

**EL EJERCICIO DE LA EXORBITANCIA EN LAS UNIVERSIDADES OFICIALES O
ESTATALES**

GIOVANI BUSTAMANTE CUCA

**TRABAJO DE GRADO PARA OPTAR POR EL TÍTULO DE:
ESPECIALISTA EN CONTRATACION ESTATAL**

**ESP. MG. DANIEL RIGOBERTO BERNAL GOMEZ
DIRECTOR**

UNIVERSIDAD SANTO TOMAS SECCIONAL TUNJA

FACULTAD DE DERECHO

ESPECIALIZACION EN CONTRATACION ESTATAL

TUNJA

2015

RESUMEN

En el presente trabajo se realizaron tres capítulos que corresponden a unos objetivos específicos; en el primer capítulo, se abordó el régimen de contratación de las entidades públicas y su evolución normativa, el objetivo fijado era establecer un marco teórico que fundamente los capítulos siguientes. Posteriormente, en el segundo capítulo, se abordaron los regímenes excepcionales de contratación en nuestro ordenamiento jurídico; la contratación en las universidades públicas, sus fundamentos jurídicos, la autonomía universitaria y los límites a la misma. Finalmente, en el último capítulo, se enumeraron y desarrollaron la problemática e interrogantes detectados a lo largo del proyecto, con la idea de establecer soluciones a los vacíos o incongruencias encontradas.

Palabras clave: Autonomía Universitaria, Clausulas Exorbitantes, Regímenes Excepcionales, Derecho Común, Derecho Privado.

ABSTRACT

In this paper was done three chapters that correspond to specific targets were performed; in the first one, the rules on procurement by public bodies and regulatory evolution is discussed, the stated goal was to establish a theoretical framework on which the following chapters. Later, in the second chapter, exceptional contracting regimes in our legal system were addressed; recruitment at public universities, its legal foundation, university autonomy and the limits to it. Finally, in the last chapter, were listed and developed the problems and issues identified during the project, with the idea of establishing solutions to gaps or inconsistencies found.

Key words: University Autonomy, Clauses Exorbitant, Exceptional Regimes, Common Law, Private Law.

INDICE

1. INTRODUCCION
2. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA
3. FORMULACION DEL PROBLEMA
4. HIPÓTESIS
5. OBJETIVOS
 - 5.1 Objetivo General
 - 5.2 Objetivos Específicos
6. DESARROLLO DEL TEMA
7. CONCLUSIONES
8. REFERENCIAS

1. INTRODUCCIÓN

La contratación estatal, es el instrumento del que por excelencia, se sirve el estado para cumplir con sus fines, este instrumento en donde se concretan de los propósitos estatales ha sufrido cambios significativos ligados a aspectos legislativos coyunturales o determinados por la modificación del arquetipo estatal o modelo sociopolítico imperante en un momento determinado.

A partir de la adopción del nuevo modelo de estado implantado con la Constitución Política de 1991, se determinó que el estado debe competir en igualdad de condiciones con los particulares en el mercado de bienes y servicios. Para desarrollo de lo anterior, se expidió la Ley 80 de 1993 y se determinó que algunas entidades estatales, como las universidades estatales u oficiales, debían someterse a un régimen de contratación especial que las dotara de un mayor grado de eficacia en la gestión de sus asuntos.

El hecho de establecer regímenes especiales para algunas entidades estatales, supone que las mismas se alejen un poco de las nociones y procedimientos clásicos o comunes del derecho administrativo y se enmarquen más dentro de una óptica ius privatista, lo cual las pone en un plano de igualdad conmutativa con relación a los particulares o contratistas que intervienen en sus asuntos.

Además, lo anterior supone que las entidades con regímenes de contratación especial, salvo expresa habilitación legal como es el caso de la Universidad Nacional de Colombia (Decreto Extraordinario 1210 de 1993), no pueden contemplar en sus manuales de contratación, de manera unilateral el pacto y ejercicio de potestades excepcionales al derecho común.

Sin embargo, los entes universitarios gozan de una autonomía reconocida por la ley, tal autonomía les permite a estas entidades adoptar esquemas de contratación eficientes que solo deben atender los postulados de la gestión fiscal, los principios de la función administrativa que trata el artículo 209 de la constitución política y del régimen de inhabilidades e incompatibilidades contemplados en el Estatuto General de Contratación de la administración pública.

No obstante ello, tal autonomía encuentra unos límites, por lo que resulta pertinente indagar sobre la posibilidad que tienen los entes universitarios de incluir en sus manuales de contratación el ejercicio de cláusulas excepcionales al derecho común con fundamento en la autonomía de que son titulares.

Para alcanzar un adecuado cumplimiento de los objetivos propuestos en este estudio, la orientación metodológica se basó en dos elementos fundamentales, el primero de ellos, correspondiente al análisis jurídico de la naturaleza y alcances de las cláusulas exorbitantes, para ello, se realizó un estudio conjunto de la doctrina administrativa, la jurisprudencia y de la legislación vigente. En segundo lugar, se adelantó la revisión de casos prácticos en los que se consagra la posibilidad de aplicación de cláusulas excepcionales por parte de universidades públicas.

Además de utilizar un método investigativo como el descrito, se realizó un análisis de la información recolectada a través de diferentes fuentes bibliográficas que se especifican en el aparte correspondiente.

2. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

En 1991 el constituyente, con el fin de separar la educación superior de los posibles intereses del ejecutivo, proclamó en el artículo 69 de la Constitución Política autonomía para las universidades públicas, permitiéndoles generar sus propias directrices, con el fin de desarrollar esta máxima constitucional, en 1992 fue proferida la Ley 30 a través de la cual se organizó el servicio público de la educación superior, frente al tema de la contratación, el artículo 93 de la mencionada ley afirma lo siguiente:

“Salvo las excepciones consagradas en la presente ley, los contratos que para el cumplimiento de sus funciones celebren las universidades estatales u oficiales, se regirán por las normas del derecho privado y sus efectos estarán sujetos a las normas civiles y comerciales, según la naturaleza de los contratos.

