

ANÁLISIS DE LA APLICACIÓN DE LAS CLÁUSULAS EXORBITANTES EN LOS RÉGIMENES ESPECIALES DE CONTRATACIÓN ESTATAL – CASO LEY 142 DE 1994.

Autores: Edison Mauricio Castellanos Duarte, Sandra Patricia Santos Páez

RESUMEN.

En la práctica colombiana de contratación de la administración pública se da aplicación a dos cánones de derecho –público y privado-, dependiendo de las regulaciones ofrecidas por la misma ley. Sin embargo, esta amalgama de directrices legales ha conllevado a que exista dispersión jurídica que trae como resultado cierta confusión en la aplicación de determinadas normas. Tal es el caso de la consignación o no de las cláusulas excepcionales o exorbitantes en el contrato estatal. Estas cláusulas forman parte de las herramientas en poder del estado colombiano para verificar, corregir y sancionar a los contratistas que no cumplen con sus obligaciones. Como objeto de esta investigación será el escudriñar si dicha potestad de consignación en los contratos estatales se pueden incluir en los contratos del régimen privado, analizando el caso específico del régimen contractual de las empresas de servicios públicos domiciliarios. Como resultado, se pudo encontrar que la ley establece parámetros muy puntuales a la administración pública para que haga uso de estos instrumentos, siendo en el caso en concreto, y en ejercicio de la autonomía de la voluntad privada no es posible constituir este tipo de poderes, en contratos en los que la ley no ha impartido autorización expresa, o excluirlos en los que el legislador los ha previsto como obligatorios, so pena de declararse su nulidad absoluta cuando la ley no ha dispuesto ni previsto y menos autorizado su inclusión, por cuanto rompe el principio de igualdad entre las partes y la seguridad jurídica del negocio contractual.

Palabras clave: Contrato, contratación estatal, cláusulas exorbitantes, regímenes de contratación, servicios públicos domiciliarios.

ABSTRACT.

In the practice of hiring Colombian public administration application it is given to two canons of public and private-right, depending on the regulations provided by the same law. However, this amalgam of legal guidelines there has led to legal fragmentation which results some confusion in the application of certain standards. Such is the case of the provision or otherwise of exceptional or exorbitant clauses in the state contract. These clauses are part of the tools in the hands of the Colombian state to verify, correct and punish those contractors who fail to meet their obligations.

As the object of this research will examine whether that power the consignment in state contracts may include in the contracts of the private system, analyzing the specific case of contractual system of public utilities companies. As a result, it was found that the law provides very specific to public service parameters to make use of these instruments, being in the particular case, and in exercise of the autonomy of private will is not possible to create such powers in contracts in which the law has not given express authorization, or excluded where the legislature has intended as mandatory, failing to declare their absolute nullity if the law has not been willing or less planned and authorized its inclusion, since breaks the principle of equality between the parties and the legal certainty of contractual business.

Keywords: Contract, contrat state, exorbitant clauses, recruitment regimes, public services.

INTRODUCCIÓN.

El Estado moderno desde sus orígenes liberales ha estado fundado en el principio de la legalidad, es decir, que las diferentes realidades que transitan dentro de la esfera estatal son reguladas por la ley, producida por órganos competentes para efectuar esa labor.

A fin con este ideario, se presenta la tensión entre la validez de la norma jurídica diseñada frente a su eficacia en las situaciones concretas; lo anterior busca replantear muchas de las situaciones fácticas en las que el Estado interviene ya que, de una parte, se encuentra la norma positiva dispuesta para regular una acción y, de otro lado, se halla la evaluación sobre si dicha regulación es efectiva, en la práctica para cumplir el objetivo por el cual fue diseñada. Sobre esta discusión puede verse la teoría político-filosófica del alemán Carl Schmitt (1888-1985), donde confronta la tesis normativista frente a la tesis decisionista del derecho. (Negretto, 1994)

Colombia no escapa a esta situación problemática ya que si se hace un repaso rápido de las leyes existentes y vigentes en la actualidad, se puede encontrar cualquier cantidad de producción legislativa que choca con la realidad y la eficacia de las mismas. De lo contrario, no habría problemas tan álgidos como el sistema pensional, el sistema de salud pública, la cuestión tributaria, por nombrar algunas de las circunstancias donde se presenta el fenómeno de trabas normativas frente a la efectividad real del sistema.

