La proporcionalidad.

Un principio muy destacado del derecho administrativo es la proporcionalidad. Ramírez Torrado (2010) establece que el principio, a grandes rasgos, consiste en la materialización de una idea básica de justicia material consistente en no incurrir

en ningún sacrificio innecesario. Este principio se compone a su vez por los criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

En providencia C – 673 la Corte Constitucional (2001) estableció que para determinar si la administración acata el postulado de la proporcionalidad deben cumplirse una serie de requisitos: (1) legitimidad del objetivo de la medida, (2) estudio del medio que se emplea, que no debe sacrificar principios con mayor valor constitucional y (3) ponderación del principio que se protege con el que se sacrifica.

Si bien lo anterior es aplicado mayoritariamente en derecho administrativo sancionatorio, puede ser tenido en cuenta para comprender los alcances de las cláusulas contractuales de las que trata este estudio. Entonces, otro de los límites que debe tenerse en cuenta es el carácter excepcional del régimen de contratación que someta a las entidades al derecho privado.

Cómo fue descrito en el primer capítulo de este estudio, la norma primigenia y general es la ley 80 de 1993, por lo que las entidades que sometan sus procesos contractuales al régimen privado se constituyen como la excepción. Así mismo, se mencionó que el objetivo del legislador al establecer esta salvedad legal fue la de obtener un mayor nivel de agilidad y rapidez en la suscripción y celebración de contratos públicos.

Así, se evidencia claramente que el carácter excepcional de las facultades unilaterales no puede pasarse por alto. Por el contrario, su aplicación debe circunscribirse de manera estricta a las situaciones específicamente contempladas por la legislación vigente. Esta restricción subraya la importancia de preservar la naturaleza extraordinaria de estas facultades, las cuales deben ser invocadas exclusivamente en las circunstancias que se ajusten a las excepciones previstas.

En este contexto, la proporcionalidad se manifiesta de manera notoria, ya que implica un sacrificio controlado de la aplicación de las normas generales que rigen la contratación pública. En aras de preservar intereses superiores, como la consecución de los fines del Estado y el correcto desarrollo de la contratación

pública, se somete a los contratos públicos a un régimen normativo diferente, equivalente al derecho privado. Esta medida excepcional busca salvaguardar y optimizar las condiciones necesarias para alcanzar los objetivos estatales, reconociendo que en determinadas situaciones la aplicación irrestricta de las normas generales podría resultar inadecuada o insuficiente.

Así, a título personal se establece que la proporcionalidad se manifiesta como un principio rector que equilibra la necesidad de flexibilidad en la gestión pública con la salvaguardia de los principios fundamentales y los objetivos esenciales que deben regir la contratación pública. Esta ponderación cuidadosa de intereses garantiza que las facultades unilaterales, al ser invocadas, no solo estén debidamente justificadas sino que también estén alineadas con los principios de legalidad y eficiencia que rigen el ejercicio de la administración pública

Revisión judicial.

Uno de los límites más relevantes que impone el ordenamiento jurídico a las cláusulas y facultades de las que trata esta investigación es el relacionado con la intervención de los operadores jurídicos. El dinamismo e interpretación propia del derecho obliga a que sean los jueces y magistrados de la república quienes interpongan límites y alcances según cada caso en concreto, teniendo en cuenta lo dispuesto en el ordenamiento jurídico. En capítulos anteriores, en dónde se revisó algunos pronunciamientos del Consejo de Estado, se observaron algunas de estas limitaciones. Entre ellas, las que se describen a continuación.

- Las entidades que se encuentra dentro del régimen excepcional de contratación pierden la potestad de decidir con fuerza ejecutiva el estado final de las prestaciones que se derivan del contrato, facultad que si se encuentra en cabeza de las entidades sometidas a la ley 80 [de 1993](#). Tomar dicha decisión, constituye un detrimento a los límites que la jurisprudencia ha establecido para estos procesos contractuales.