PARÁGRAFO. Se exceptúan de lo anterior los contratos de empréstito, los cuales se someterán a las reglas previstas para ellos por el Decreto 222 de 1983 y demás disposiciones que lo modifiquen, complementen o sustituyan.”

(Ley 30 de 1992, Art. 93. 1992)

Al respecto, sobre el régimen contractual de las universidades públicas la Contraloría General de la República ha sostenido lo siguiente:

“las entidades estatales que por su especial actividad aplican el derecho privado, no dejan de ser públicas y cumplir con su función administrativa cuando celebran contratos. De tal manera, que al no aplicarse el mismo tratamiento contractual a todos los Entes del Estado no las exime de la observancia de los principios del artículo 209 de la Constitución Política. En este orden, podemos concluir que la contratación en las universidades públicas del estado se rige por lo dispuesto en la Ley 30 de 1992, con la plena observancia de los principios que regulan la función pública.”

(Contraloría General de la Nación; 2011; 3)

3. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

En atención a los aspectos tomados anteriormente, resulta importante establecer si los entes universitarios públicos gozan o no de competencia o habilitación legal para establecer y aplicar en sus contratos estatales cláusulas excepcionales al derecho común. Además de lo anterior conviene precisar si tal competencia se puede inferir de la finalidad de los contratos que tales entes celebran, o de la autonomía universitaria.

4. HIPÓTESIS

El establecimiento y la aplicación de cláusulas exorbitantes por parte de los entes universitarios resulta viciado de nulidad por cuanto tales cláusulas constituyen una prerrogativa en virtud de la cual se rompe la fuerza normativa de los contratos sometidos a regímenes especiales y le atribuyen a la entidad varios efectos, a saber: i) la derogatoria de ciertas normas del derecho privado, en tanto en este régimen el nacimiento, la ejecución y la extinción de las obligaciones contractuales son aceptadas de consuno por las partes del negocio jurídico, lo que no ocurre en el ejercicio de aquéllas que se imponen al particular contratista, aún contra su voluntad; ii) el privilegio exclusivo a favor de la universidad para su ejercicio; iii) la facultad de aplicarlas en forma unilateral por la universidad; iv) la ejecutoriedad de la decisión que se adopta a través de su ejercicio, y cuyos efectos puede hacer valer la universidad sin necesidad de acudir previamente al juez del contrato; y v) la posibilidad de ejercer el control y vigilancia del objeto contractual a través de ellas.

El establecimiento y pacto de tales cláusulas por parte de las universidades oficiales constituyen un rompimiento de la intangibilidad contractual que emana del principio de la autonomía de la voluntad y en consecuencia, las mismas estarían viciadas de nulidad absoluta por cuanto su pacto sin habilitación legal constituye o genera un objeto ilícito

5. OBJETIVOS

5.1 Objetivo General

Determinar si el pacto y aplicación de las cláusulas excepcionales al derecho común por parte de los entes universitarios públicos es ajustado o no al ordenamiento jurídico colombiano o por el contrario constituye una actuación viciada de nulidad.

5.2 Objetivos Específicos

Identificar los aspectos teóricos y jurídicos relacionados con el régimen de la contratación estatal de las universidades públicas en Colombia.

Identificar los aspectos relacionados con la cláusula exorbitante en los contratos en los que sean parte las universidades públicas.

Determinar cuál es el régimen actual en los contratos en los que sean parte las universidades públicas, con el propósito de identificar si se incluyen cláusulas exorbitantes

Analizar si es válido o no la inclusión de cláusulas exorbitantes en los contratos que celebran las universidades públicas.

6. DESARROLLO DEL TEMA

Desde el advenimiento del estado clásico liberal, que trajo consigo el sometimiento del actuar del estado al principio de legalidad se erigió como categoría jurídica de vital importancia la responsabilidad del estado cuando este actuara por fuera de los lineamientos que lleva implícito aquel principio de legalidad; en virtud de tal principio el estado debe someterse y actuar conforme a todo un esquema normativo con apego al cual garantiza en la mayor medida de lo posible el cumplimiento de los fines del mismo.

(CCons, T – 406 /1992 M.P. Angarita, C.)

Tales fines, se consiguen a través de una serie de elementos o herramientas jurídicas en cabeza de la Administración que le permiten concretar sus cometidos, entre los que se destaca el contrato estatal entendido por Yong (2013) como el instrumento mediante el cual, la entidad estatal con el concurso de un tercero levanta obras públicas, presta servicios públicos o adquiere bienes para satisfacer las necesidades e intereses de la comunidad.

El régimen contractual de las entidades públicas en Colombia, ha presentado un sinnúmero de modificaciones dinámicas y extremas que deben entenderse a la luz de circunstancias históricas, administrativas y jurídicas que han inspirado tales cambios, desde sus inicios, hasta concretarse la vigencia de la ley 80 de 1993

(Rico, 2012, Pag. 48)

La Ley 80 de 1993 unificó la denominación de las categorías contractuales de la administración en los llamados contratos estatales, pretendiendo superar el debate tradicional de la distinción de los contratos que celebra la administración, fijando exclusivamente en la jurisdicción contencioso administrativa la competencia para el conocimiento de los litigios que se originen en aquellos. Sin embargo, esta normatividad introdujo otro asunto no menos problemático, cual es la aplicación del Derecho Privado como regla general a la actividad contractual de las entidades estatales, salvo en las materias particularmente reguladas por el Estatuto General de la Contratación Estatal.

Regímenes excepcionales.

El fenómeno de la huida del derecho administrativo constituye, por regla general, la aplicación del derecho privado a algunas entidades públicas. Ello configura la existencia de regímenes jurídicos que excluyen la aplicación de las normas especiales contenidas en la Ley 80 de 1993 y en razón de ello se rigen por normas civiles y mercantiles.

Bajo este panorama de aplicación de normas privatistas a la contratación estatal, se agrega el hecho de que existen paralelamente regímenes contractuales de entidades estatales a las cuales no se les aplica el Estatuto Contractual, establecidos en normas constitucionales y legales, incluso en normas que contiene la propia Ley 80 de 1993, constituyéndose esta circunstancia en otra manifestación del fenómeno de la huida del derecho administrativo al derecho privado.