En armonía con esta problemática, se tiene en Colombia dos tipos de entidades públicas o estatales cuando en materia de contratación se habla; unas podrían denominarse como entidades ordinarias y otras pudiese etiquetarlas como especiales. De entrada pareciera que fueran totalmente diferentes, pero no lo son.

Las aquí llamadas entidades ordinarias son aquellas que están regidas por el ordenamiento jurídico contemplado en el Estatuto General de Contratación Pública,

contenido en la Ley 80 de 1993 junto con sus innumerables modificaciones y cambios legislativos y que, además, comparten una serie de características particulares que matiza su objeto y funciones, que cuando entran en conflicto con otras entidades o particulares deben acudir a la jurisdicción administrativa.

Por otro lado, están las entidades de carácter especial que están gobernadas por su especialidad y, además, en materia contractual obedecen a los parámetros del juez del contrato privado, como regla general, por cuanto los regímenes de contratación piensa que están provistas de unas herramientas jurídicas ágiles para llevar a cabo los procesos contractuales con los particulares, en igualdad de condiciones.

A pesar de estas diferencias, de carácter general, existen algunos campos que no son muy claros como, por ejemplo, la aplicación de las cláusulas exorbitantes dentro de los contratos que realizan las empresas o entidades del Estado que están inscritas en el régimen especial.

La no claridad en esta temática conlleva a que algunos estudiosos del tema (Gruoso, M., 2014, 195), consideren que esta circunstancia no ofrece seguridad jurídica dado que, por un lado, la Constitución de 1991 dice una cosa y las producciones legislativas ofrecen otras regulaciones que oscurecen la determinación sobre cuál derecho se debe aplicar para el caso en concreto, qué principios regulan las actuaciones de la administración pública en estas entidades, más si se tiene en cuenta la gran cantidad de empresas del Estado que tiene esta regulación especial, como son las universidades públicas (Ley 30 de 1992), las empresas prestadores de servicios públicos domiciliarios (Ley 142 de 1994), las empresas industriales del Estado (Ley 143 de 1994 y Ley 142 de 1998), por citar algunas.

En fin, esta amalgama de soportes legislativos y sus respectivas exigencias enturbian el ambiente de interpretación y aplicación de los mismos, en cuanto el marco jurídico explícito que debe regir la contratación en las entidades sometidas a regímenes especiales, aspecto que como señalan los estudiosos, “[e]ste tipo de entidades terminan entonces desenvolviéndose en una especie de nebulosa jurídica, en donde el Derecho Privado y el Derecho Público conviven e interactúan en una atmósfera bastante confusa.” (Ballesteros, 2013, p.6)

En este orden, si una entidad de régimen especial decidiera incluir alguna de las cláusulas exorbitantes en el contrato a realizarse, sin el consenso de su contraparte, esto rompería la relación de equilibrio entre las partes contratantes, por cuanto dejaría sin piso jurídico la relación de iguales y sobrevendría una imposición de la administración que desdibujaría la razón de ser del contrato privado, como instrumento jurídico de entendimiento y debiera producir un cambio en cuanto a la jurisdicción que deba impartir justicia en caso de litigio, aspectos no positivados, sino que han tenido su desarrollo, no pacífico, gracias a la jurisprudencia y a la doctrina.

Otro aspecto a tener en cuenta dentro de esta problemática, desde las elaboraciones de los doctrinantes y la jurisprudencia pueden darse varias lecturas, como respuesta a la pregunta si será posible aplicar las cláusulas exorbitantes dentro del contrato que realice la entidad estatal que pertenezca al régimen especial, fenómeno que vuelve y coloca en discusión, cuál de estas es la posición correcta para enfrentar y dar respuesta idónea al problema.

La cuestión aquí, rápidamente, esbozada resulta incuestionable y llama a adentrarnos en buscar las posibilidades de solución desde el campo jurídico, para decantar los nudos problemáticos que, contrario a la filosofía de las entidades del régimen especial, creadas con formatos ágiles y adecuados para competir con las empresas del sector privado, han visto entorpecida sus acciones, especialmente, en el campo contractual.