- Los actos de las entidades públicas dejan de ser considerados administrativos y por ende, no pueden ser sometidas a esa normatividad. En sentencia del 20 de febrero, el Consejo de Estado (2017) estableció que aunque el contrato permita hacer efectivas cláusulas unilaterales, eso no implica una concesión de poderes administrativos para la entidad pública. Esto en cuanto los actos que son emitidos por aquella se derivan directamente del pacto negocial, por lo que son considerados contractuales y no administrativos.
- La posibilidad de pactar cláusulas unilaterales también puede estar sometida a posteriores controles judiciales. En sentencia, [eEl](#) Consejo de Estado determina que si las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad contractual, pactaron descuentos por incumplimientos o multas, al operador jurídico le corresponde observar el cumplimiento preciso de los términos y condiciones establecidos en el contrato. Esta limitación responde al propósito de que sea judicialmente verificado que la ejecución de una facultad unilateral no correspondió a un uso abusivo del derecho, con mayor relevancia si en uno de los extremos contractuales se encuentra una entidad pública.

Conclusiones

La contratación pública constituye uno de los ejes más relevantes del derecho en Colombia. Su relación intrínseca con el cumplimiento de los fines constitucionales y estatales genera que las instituciones y la academia estudien constantemente sus particularidades y problemáticas. Entre las más destacados se encuentran las que se derivan de los diferentes regímenes que ha dispuesto el legislador para las labores contractuales del Estado.

El régimen privado de la contratación, al que se encuentran sometidas ciertas entidades estatales, ha permitido alcanzar una mayor eficiencia en la resolución de conflictos. Por ello y en atención a algunos aspectos relevantes de la naturaleza del derecho privado, el Consejo de Estado, ha reconocido y avalado la viabilidad de pactar cláusulas unilaterales en los contratos que se suscriban.

En el estudio se determinó que las cláusulas unilaterales de los contratos estatales de derecho privado se encuentra en armonía con los principios de legalidad y autonomía de la voluntad. Además, no pueden equipararse con las facultades exorbitantes de la administración. Por lo tanto, la jurisprudencia y la doctrina han adoptado una postura pacífica respecto a esas posibilidad, permitiendo que las entidades estatales exceptuadas de la ley 80 de 1993 pacten facultades unilaterales estando limitadas únicamente por el bien común.

Así mismo, se estableció que de la jurisprudencia y de la interpretación del ordenamiento jurídico se derivan una serie de limitaciones que regulan la forma en que las entidades estatales actúan con ocasión del régimen excepcional de contratación. Entre ellas se encuentran, el sometimiento a los principios orientadores de la contratación pública, la pérdida de ciertas facultades exclusivas de la administración (facultades exorbitantes) y el sometimiento particular al control judicial.

Referencias

- Aedo Barrena, C. (2019). Facultad unilateral de terminar el contrato y buena fe contractual. *Revista chilena de derecho privado*, 33, 73 – 96.
- Álvarez Werth, F. (2020). Cláusulas de terminación unilateral sin expresión de causa. Un intento de caracterización desde el derecho civil. *Revista chilena de derecho privado*, 35, 147 – 191.
- Ahumada Cervantes, C., Sierra Fernández, T. y Sierra Teherán, L. (2016). Límites a los contratos estatales frente a los regímenes especiales de contratación en Colombia. Estudio de casos: empresas sociales del Estado y universidades. [Tesis de pregrado, Universidad Libre].
- Bahamón-Jara, M. L. (2018). Elementos y presupuestos de la contratación estatal. Bogotá: Universidad Católica de Colombia

Cardenas, D. y Barrera, B. (2023). Aplicaciones del *Ius Puniendi* en los contratos estatales regulados por el derecho privado. *Ciencia latina revista científica multidisciplinar*, 7(2), 5165 – 5181.

Castillo, M. (2021). De la facultad de pactar cláusulas de terminación unilateral del contrato por parte de las entidades estatales exentas del régimen de contratación pública [Tesis de pregrado, Universidad EAFIT].

Consejo de Estado [CE], Sala Contenciosa Administrativa, agosto 24, 2016. C.P.: J. Santofimio.