Al respecto, el profesor Vidal (2008) señala que la existencia de entidades sujetas a regímenes especiales, cual es el caso de las universidades públicas, constituye una de las diversas manifestaciones en el plano jurídico del fenómeno de la huida del derecho administrativo al derecho privado.

Contratación de la Universidad Pública

El concepto número 2010-663-011114-2, del Departamento Nacional de Planeación, define de manera concreta cuál es el régimen contractual de las universidades públicas en el país, informando que éste tiene un carácter especial y se encuentra regulado por normas especiales derivadas del Estatuto General de la Contratación Estatal.

Por su parte la Procuraduría General de La Nación en el concepto número 2011ER8669 de fecha 3 de febrero de 2011, sostiene que el régimen de contratación de la universidad pública se encuentra definido por el artículo 69 de la Constitución Política, el cual reviste a la universidad como ente autónomo que requiere para su correcto funcionamiento autonomía, generando para estas entidades un régimen especial.

Al respecto, sobre el régimen contractual de las universidades públicas la Contraloría General de la República en concepto No 3 de 2011 sostuvo lo siguiente:

Las entidades estatales que por su especial actividad aplican el derecho privado, no dejan de ser públicas y cumplir con su función administrativa cuando celebran contratos, de tal suerte, que el no aplicar el mismo tratamiento contractual que todos los entes del Estado no las exime de la observancia de los principios del artículo 209 y 267 de la Constitución Política. Es preciso observar que los diferentes conceptos emanados de esta oficina sobre la contratación de las universidades del Estado, han señalado que dicha contratación se rige por

los principios constitucionales y legales establecidos para el efecto. Así las cosas, la contratación en las universidades públicas del estado se rige por lo dispuesto en la Ley 30 de 1992, con la plena observancia de los principios que regulan la función pública.

Si bien es cierto el régimen aplicable a las universidades públicas es el régimen contractual privado resulta interesante determinar cuál es el papel de las cláusulas exorbitantes dentro de este régimen de contratación, porque esta figura es aplicada en la contratación pública con el objeto de garantizar el cumplimiento de los fines estatales.

El régimen contractual de las universidades públicas en Colombia tiene matices que sin duda alguna la diferencian del régimen contractual administrativo común. Es claro que en materia administrativa, se ubica en un régimen especial por lo que es pertinente establecer cómo dentro de un régimen de contratación que se rige por las normas del derecho privado por su especial condición de entidad pública se le permite incluir, dentro de sus contratos, las cláusulas excepcionales al derecho común como mecanismo idóneo para garantizar el cumplimiento de sus fines.

En materia jurisprudencial, la Corte Constitucional sostuvo en la sentencia C-547 de 94, que el régimen contractual de las universidades estatales u oficiales es especial. Aunado a lo anterior, el Consejo de Estado mediante sentencia 04169 de 1995 afirmó que los entes universitarios autónomos, en desarrollo de la autonomía universitaria consagrada en la Carta Suprema, gozan de un régimen contractual especial de conformidad con lo dispuesto por los artículos 57, 93 y 94 de la Ley 30 de 1992, y por tal razón no se encuentran sometidos al régimen consagrado en la Ley 80 de 1993, lo cual obliga a precisar si dicha circunstancia incide o no en la competencia de los entes universitarios para pactar cláusulas excepcionales al derecho común.

La Autonomía Universitaria

La universidad, cuyo fundamento es el perfeccionamiento de la vida y cuyo objetivo es contribuir a la formación de individuos que reivindiquen y promuevan ese fundamento, a través del dominio de "un saber" y de la capacidad de generar conocimiento, reclamando su condición de fines en sí

mismos y no de meros instrumentos, requiere, para "ser", del reconocimiento efectivo de su autonomía.

Ahora bien, esa autonomía que el constituyente le reconoció a las universidades, tiene como objetivo principal protegerlas de la interferencia del poder político central, al igual que ocurre por ejemplo con el organismo estatal que creó para el manejo de la televisión, no obstante, eso no implica, como lo ha dicho la Corte, que sean ajenas e independientes del mismo Estado, en efecto, sobre el particular la Corte ha manifestado:

Vale la pena aclarar que la autonomía entregada por la Carta a la entidad encargada del manejo de la televisión, no le da el carácter de órgano superior del Estado ni le concede un ámbito ilimitado de competencias [tampoco a las universidades del Estado], pues cualquier entidad pública por el simple hecho de pertenecer a un Estado de derecho, se encuentra sujeta a límites y restricciones determinados por la Constitución y la Ley.

(CConst, C-310/1996, Naranjo, V).

Así las cosas, como lo manifestó la Corte Constitucional mediante providencia de 1992, el papel del legislador en la materia es bien importante, ya que es en las normas legales en donde se encuentran los límites de la señalada autonomía, a efectos de que las universidades no se constituyan en islas dentro del sistema jurídico y, por el contrario, cumplan la función social que corresponde a la educación.

(CConst, T-492/1992, Hernández, J)

Como quedó dicho, es competencia del legislador establecer los límites a la libertad de acción que en ejercicio de la autonomía universitaria se le reconoce a las universidades públicas; tales límites los debe imponer el legislador de manera expresa a través de la norma, constituyendo éstos excepciones a la regla general, sin que pueda entenderse que la regulación del quehacer de las universidades, per-se, sea una obstrucción a la autonomía. Sobre el particular ha dicho la Corte:

Haciendo un análisis sistemático de las normas constitucionales que rigen este asunto, se concluye que la autonomía universitaria no es absoluta, puesto que corresponde al Estado regular y ejercer la suprema inspección y vigilancia de la educación con el fin de velar por su calidad, por el cumplimiento de sus fines y por la mejor formación moral, intelectual y

física de los educandos; y a la ley establecer las condiciones requeridas para la creación y gestión de los centros educativos, y dictar las disposiciones con arreglo a las cuales las universidades pueden darse sus directivas y regirse por sus estatutos.