De aquí la importancia que reviste esta investigación, ya que se hace un aporte a un campo de la contratación estatal poco estudiado, si se ve la escasa bibliografía que existe; razón aún más para asumir el estudio de la aplicación de las cláusulas exorbitantes dentro del régimen especial de contratación colombiano.

El tema dispuesto permitirá traer a colación los aportes hechos, especialmente, desde la jurisprudencia elaborada por los altos tribunales, como la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia, así como las construcciones doctrinales desarrolladas por estudiosos, a nivel nacional e internacional.

Cabe también referir que, el problema está relacionado con el derecho administrativo de la contratación, ya que pone sobre el telón una dificultad, de vieja data, aún no diáfana para su entendimiento y aplicación para casos concretos, por parte de los usuarios y operadores jurídicos. En este sentido, el Estado a través de su aparato judicial tiene diseñado unos procedimientos o medios de control – nulidad simple, nulidad y restablecimiento del derecho, reparación directa, controversias contractuales, ejecutivos, etc. -, positivados en el CPACA¹ (Ley 1437 de 2011), con los que busca aclarar las distintas disputas, como en el caso concreto, entre la administración pública y los contratistas.

De otra parte, este trabajo tiene como punto de partida un interrogante de investigación: ¿Pueden las entidades del régimen especial de contratación privado incluir cláusulas exorbitantes en sus contratos? Y para poder lograr este objetivo se despliegan tres subpreguntas: 1. ¿Cuáles son las características de los dos sistemas generales de contratación para las entidades del Estado colombiano? 2. ¿Qué marco jurídico regula la contratación para

¹ CPACA: Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo.

el régimen especial de las entidades estatales en Colombia? 3. ¿Cuáles son las posturas frente a la aplicación de las cláusulas exorbitantes en los contratos que realizan las entidades cobijadas por el régimen especial de contratación?

NEGOCIO JURÍDICO Y CONTRATO

Para poder hablar de contrato estatal es menester que se haga una exposición breve sobre lo que atañe al negocio jurídico. En este sentido, se entiende el negocio jurídico como “todo acto o actividad que presenta algún interés, utilidad o importancia para el derecho y es regulado por sus normas” (Cabanellas, 1993, p. 267), en el que confluye un acuerdo de voluntades que deriva en la constitución de una relación jurídica.

Aquí cobra importancia señalar el papel que cumple la voluntad, como elemento fundante de la relación jurídica, por cuanto:

De ahí que resulte obligada la referencia a la posibilidad a todos conferida por el ordenamiento de orientar su propia conducta, disponer autónomamente de sus propios intereses, siendo respetuosos, claro está, de las limitaciones impuestas por el orden público, las buenas costumbres y la normatividad positiva vigente en el sistema dentro del cual tiene lugar el acto dispositivo, límites seculares a la autonomía de la voluntad. (Santaella, H. 2005, p. 140)

Así mismo, la voluntad se configura como esa capacidad del ser humano para tomar y asumir sus propias decisiones frente a determinadas circunstancias, en este orden, se enlazan tanto el concepto de negocio jurídico como el de contrato, donde la persona dispone de sus propios actos de voluntad:

La voluntad es la posibilidad que tiene todo individuo de tomar sus propias determinaciones, posibilidad que enmarcada en el campo de los contratos, nos lleva a hablar de una voluntad contractual, esa voluntad bajo la concepción clásica de contrato, es elemento imprescindible en su formación, ya que sería difícil pensar en una relación contractual acreedor deudor, sin ni siquiera haber existido, aunque someramente, un acto de voluntad en la formación de esa relación jurídica. (Bonivento C., Pedro F. 2000, p. 43)

Se infiere de lo anterior, que el negocio jurídico comprende la articulación de una o varias declaraciones de voluntad, en cuanto es una ejercicio de la autonomía de la voluntad; que las mismas producen efectos jurídicos para su autor o autores y que el negocio jurídico puede girar alrededor de un objeto contractual. En este sentido, el negocio jurídico es el género y el contrato una especie. Así, “ciertamente todo contrato es negocio jurídico, pero no a la inversa, por cuanto el contrato sólo crea obligaciones jurídicas y el negocio jurídico, crea, extingue y modifica relaciones jurídicas” (Goez, A. 2010, p. 18)

CONTRATO ESTATAL COLOMBIANO

Para una primera aproximación a la definición del contrato estatal, se debe regresar en el tiempo y partir de la distinción dual que se hacía hasta el Decreto 222 de 1983, donde se distinguían dos tipos de contratos, esto es, por un lado, estaba el contrato administrativo y de otro, los contratos de derecho privado. Sin embargo, luego de la expedición del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, mejor conocida como la Ley 80 de 1993, se diseñó una nueva denominación del contrato estatal y se adopta una única categoría definida como contratos estatales.