Consejo de Estado [CE], Sala Contenciosa Administrativa, mayo 25, 2023. C.P.: A. Montaña.

Consejo de Estado [CE], Sala Contenciosa Administrativa, julio 12, 2023. C.P.: J. Rodríguez.

Consejo de Estado [CE], Sala Contenciosa Administrativa, junio 2, 2023. C.P.: M. Velásquez.

Consejo de Estado [CE], Sala Contenciosa Administrativa, marzo 10, 2023. C.P.: J. Rodríguez.

Consejo de Estado [CE], Sala Contenciosa Administrativa, septiembre 7, 2023. C.P.: F. Ibarra.

Corte Constitucional [CC], septiembre 5, 2001. M.P.: C. Vargas. Sentencia C – 949/01

Corte Constitucional [CC], diciembre 11, 2013. M.P.: N. Pinilla. Sentencia C – 934 / 13.

Corte Constitucional [CC], mayo 6, 2014. M.P.: M. Calle. Sentencia T – 276/14.

Corte Constitucional [CC], julio 16, 2014. M.P.: L. Guerrero. Sentencia C – 501/14.

- Díaz Espinosa, L. (2007). Panorama de la contratación estatal en Colombia. [Tesis de pregrado, Universidad de los Andes].
- Duque, R. H. (2020). Las facultades unilaterales en los contratos de las entidades exceptuadas de la Ley 80 de 1993. Estudios en derecho público: Liber amicorum en homenaje a Carlos Betancur Jaramillo. Tomo II.
- García Ricci, D. (2015). Estado de derecho y principio de legalidad. Segunda edición, Comisión Nacional de Derechos Humanos.
- Giraldo Álvarez, M. (2017). La terminación unilateral por pacto convencional en contratos estatales regidos por derecho privado. [Tesis de maestría, Universidad de los Andes].
- Gobbi, F. y Triay, A. (2015). El principio de la autonomía de la voluntad en las contrataciones. [Trabajo de investigación, Universidad Nacional de Cuyo]
- Güecha Medina, C. (2006). Falacia de las cláusulas exorbitantes en la contratación estatal. *Revista opinión jurídica*, 5(10), 33 – 47.
- Jaramillo Uribe, C. (2015). La necesaria existencia de un régimen especial para la contratación administrativa. [Repositorio Universidad Pontificia Bolivariana].
- Lecuyer, H. (2011). La modificación unilateral del contrato. *Revista de derecho privado*, 21, 257 – 272.
- Montaña, A. y Zapata, P. (2022). La necesaria claridad conceptual y teórica sobre los contratos estatales que se rigen por el derecho privado como presupuesto para su control judicial efectivo. *Revista digital de derecho administrativo*, 27, 45 – 72.
- Osorio, N. (2013). Las cláusulas excepcionales en la actividad contractual de la administración pública: ¿autonomía de la voluntad o imposición del legislador? N° 10. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pp. 95-108.

- Pineda, N. (2020). Mecanismos jurídicos para la imposición de la cláusula penal en los contratos privados de la administración pública. [Trabajo de grado, Universidad Militar Nueva Granada].
- Pizano Wagner, M., Trujillo Durán, M. y Younes Becerra, D. (2009). Los regímenes excepcionales de contratación previstos en la ley 80 de 1993. [Tesis de pregrado, Universidad Javeriana].
- Ramirez Torrado, M. (2010). Reflexiones acerca del principio de proporcionalidad en el ámbito del derecho administrativo sancionador colombiano. *Revista de estudios socio jurídicos*, 12(1), 155 – 172.
- Restrepo Ramirez, J. (2022). El restablecimiento del equilibrio económico en los contratos de entidades públicas con régimen exceptuado de contratación en Colombia. [Artículo de pregrado, Universidad EAFIT].
- Tenera, J. y Muvdi, F. (2014). Estatuto General de Contratación Estatal y Régimen Excepcional: Urgencia Manifiesta en Entidades con Régimen Excepcional de Contratación (Empresas Prestadoras de Servicios Públicos Domiciliarios). [Tesis de pregrado, Universidad de los Andes].