(CConst, C-547/ 1994, Gaviria, C)

Si se entiende que la autonomía se traduce para las universidades públicas en la posibilidad de auto determinarse, esto es "de hacer" de acuerdo con sus singulares objetivos y necesidades, su definición jurídica cobra especial importancia, pues ella delimita el marco dentro del cual pueden ejercer esa prerrogativa sin desvirtuarla y les determina los instrumentos jurídico-administrativos de los que disponen para el efecto, es innegable que la experiencia de las universidades públicas, mientras fueron clasificadas como establecimientos públicos, fue desafortunada, pues su desarrollo académico y el ejercicio de la autonomía que les es consustancial se vieron obstaculizados por la permanente necesidad de ajustar sus objetivos a una estructura inadecuada, dependiente y supeditada al ejecutivo, que no correspondía con los fines que le son propios; de hecho, una de las funciones que las define como tales, la investigación, no pudo lograr un desarrollo fluido y racional en dicho esquema jurídico administrativo, razón por la cual fue necesario, en muchas ocasiones, recurrir al diseño de mecanismos jurídicos de excepción que les permitieran cumplir con esa primordial tarea.

Es innegable, que el principio de autonomía universitaria que consagró el artículo 69 de la Constitución Política hacía necesario, tal como lo previó el Constituyente en el inciso segundo de dicha norma superior, el diseño por parte del legislador de un régimen especial para las universidades del Estado, que les permitiera a éstas hacer compatible su doble condición de entes públicos pero autónomos, régimen que debe incluir, como en efecto incluyó (Ley 30 de 1992), la materia presupuestal.

(C Const., C-299 /1994, Barrera, A).

El Consejo de Estado en Sentencia 2007-00249 de marzo 15 de 2012, manifestó que:

La autodeterminación de los entes universitarios oficiales se traduce en la ausencia de injerencia de los poderes públicos, en concreto el ejecutivo, sin que les reste el carácter de organismos de derecho público sujetos a un régimen legal propio, lo que quiere decir que exigen por parte del legislador un tratamiento especial, que les permita efectivamente ejercer

esa prerrogativa, sin que ello implique exonerarlas de contacto con el estado o de los controles que sobre ellas se deben ejercer.

(C.E. 2007-00249 / 2012)

En idéntico sentido, la Corte Constitucional en sentencia C - 220 d 1997 con ponencia del doctor Fabio Morón. Sostuvo lo siguiente:

El artículo 69 de la Constitución Política reconoce y garantiza la autonomía universitaria, entendida como la legítima capacidad que tienen dichas instituciones para autodeterminarse; dicho principio se predica esencial en un estado social y democrático de derecho. En desarrollo de ese principio de rango constitucional el legislador expidió la ley 30 de 1992, por la cual organizó el servicio público de la educación superior y estableció el régimen especial que ordenó el Constituyente para las universidades del Estado.

La Corte Constitucional en sentencia T-310 del 6 de mayo de 1999 sostuvo que el principio de la autonomía universitaria es la capacidad de autodeterminación otorgada a las instituciones de educación superior para cumplir con la misión y objetivos que le son propios. Manifestó la Corte en la sentencia señalada que se trata “de una garantía en virtud de la cual los entes de educación superior pueden darse su propia normatividad, estructura y concepción ideológica, con el fin de lograr un desarrollo autónomo e independiente de la comunidad educativa, sin la injerencia del poder político.” No obstante ello, se precisa en la sentencia, que la autonomía universitaria no puede ser concebida como un derecho autónomo que puede desconocer las normas mínimas establecidas en la ley.

(CConst. T-310/1999, Martínez, A)

Límites de la Autonomía Universitaria

La autonomía universitaria encuentra límites claramente definidos por la propia Constitución, en efecto, la norma superior señala que la enseñanza está sometida a la inspección y vigilancia del Presidente de la República (C.P., arts. 67 y 189-21); de igual manera, en el estatuto superior se destaca que la prestación del servicio público de la educación exige el cumplimiento estricto de la ley (C.P., art. 150-23). Por ende, la autonomía universitaria no excluye la acción legislativa.

Sobre los límites a la autonomía universitaria, la Corte Constitucional en sentencia T-1435 de 25 de octubre de 2000, manifestó:

Es de importancia destacar, atendiendo la interpretación sistemática de las preceptivas superiores que regulan la materia, que el ejercicio de la autonomía universitaria encuentra límites y restricciones en aspectos concretos que se relacionan con: la facultad reconocida al Estado para regular y ejercer la suprema inspección y vigilancia de la educación (C.P., art. 67), la competencia atribuida al legislador para expedir las disposiciones generales con arreglo a las cuales las universidades pueden darse sus directivas y regirse por sus propios estatutos.

En idéntico sentido, en sentencia C-829 de 2002, la Corte manifestó que el sentido de la autonomía no es otro que brindar a las universidades la discrecionalidad necesaria para desarrollar el contenido académico de acuerdo con las múltiples capacidades creativas de aquellas, con el límite que encuentra dicha autonomía en el orden público, el interés general y el bien común. La autonomía es, pues, connatural a la institución universitaria; pero siempre debe estar regida por criterios de racionalidad que impiden que la universidad se desligue del orden social justo.

Potestad Sancionatoria de las Entidades Estatales

El contrato estatal es un acto de previsión, cuya fuerza normativa, en principio, no puede ser desestimada, en consecuencia, una de la partes no puede modificar lo previsto de manera unilateral, ello por cuanto si un contratante impone una modificación unilateral, significa que las previsiones de la otra parte han sido descartadas. Es decir, en principio los contratos estatales no pueden ser modificados sino por la voluntad de las partes en atención a su fuerza normativa.