Para un mejor entendimiento de este concepto único de contrato estatal, el Consejo de Estado ha dispuesto a través de diferentes sentencias, una construcción conceptual acerca de qué se entiende por este término. En este sentido, el Alto Tribunal ha dicho que existe un criterio de carácter subjetivo u orgánico para determinar la naturaleza del contrato, esto es, debe analizarse la naturaleza de la entidad o empresa que participa en la contratación y, así, ésta definirá la raigambre del contrato:

Así pues, adquiere relevancia en este punto la naturaleza de cada entidad, por lo cual si se considera que determinado ente es estatal, por contera habrá de concluirse que los contratos que celebre deberán tenerse como estatales, sin importar el régimen legal que les deba ser aplicable. Esta afirmación encuentra soporte legal en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, disposición que al tratar de definir los contratos estatales adoptó un criterio eminentemente subjetivo u orgánico, apartándose así de cualquier juicio funcional o referido al régimen jurídico aplicable a la parte sustantiva del contrato. (Fajardo, M., 2012, 2013)

Esta orientación de corte subjetiva u orgánica tiene su asiento a partir de la Ley 80 de 1993, artículo 2°, donde se define el contrato estatal como aquel acto creador de obligaciones a cuya celebración concurra una de las entidades estatales. En palabras del Consejo de Estado, señala:

Así pues, la Ley 80 adoptó un criterio eminentemente subjetivo u orgánico, esto es en atención a la naturaleza de los sujetos u órganos que intervienen en la formación del vínculo contractual, para efectos de determinar que los contratos podrán catalogarse como estatales únicamente en cuanto en uno de sus extremos, al menos, se encuentre una entidad estatal. (Fajardo, M., 2008)

Para mayor claridad, siguiendo la elaboración de Aroldo Goez (2010), para una definición del contrato estatal se pueden tener en cuenta alguna de sus características, como son: el contrato estatal es un medio o instrumento en manos de la administración pública con el que se busca alcanzar los fines del Estado, dándose cuenta de sus propias limitaciones y de la necesidad de acudir a otras personas para cumplir con sus tareas constitucionales. El contrato estatal se define como un acto administrativo, posición asumida, en otra, por el Consejo de Estado, “los cuales puede resultar eficaces únicamente con el consentimiento del

interesado”. También, existe una definición legal que establece “el acuerdo de voluntades” donde las partes aceptan unas condiciones que pueden ser “obligaciones, derechos o responsabilidades que adquieren tanto la entidad pública contratante como el contratista en virtud del contrato”. Por último, el contrato entendido como un “negocio jurídico o acto jurídico bilateral o plurilateral celebrado en ejercicio de la autonomía de la voluntad” (pp. 15-18).

En este mismo orden, sirve aclarar que existen diferencias sustanciales entre el contrato privado y el contrato estatal donde, fundamentalmente, el primero está sujeto a la autonomía de la voluntad de los contratantes, mientras que el segundo está sujeto a las normas que lo regulan. Vale recordar la posición, in extenso, del máximo órgano contencioso administrativo sobre este tópico:

En la formación de un contrato de la administración, como ocurre en el celebrado por particulares, la doctrina entiende que se requiere de dos aspectos a saber: “1º que las partes expresen o autoricen su voluntad, lo cual involucra la elaboración de las cláusulas del contrato; 2º que el contrato se perfeccione”. Sin embargo, a diferencia de la contratación entre particulares, en el que se elige al cocontratante según las leyes del mercado o por razones que atañen a la voluntad de que quien requiere el bien o servicio, el proceso de formación de la voluntad de la administración en la contratación pública es regulado, en tanto, se descompone en varias fases o etapas más o menos numerosas [...] Lo cierto es, por tanto, que la administración para seleccionar a sus contratistas y la oferta más favorable para sus intereses, no se encuentra en una posición de libertad absoluta pues está sujeta a los procedimientos preestablecidos en las leyes y reglamentos, inspirados en una doble finalidad: 1º asegurar la eficiencia en el cumplimiento del contrato; y 2º evitar toda sospecha de inmoralidad en la respectiva negociación, de lo cual se deduce que la decisión de contratar y la adjudicación de un contrato no es una facultad enteramente discrecional de las entidades públicas que integran aquella. En otras palabras, contrario a lo que ocurre en el derecho común, en el que prima la autonomía de la voluntad y la libertad de forma, en el derecho público la preparación, adjudicación y perfeccionamiento de los contratos del Estado es eminentemente reglado, de manera que las partes, entidad pública y particular están en la obligación de cumplir con el procedimiento fijado por el orden jurídico, bajo precisos principios que garantizan el derecho a la igualdad de los oferentes y el cumplimiento de los fines estatales perseguidos con esta actividad. (Correa, R. 2007)

OBJETIVOS DE LA CONTRATACIÓN.

La contratación colombiana según la profesora Bertha Cecilia Rosero (2014) persigue varios objetivos, por cuanto “*busca satisfacer las necesidades de las entidades del*

Estado y cumplir con sus cometidos, mediante la celebración de contratos” (p. 23). Se infiere que la contratación desarrolla dos fines, uno a nivel interno y otro externo. El interno está direccionado a la satisfacción de las necesidades de la entidad que tiene que ver con los recursos logísticos y humanos que son imperiosos para que la entidad cumpla sus funciones. Este fin también busca disponer los medios de contraprestación a los servicios dados u ofrecidos por los contratistas, así lo expone el Consejo de Estado al precisar que la contratación debe alcanzar *“la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines”* (Valle de la Hoz, O., 2011).

El externo tiene una importancia fundamental, pues hace mención a *“satisfacer el interés general, mejorar la calidad de vida de los administrados y generar bienestar a la población”* (Rosero, B., 2014, p. 23); En este mismo orden, el Magistrado Enrique Gil Botero (2008) se pronuncia: *“el contrato estatal se ha erigido -desde la práctica administrativa- en uno de los mecanismos más eficientes y necesarios para alcanzar los intereses de orden general”*, entendidos como aquellos fines que persigue el Estado que se relacionan en el artículo 2° de la Constitución Política de 1991².

Siguiendo esta misma filosofía, la Corte Constitucional (2001), registra el carácter instrumental que tiene el contrato estatal con el que se busca alcanzar los fines del Estado, ceñido a las regulaciones que hace el legislativo en esta materia, al exponer que:

[E]l reconocimiento de una amplia libertad de configuración del legislador para diseñar un régimen legal cuya finalidad sea la de propender al logro de los objetivos constitucionales del Estado Social de derecho, toda vez que el cumplimiento de estas metas requiere del aprovisionamiento de bienes y servicios por parte de los órganos públicos mediante la contratación. En este orden de ideas, es innegable el carácter instrumental que ostenta el contrato estatal, puesto que no es un fin en sí mismo sino un medio para la consecución de los altos objetivos del Estado. (M.P. Vargas H., Cl. C-949/2001)

MARCO JURÍDICO DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL EN COLOMBIA.

Como bien lo señala la profesora Rosero Melo (2014), existe un amplio espectro normativo que sirve de marco jurídico, en materia de contratación estatal; sin embargo, teniendo en cuenta la pluralidad de normas reguladoras no existe un criterio único definido

² ARTÍCULO 2. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo...(Pabón, P., 2013, p. 8)

como referente, sino que para poder tener una interpretación integral sobre determinada temática, se tiene que recurrir a la jurisprudencia de las Altas Cortes como a la doctrina.

Ahora bien, a pesar de la anterior situación expuesta, es necesario mencionar las normas del ordenamiento legal que sirven como marco jurídico de aplicación en cuanto a contratación estatal se refiere. En este sentido, en líneas generales, puede afirmarse que existen tres grandes bloques de normas en esta área:

- Por un lado, está el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública o como se conoce la Ley 80 (28 de octubre de 1993) con sus diferentes modificaciones y derogaciones.
- Código Civil y Código Comercial colombiano.
- Normas internacionales para los contratos en el exterior o con empresas extranjeras.