Atendiendo lo antes dicho, conviene analizar si una entidad que presta un servicio público pero que se encuentra sometida a un régimen especial en materia de contratación, puede o no pactar e imponer cláusulas exorbitantes en ejercicio de dicha actividad. El Consejo de Estado en sentencia del 21 de octubre de 1994, en la que se discutía la posibilidad de imponer, por una entidad con régimen especial, de manera unilateral una multa manifestó lo siguiente:

Con base en el principio de la igualdad absoluta de las partes en el contrato de derecho privado, ninguna de ellas puede arrojarle el privilegio de multar directamente a la otra por supuestos o reales incumplimientos de sus prestaciones debidas, dado que no se puede ser juez y parte a la vez en dicha actividad negocial. Le corresponde por consiguiente al juez del contrato, determinar si se dan los supuestos fácticos y jurídicos que justifiquen la imposición de la referida multa. Adicionalmente, en cada caso, el juez ponderará si la cuantía y modalidad de las multas son razonables, equitativas y compensatorias al incumplimiento total o parcial, y aún en el caso del cumplimiento tardío, o defectuoso, o así por el contrario, aquellas resultan extremas, desproporcionadas o inequitativas, lo cual le permitirá mirarlas como ineficaces total o parcialmente, reducirlas, y, en fin, atemperarlas a las justas proporciones del caso.

(CE, Exp. 9288/1994, Suárez, D.)

Si bien las cláusula de multa y la cláusula penal, como luego se dirá, no constituyen el uso de potestades exorbitantes, o mejor aún, no son cláusulas excepcionales al derecho común, es claro que en el fallo citado, el Consejo de Estado deja ver que no obstante, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, las pueden pactar, estas no tienen la facultad para imponerlas de manera directa, sino que por el contrario, deben acudir al juez natural del contrato para que este las aplique.

El Consejo de Estado, en sentencia de 2001 manifestó que tratándose de las cláusulas exorbitantes, no es posible pactarlas en entidades con regímenes especiales por cuanto, de un lado, como se ha visto, este tipo de poderes requiere, cuando menos, autorización legal para su inclusión y posterior utilización, debido a la naturaleza que tienen estas prerrogativas por su carácter extraordinario e inusual, en relación con el derecho común, y, de otro, porque el legislador es el único que puede disponer competencias para la expedición de actos administrativos en desarrollo de los contratos estatales, actos que, como es sabido, constituyen el mecanismo de ejercicio de las exorbitancias contractuales.

(CE, Exp. 30832/2001, Hernández, A.).

Así las cosas, manifiesta el Consejo de Estado en la referida sentencia, las entidades no sometidas al Estatuto General de la Contratación Estatal, en ejercicio de la autonomía de la voluntad privada no pueden constituir este tipo de poderes, por cuanto la ley no ha impartido autorización expresa.

Aunado a lo anterior, vale la pena señalar que con la expedición de la Ley 1150 de 2007 se restringe la aplicación de las cláusulas excepcionales, a aquellas entidades estatales que se rigen por el Estatuto General de Contratación.

La Finalidad del Contrato Estatal

Acotados los aspectos anteriores, es claro que en los contratos estatales con regímenes especiales, el ejercicio de potestad sancionatoria y el pacto de potestades unilaterales requieren de habilitación legal, ahora conviene indagar por el fin del contrato estatal, para efectos de determinar si con base en dicho fin las entidades pueden fundamentar la aplicación de cláusulas excepcionales.

Sea lo primero destacar que el fin del contrato estatal está directamente unido a la satisfacción del interés general, en razón de que este negocio jurídico no es más que un instrumento jurídico o herramienta de que se sirve el Estado para el cumplimiento de sus fines, como lo son, en términos del artículo 3 de la Ley 80, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con el Estado en la consecución de sus fines.

Los fines estatales son aquellos de naturaleza esencial señalados en el artículo 2 de la Constitución Política, como el servicio a la comunidad, la promoción de la prosperidad general y la garantía de hacer efectivos los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; lo mismo que promover la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo, entre otros.

Consideramos que todas estas variables o manifestaciones de los fines esenciales del estado pueden quedar inmersas en una sola expresión que las cobija a todas cual es la del interés público.

Muñoz, (2008), sostiene que el interés público consiste y es la suma de una mayoría de intereses individuales coincidentes, personales, directos, actuales o eventuales, y, así mismo, el resultado de un interés emergente de la existencia de la vida en comunidad, en el cual la mayoría de los individuos reconocen, también, un interés propio y directo.

En relación con este mismo asunto la Corte Constitucional ha manifestado que el fin de la contratación pública en el Estado Social de Derecho está directamente asociado al cumplimiento del interés general, puesto que el contrato público es uno de aquellos “instrumentos jurídicos de los que se vale el Estado para cumplir sus finalidades, hacer efectivos los deberes públicos y prestar los servicios a su cargo, con la colaboración de los particulares a quienes corresponde ejecutar, a nombre de la administración, las tareas acordadas”

(CConst. C-3000/2012, Pretel, J)

La celebración de un contrato en el que interviene una entidad estatal no puede ser ajena a ese principio. A veces la relación con el interés público es inmediata, en tanto que en otras ocasiones la relación es apenas indirecta. Sin embargo, el hecho de la celebración del acto jurídico por parte del Estado implica la presencia del interés público. Por ello, no existe razón para no predicar de todos los contratos celebrados por el estado los mismos principios y postulados.

Clasificación de las Cláusulas Exorbitantes

Las potestades unilaterales y exorbitantes de que se sirven las entidades estatales para el cumplimiento de los fines del estado, atienden unos criterios especiales para su declaratoria, tales criterios están determinados por la finalidad especialísima de cada cláusula en particular, razón por la cual conviene precisar la clasificación de las mismas. Para este aspecto en particular, nos basaremos en las nociones propuesta por el tratadista Rico, L. (2013).

Cláusula de interpretación unilateral del contrato: Teniendo en cuenta que la contratación estatal tiene como uno de sus pilares el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, esta cláusula en la práctica tiene una aplicación restringida en razón a que en la creación del contrato estatal se acostumbró a tener una activa participación del contratista en la discusión y definición del clausulado, lo que ha conllevado al pacto de mecanismos alternativos que permiten solucionar de manera ágil, las eventuales diferencias que surjan en la interpretación del contrato, los cuales, además de ser garantistas, evitan que la Administración asuma posiciones que pongan en desventaja a su contraparte.

La regla general de interpretación es la de la vigencia del interés público con cuya orientación deben interpretarse todos los contratos. Ello no obsta para que el intérprete busque una coordinación entre los fines estatales y la eficiente prestación de los servicios o el reconocimiento de los derechos de los administrados. La interpretación del contrato debe privilegiar los fines estatales, en tanto que sean contradictorios con otros, pero en lo posible, debe buscar una coordinación entre ellos.

Cláusula de modificación unilateral del contrato: La administración se sirve de esta prerrogativa cuando el contrato estatal sufre alteraciones por fenómenos externos y ajenos a las partes, o por fenómenos económicos que alteran el normal desarrollo del mismo, la administración puede modificarlo unilateralmente con los siguientes límites:

- a) El de la legalidad administrativa, según el cual sólo cabe en los casos expresamente previstos en la ley (contratos de obra, concesión y explotación de bienes del estado, actividades monopolísticas, prestación de servicios y suministro).
- b) Debe respetarse la ecuación económica inicial de manera que el contratista mantenga la expectativa de ganancia prevista al momento de celebrar el contrato.
- c) No puede alterarse el objeto del contrato cambiando su esencia.
- d) No pueden sobrepasarse los límites cuantitativos que la ley precisa (no se podría, por esta vía, adicionar los contratos en más de un 50% de su valor inicial expresado en SMMLV)

La modificación unilateral del contrato le da derecho al contratista de ser indemnizado siempre que la acepte y cuando se demuestre que de ella se deriva un perjuicio para este. No tiene derecho a recibir indemnización cuando rescinda el contrato, porque en este caso, la expectativa de ganancia se trunca por su propia voluntad.

Cláusula de terminación unilateral del contrato: Para garantizar la protección del interés público que se encuentra implícito en todo contrato estatal, las entidades públicas, mediante acto administrativo motivado, pueden disponer la terminación anticipada del contrato

Cláusula de caducidad: Esta cláusula puede definirse como aquella facultad excepcional que tiene el estado para declarar la terminación del contrato antes de su vencimiento o durante su

ejecución en forma unilateral, cuando se da una causa determinante de incumplimiento. El incumplimiento que genera la declaratoria de caducidad es aquel que produce un perjuicio notoriamente grave para el estado.

Cláusula de reversión: El artículo 19 de la Ley 80 de 1993, prevé como obligatoria la inclusión de la reversión en los contratos estatales de explotación o concesión de bienes del estado; en virtud de esta potestad, todos los bienes que tienen una relación directa con la prestación del servicio inherente al contrato de concesión, pasan al haber del estado una vez termina el contrato, sin que en principio, por ese hecho, se cause una contraprestación adicional en favor del concesionario.

Aplicación de las Cláusulas Excepcionales

La clasificación de las cláusulas excepcionales atrás propuesta, se refiere al nivel de obligatoriedad que impone la ley respecto a la aplicación de las cláusulas excepcionales, toda vez que las mencionadas cláusulas no pueden aplicarse en todos los contratos que celebren las entidades públicas, puesto que el objeto de todos los contratos no necesariamente desarrollan el interés público de manera directa. Así la Ley 80 de 1993, señala que tales cláusulas son de obligatoria inclusión en los contratos señalados en el numeral 2° del artículo 14 de la referida norma; de inclusión voluntaria en los contratos señalados en el inciso segundo del numeral 2° del artículo 14 y su pacto está expresamente prohibido en los contratos enlistados en el parágrafo del artículo 14 de la Ley 80 de 1993.

La Competencia para Pactar las Cláusulas Exorbitantes

Atendiendo la naturaleza de las potestades de que goza la administración, derivadas de la exorbitancia, se puede considerar que las mismas constituyen una manifestación del poder coercitivo del Estado o de las entidades sometidas al estatuto general de la contratación estatal, frente a los particulares contratistas, con el propósito fin de lograr el cumplimiento del interés general.

(García 2011)

Atendiendo lo consignado anteriormente, el legislador colombiano ha sido consecuente con la exigencia insoslayable de que el contrato estatal debe privilegiar siempre el interés general y sobre ese reconocimiento diseñó unos mecanismos jurídicos que le permiten a la administración,

haciendo un conveniente uso de los mismos, imponer ese interés público por encima de la voluntad de los contratistas que persiguen siempre la prevalencia de sus intereses particulares. De esa manera, pues, las cláusulas exorbitantes obran como dispositivos o mecanismos protectores que impiden la afectación del interés general y que se activan toda vez que surge una discrepancia..

Intentando una definición de lo que son las cláusulas exorbitantes, puesto que el estatuto de contratación nuestro no las define, acogemos el concepto de Georges Vedel, quien dice de ellas que “son estipulaciones cuyo objeto es conferir a las partes derechos u obligaciones ajenos por su naturaleza a aquellos que son susceptibles de ser libremente consentidos por una persona en el marco de las leyes civiles o comerciales”

(Benavides,. 2004)

Las cláusulas excepcionales al derecho común, no nacen de la libertad contractual ni de la autonomía de la voluntad, su carácter vinculante no está en la libre disposición de los contratantes, todo lo contrario, su virtud jurídica nace de su connotación de prerrogativas o potestades públicas que el ordenamiento jurídico otorga a la administración para interpretar, modificar o terminar unilateralmente un contrato estatal; lo mismo que para imponerle sanciones pecuniarias al contratista o declarar la caducidad administrativa del contrato. Todo ello, como antes destacamos, en defensa del interés público siempre involucrado en la celebración y ejecución del contrato estatal.

Escobar G, (2013), al señalar que las potestades de la administración para modificar el objeto del contrato, para interpretar cláusulas dudosas o ambiguas, para terminar anormalmente el contrato, para calificar el incumplimiento del contratista o para imponerle una multa o hacer efectiva una cláusula penal pecuniaria, son conferidas expresa y concretamente por la ley que delimita el marco de su ejercicio.

En tratándose de la multa y la cláusula penal, si bien es cierto las mismas se pueden pactar en los contratos que celebran las entidades estatales, también lo es que no constituyen potestades excepcionales al derecho común, de ahí que la ley permita que se puedan pactar en los contratos de las entidades con regímenes especiales; otra cosa es la imposición unilateral de las mismas, que como atrás quedó dicho, no le es dable a ninguna de las partes en un contrato no sometido al estatuto general de la contratación estatal.