Para sistematizar este apartado es necesario hacer una decantación de las diferentes normas, para ello se relacionarán las de carácter constitucional y las más importantes desde el campo legal.

- Normas constitucionales.

Aquí sirven como plataforma de raigambre constitucional los siguientes artículos: Preámbulo, arts. 2°, 4°, 5°, 6°, 13, 29, 38, 50, 83, 88, 90, 121, 122, 150, 209, 210 inc. 2°, 267, 273, 277 numerales. 5° y 6°, 333, 334, 339 y, 345.

- Normas legales.

De ese gran cúmulo de elaboraciones legislativas, vale nombrar algunas de gran importancia e impacto en materia de contratación:

Ley 80 de 1993 o Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Ley 1150 de 2007 “por medio del cual se introducen medidas para la eficiencia y transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos”.

Ley 1474 de 2011 “por medio del cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de los actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública”.

- Decretos.

Decreto 777 de 1992, “por medio del cual se reglamentan la celebración de los contratos a que se refiere el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política”.

Decreto 111 de 1996, “por medio del cual se determina el estatuto orgánico de presupuesto”.

Decreto 4326 de 2011, “por medio del cual se reglamenta parcialmente el artículo 10 de la Ley 1474 de 2011”.

Decreto 4170 de 2011, “por medio del cual se crea la Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente -, se determinan sus objetivos y estructura.

Decreto 734 de 2012, “por medio del cual se reglamenta el estatuto general de la contratación de la administración pública y se dictan otras disposiciones”.

Decreto – Ley 019 de 2012, “por medio del cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública”.

Decreto 723 de 2013, “por medio del cual se reglamenta la afiliación al Sistema General de Riesgos Laborales de las personas vinculadas a través de un contrato formal de prestación de servicios con entidades o instituciones públicas o privadas y de los trabajadores independientes que laboren en actividades de riesgo y se dictan otras disposiciones”.

Decreto 1510 de 2013, “por medio del cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública”.

Decreto 1082 de 2015, “Por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector administrativo de planeación nacional”.

RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS CONTRATOS ESTATALES

Se veía antes que existe un marco jurídico que, a lo largo de los años, las instituciones, legislativa y ejecutiva, del Estado han ido disponiendo para fijar los términos en que consiste el proceso de contratación con las entidades de la administración estatal.

Ahora bien, como una clasificación interna que puede darse a nivel de los contratos estatales, es la que tiene que ver con el régimen legal que se debe aplicar y, por tanto, establece un grupo que podría denominarse contratos estatales ordinarios y otro como contratos estatales especiales; los primeros sometidos al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y los segundos regidos por los parámetros del derecho privado, dándose incluso una tercera tendencia de carácter mixto donde se articulan regulaciones de los dos componentes, derecho público y privado. Al respecto el Consejo de Estado ha hecho esta distinción en los siguientes términos:

También importa destacar que la clasificación de estatal, respecto de un determinado contrato, no determina, per se, el régimen legal que deba aplicársele al mismo, puesto que resulta perfectamente posible, incluso en relación con contratos estatales propiamente dichos, que las normas sustanciales a las cuales deban someterse la relación contractual sean aquellas que formen parte del denominado derecho privado, sin que por ello pierda su condición de estatal, así como también puede resultar -como ocurre con la generalidad de los casos-, que el régimen jurídico correspondiente sea mixto, esto es integrado tanto por normas de derecho público como de derecho privado. Lo anterior resulta perfectamente válido en el marco de un Estado en proceso de modernización que debe cumplir con tareas que se concretan principalmente en la órbita del derecho privado y que exigen de sus instituciones u organismos respuestas ágiles, oportunas y eficaces, en cuanto el legislador determine que a las respectivas relaciones contractuales no deban aplicarse, total o parcialmente, las normas o los procedimientos propios del derecho público, circunstancia que no desconoce ni altera, en modo alguno, la naturaleza de estatal de los contratos que celebren las entidades de carácter oficial. (Fajardo, M. 2009)

Sin embargo, el que una entidad sea del régimen especial donde deba aplicarse la regulación del derecho privado, esto no significa que estén exentas de dar aplicación de los principios de la contratación pública, así como de las exigencias de los postulados de la función administrativa y, también, de los fundamentos de la gestión fiscal a que están llamadas las entidades del Estado en cada uno de los procedimientos de contratación, atendiendo los requerimientos legales regulados en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007³, en armonía con los postulados constitucionales que tratan en los artículos 209 y 267 superior.

Además, el que exista esta tipología de contratos estatales, no conlleva a que se origine un revés en cuanto a la solución de los conflictos contractuales, es decir, que los contratos regidos por el Estatuto de la Contratación serían propios de la jurisdicción contencioso administrativa y los contratos de régimen de derecho privado, tendría que entenderse con la jurisdicción ordinaria civil u comercial. El Consejo de Estado ha sido claro al explicar que esta distinción del régimen legal aplicable en materia contractual, sirve como guía para el operador jurídico del contencioso administrativo, para resolver las litis entre las partes, circunstancia que determina que no importa qué tipo de régimen sustantivo comporte el

³ *Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal.*

contrato estatal, estos seguirán siendo objeto de competencia de la jurisdicción contencioso administrativa (Gil Botero, 2011).

POTESTAD SANCIONADORA DEL ESTADO COLOMBIANO EN MATERIA CONTRACTUAL.

El punto de partida para explicar este poder del Estado, está sentado en el fundamento legal que inspira el mismo. En este sentido, el Dr. Enrique Gil Botero (2012), expone que este poder sancionador estatal está sometido al derecho, fundamentalmente, al principio de legalidad en los siguientes aspectos:

1. Su atribución.
2. El carácter discrecional o reglado de su ejercicio.
3. El espacio temporal en que puede utilizarse y
4. Las formalidades procedimentales exigidas para imponer una sanción.

En cuanto a su atribución, dicha característica refiere a que la actividad sancionatoria del Estado, en materia contractual, debe ceñirse a lo expresamente regulado en la normatividad. Tal ejercicio está relacionado con el principio de la legalidad y, por ende, su parámetro es la misma ley que rige para este tipo de acciones estatales. Siguiendo los derroteros expuestos por el Consejero Gil Botero (2012) “la potestad sancionatoria en el ámbito contractual se encuentra sometida al ordenamiento jurídico, presupuesto que justifica que al manifestarse mediante actos administrativos éstos sean susceptibles de ser controlados por el juez de lo contencioso administrativo.”

Igualmente, el funcionario debe establecer si la aplicación de la sanción puede desplegarla de manera discrecional o es la misma ley la que regula dicha actuación, en este último caso, es deber del servidor público actuar diligentemente, so pena de infringir sus propios deberes y desembocar en actuaciones irregulares, susceptibles de falta disciplinaria.

En este mismo sentido, la potestad sancionatoria está cobijada por un “carácter temporal del uso del poder punitivo del Estado”. Así las cosas, la ley establece un parámetro regulador temporal en el que la administración estatal puede “imponer el castigo e incluso para adelantar el procedimiento mismo”, de lo contrario, pierde su competencia para adelantar éste. Trayendo a colación la postura del Consejo de Estado, señala lo siguiente:

Se trata de un presupuesto de seguridad jurídica, ya que ante la inactividad del aparato administrativo el ordenamiento jurídico prevé una consecuencia: la pérdida de competencia para imponer el castigo e incluso para adelantar el procedimiento mismo. De igual forma, no se puede concebir un poder punitivo indefinido, pues por razones de orden público e interés general, no cumple función preventiva alguna la sanción que se impone en periodos de tiempo prolongados luego de que se ha cometido la infracción, lo cual se acompasa con el carácter mínimo de intervención del *ius puniendi*. Como ha señalado la doctrina: “...se defiende la concepción según la cual la aplicación de la

prescripción depende exclusivamente de la presencia de elementos objetivos de paralización del procedimiento y transcurso del plazo legalmente establecido, con independencia y al margen de toda referencia a la conducta procesal del titular de la acción⁴."(Gil Botero, 2012)

Por último, la potestad sancionadora del Estado, está sujeta a unos principios garantistas para los ciudadanos y administrados frente a la acción punitiva estatal. En este orden,