Debe advertirse que estas potestades públicas no han sido concebidas como instrumentos de retaliación en contra del contratista; simplemente la administración pública las activa cuando se dan, para cada caso, los supuestos fácticos previstos en la ley como afectaciones reales o potenciales del interés público nacidas del mal comportamiento del contratista.

En acatamiento de lo anterior, el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 consagra los casos en que se prescindirá de la estipulación de las cláusulas excepcionales, la referida norma señala que "en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las actividades estatales que no correspondan a los señalados en el inciso segundo del presente numeral, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas". Se trata, entonces, de aquellos contratos en que la actividad del contratista no se encuentra vinculada directamente con la prestación de un servicio público o cuando el contrato no tiene por objeto una prestación de utilidad pública.

La Exorbitancia en la Universidad Pública

De los aspectos consignados, en los que se establece de una u otra forma el criterio imperante que se ha desarrollado en torno a la exorbitancia de la administración, emerge de manera vigorosa, de cara al alcance y competencia para pactar cláusulas excepcionales al derecho común, la necesidad de determinar cuál es el fundamento del régimen de exorbitancia de la universidad pública. En efecto el tema se muestra aparentemente evidente a la luz de los aspectos esbozados anteriormente, sin embargo, aún no se ha determinado de manera contundente tal aspecto.

En atención a lo establecido en la Ley 30 de 1992, artículo 93, las universidades públicas tienen un régimen de contratación de derecho privado; pero a diferencia de lo que previeron los artículos 31 de la Ley 142 de 1994 y el artículo 195, numeral 6, de la Ley 100 de 1993, que habilitaron a las empresas de servicios públicos domiciliarios de carácter oficial para imponer cláusulas exorbitantes en el contenido de sus contratos, nada dice, al respecto, la Ley 30 de 1992 para que las universidades públicas impongan esas mismas cláusulas en los contratos que llegaren a celebrar.

Así las cosas, en principio, y teniendo en cuenta que, como antes manifestamos, las potestades exorbitantes o cláusulas excepcionales al derecho común, requieren habilitación legal para su aplicación, se puede manifestar que las universidades oficiales no tienen la competencia para pactar cláusulas exorbitantes, sin embargo, como luego se verá, en nuestro ordenamiento jurídico, las universidades al elaborar y aprobar sus manuales de contratación, establecen de manera expresa la posibilidad de imponerse sobre sus contratistas por medio del ejercicio de tales cláusulas o prerrogativas.

Consideraciones Particulares Sobre la Exorbitancia en la Universidad Pública

Así las cosas, resulta pertinente analizar si la consagración de tales cláusulas por parte de la universidades, que bien cabe recordar poseen un régimen especial en materia de contratación, es válida, y de serlo, de dónde emana tal validez.

Resulta importante determinar la fuente de dicho fundamento por cuanto de no tenerlo, tales cláusulas tendrían objeto ilícito por contrariar el ordenamiento jurídico.

Como referimos atrás, las universidades públicas tenían como característica determinante el principio de la autonomía universitaria, el cual encuentra plena validez constitucional y legal, referíamos además, que en virtud de dicho principio, las universidades gozan de libertad para determinar cuáles habrán de ser sus estatutos; definir su régimen interno; estatuir los mecanismos referentes a la elección, designación y períodos de sus directivos y administradores; señalar las reglas sobre selección y nominación de profesores; establecer los programas de su propio desarrollo; aprobar y manejar su presupuesto; fijar sobre la base de las exigencias mínimas previstas en la ley, los planes de estudio que regirán su actividad académica, pudiendo incluir asignaturas básicas y materias afines con cada plan para que las mismas sean elegidas por el alumno, a efectos de moldear el perfil pretendido por cada institución universitaria para sus egresados y **definir sus manuales de contratación.**

No obstante, como ya quedó claro, dicha autonomía no es absoluta sino que la misma encuentra límites definidos en las buenas costumbres y el orden público, de ahí que el establecimiento de tales manuales sea una clara manifestación del principio de legalidad.

Si ello es así, so pretexto de la autonomía universitaria, los entes universitarios no pueden arrogarse potestades de orden público que no les han sido previstas en la ley, y menos cuando el establecimiento o la competencia para el ejercicio de las mismas emanan directamente del legislador.

En efecto, el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, se refieren exclusivamente a que la competencia para pactar cláusulas exorbitantes es de las entidades sometidas al estatuto de contratación estatal, como lo sostiene Suárez (2014), ello significa que las demás entidades no sometidas a Ley 80 de 1993, sino a las normas de derecho privado o a regímenes especiales, no están autorizadas, ni tienen la competencia para hacer uso de manera unilateral de cláusulas excepcionales.

Ahora bien, buscar el *fundamento de dichas cláusulas en la autonomía de la voluntad o en la finalidad del contrato resultaría casi inocuo por cuanto como antes manifestamos, no todos los contratos estatales* tienen como fin inmediato el interés público y en cuanto a la autonomía de la voluntad, es claro que la misma encuentra o tiene unos límites a los cuales se hizo referencia de manera amplia en el primer capítulo de este trabajo.

Jouve (2005) manifestó que para que exista acto administrativo unilateral legítimo, derivado de las potestades exorbitantes, se requiere, entre otros aspectos, que la manifestación de voluntad esté revestida de poder de autoridad del Estado, es decir, que el acto se emita en ejercicio de una prerrogativa de poder público que se fundamente en la necesidad de hacer efectivo el interés general a través de la prestación de los servicios a cargo del estado, y que en ejercicio de dicha prerrogativa, se tenga la potestad o goce de contar con el poder sancionatorio del Estado, razón por la cual, para el uso de tales prerrogativas no es suficiente fundamentarse en cuestiones patrimoniales, ni en eventos que conviertan a la administración en juez de sí misma.

Así las cosas, es menester destacar que si los entes universitarios, como ya se ha dicho, no tienen habilitación legal para incluir en sus contratos cláusulas exorbitantes, y ni de la finalidad de contrato ni de la autonomía universitaria se puede presumir la competencia para ello, los contratos que así se celebran atacan de manera directa la intangibilidad del contrato. Ello por cuanto si el contrato, no sometido a la Ley 80 de 1993, es producto de un consenso, es ese mismo consenso el que lo puede modificar y no la voluntad unilateral de uno de los contratantes.

7. CONCLUSIONES

En atención a los aspectos esgrimidos, consideramos pertinente mencionar, a modo de conclusión, que los entes universitarios públicos, no gozan de competencia o habilitación legal para establecer y aplicar en sus contratos estatales cláusulas excepcionales al derecho común. De igual manera, resulta importante concluir que dicha competencia no se debe inferir de la finalidad de los contratos que tales entes celebran, ni de la autonomía universitaria, por cuanto el establecimiento de tales cláusulas, por ser de orden público, requiere habilitación legal expresa.

Así las cosas, no es procedente el establecimiento y el pacto de cláusulas exorbitantes por parte de los entes universitarios por cuanto tales cláusulas constituyen una prerrogativa en virtud de la cual se rompe la fuerza normativa de los contratos sometidos a regímenes especiales y le atribuyen a la entidad varios efectos, a saber: i) la derogatoria de ciertas normas del derecho privado, en tanto en este régimen el nacimiento, la ejecución y la extinción de las obligaciones contractuales son aceptadas de consumo por las partes del negocio jurídico, lo que no ocurre en el ejercicio de aquéllas que se imponen al particular contratista, aún contra su voluntad; ii) el privilegio exclusivo

a favor de la universidad para su ejercicio; iii) la facultad de aplicarlas en forma unilateral por la universidad; iv) la ejecutoriedad de la decisión que se adopta a través de su ejercicio, y cuyos efectos puede hacer valer la universidad sin necesidad de acudir previamente al juez del contrato; y v) la posibilidad de ejercer el control y vigilancia del objeto contractual a través de ellas.

El establecimiento y pacto de tales cláusulas por parte de las universidades oficiales constituyen un rompimiento de la intangibilidad contractual que emana del principio de la autonomía de la voluntad y en consecuencia, las mismas estarían viciadas de nulidad absoluta por cuanto su pacto sin habilitación legal constituye o genera un objeto ilícito.

8. REFERENCIAS

Bibliográficas

AYALA Jorge, (2009) *Elementos de derecho Administrativo*, Colombia, Bogotá. Editorial Ediciones Doctrina y Ley.

BENAVIDES, J (2004). *El contrato estatal*. Universidad Externado de Colombia. Segunda edición, Bogotá,

García de Enterría, E., & Fernández, T. R. (1999). *Curso de derecho administrativo*, Tomo II. 11^a Edición. Editorial Civitas. Bogotá D.C.

Restrepo, M. (2007) *El derecho administrativo en los albores del siglo XXI*, Bogotá, editorial universidad del rosario.

Rengifo, E. (2014) *Las potestades unilaterales en la contratación moderna*, Bogotá, Colombia, Editorial Legis.

RODRÍGUEZ, L, (2010) *Manual de Derecho Administrativo*. Colombia, Bogotá. Segunda Edición, Editorial Temis.

PENAGOS, G, (2011) *Elementos del Acto Administrativo*. Colombia, Bogotá. Editorial, ediciones Doctrina y Ley

SANTOFIMIO, J (2011) *Tratado de derecho administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, tomo I- edición 4.

Sayagués-Laso, E. (1963). *Tratado de derecho administrativo*. Altuna Maldonado..

Suárez, D (2014) *Cláusula de multa y penal pecuniaria*. Colombia, Medellín. Librería Jurídica Sánchez.

Vidal Perdomo, J. (2008). *Derecho administrativo*. Undécima edición. Editorial Temis SA Bogotá-Colombia.

Weber, M. (1998). *La ética protestante y el espíritu del capitalismo* (No. 135). Ediciones AKAL.

Web Grafía

Bértola, L., Bianchi, C., Darscht, P., Davyt, A., Pittaluga, L., Reig Lorenzi, N., & Willebald, H. (2005). Ciencia, tecnología e innovación en Uruguay: Diagnóstico, prospectiva y políticas. Recuperado de <http://publications.iadb.org/handle/11319/4140>

Exposición de motivos Ley 80 de 1993, recuperado de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=7148>

Gaspar, A. (2002) Concepto de servicio público. Recuperado de http://scholar.google.es/scholar?start=0&q=concepto+de+servicio+p%C3%BAblico&hl=es&as_sdt=0,5#

Sánchez, J. R. (2000). Tendencias del derecho administrativo, Ed. Universidad de Cantabria. Recuperado de <http://scholar.google.es/scholar?hl=es&q=tratado+de+derecho+administrativo+de+jaime+orlando+santofimio&btnG=&lr=#>

Ortiz, G. A., de Castro García-Morato, L. L., de la Cuétara Martínez, J. M., & Ezcurra, J. L. (2004). Principios de derecho público económico. ARA Editores. Recuperado de http://scholar.google.es/scholar?q=principio+de+derecho+p%C3%BAblico+econ%C3%B3mico&btnG=&hl=es&as_sdt=0%2C5#

Normas

(CN Art. 1 y 333)

Ley 30 de 1992

Ley 80 de 1993

Ley 115 de 1994

Ley 1150 de 2007

Ley 1474 de 2011

Providencias

CConst. C - 220/1997, Morón F.

(CCons, T – 406 /1992 M.P. Angarita, C

(CCons, C-310/1996, Naranjo, V).

(CConst. C-3000/2012, Pretel, J)

(CCons, T-492/1992, Hernández, J)

(CConst, C-547/ 1994, Gaviria, C)

(C Const., C-299 /1994, Barrera, A).

(CConst, T-1435/2000, Pardo, C)

(CE. Exp. 17031/2008, Correa R.)

CE. Exp.3057/1979, PEREZ, J

(CE, Exp. 9288/1994, Suárez, D.)

CE, Exp. 14169/ 2008, Guerrero M.