[L]a expedición de todo acto administrativo particular requiere del agotamiento de un procedimiento administrativo previo, entendido éste como el *iter* que debe recorrer la Administración para asegurar que sus decisiones sean justas y válidas. Se trata de una de las manifestaciones más importantes del debido proceso y del derecho que tienen todos los administrados a participar activamente en la asunción de aquellas determinaciones que puedan llegar a afectarlos. La concreción de estas garantías se materializa a través de los derechos de contradicción y defensa, de forma tal que se convierte en imperativo constitucional el escuchar a aquellas personas que pueden verse favorecidas o desfavorecidas con un pronunciamiento de la autoridad administrativa. Si esto es así en actuaciones en las que se debaten aspectos relacionados con la solicitud de autorizaciones, permisos o en general se deprecia el reconocimiento de posiciones activas, con mayor razón en aquellos casos en los que se pretende imponer un castigo. (Gil Botero, 2012).

Para sintetizar la posición de la Corporación Contencioso Administrativa, se determina la prevalencia del principio de legalidad, como herramienta del estado moderno para limitar las acciones estatales y sujetarlas a las mismas exigencias de la ley, marco que también es capital en el área contractual:

Específicamente en materia de contratación estatal, campo de actuación de la Administración en el que las competencias también deben estar específicamente determinadas, ha sido una constante la exigencia del cumplimiento del principio de legalidad en el ámbito de las prerrogativas del Poder Público, a tal punto, que resulta inconcebible el ejercicio de una facultad exorbitante o excepcional que no esté expresamente atribuida por la ley; se trata pues, de facultades regladas que la Administración debe ejercer de conformidad con los procedimientos establecidos por el ordenamiento jurídico y respetando los límites impuestos por el mismo (Saavedra, B. 2006).

De otra parte, como se planteó antes, el objetivo principal del contrato estatal es cumplir con los fines del Estado, que obedece el favorecimiento de los intereses públicos, que están llamados a desarrollar cada una de las instituciones que representan el mismo.

⁴ DOMÍNGUEZ VILA, Antonio. Constitución y Derecho Sancionador Administrativo. Madrid, Marcial Pons. 1997. Pág. 294.

Desde esta perspectiva, el cumplimiento de los intereses colectivos conlleva a que se dote de ciertos instrumentos a la administración pública para que desarrolle sus funciones. Uno de estos corresponde a la potestad sancionadora de la administración que tiene sus fundamentos, en palabras del Consejo de Estado:

El fundamento de estos poderes, reservados a la administración, es el interés general, deducible de la teleología de los extremos del contrato estatal. En efecto, la entidad pública que acude al negocio jurídico, directa o indirectamente, espera un beneficio colectivo, y el contratista, por su parte, pretende con la suscripción del acuerdo incrementar su patrimonio (Gil Botero, 2013)

En este orden, la potestad sancionadora del Estado está enlazada a la misma labor de gestión de los intereses colectivos que son encomendados a cada entidad pública, ya que la gestión se articula con las funciones y competencias, así como las responsabilidades que tiene la entidad en cuanto a la dirección de los contratos, “el control y vigilancia de la efectiva ejecución de las prestaciones”, para lograr el cumplimiento de los fines estatales, la prestación de los servicios públicos⁵ y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con el Estado, así como lo señala el artículo 3 del Estatuto Contractual.

La sanción por parte del Estado surge ante la comisión de una infracción, en este caso, de carácter administrativo la cual consiste principalmente en “*incurrir en un hecho constitutivo de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización.*”(Gil Botero, E. 2012).

CLÁUSULAS EXCEPCIONALES O EXHORBITANTES

El ordenamiento jurídico establece diferentes mecanismos encaminados a evitar la afectación o paralización de los servicios públicos, reconociendo al igual que lo hacía el anterior estatuto poderes unilaterales de interpretación y modificación de las cláusulas contractuales y de terminación de los negocios jurídicos⁶ (Gil Botero, E. 2012).

⁵ “Se denominan servicios públicos: los que están destinados a satisfacer necesidades colectivas en forma general, permanente y continua, bajo la dirección del Estado, así como de aquellos mediante los cuales el Estado busca preservar el orden y asegurar el cumplimiento de sus fines ” (art. 2, nral.3 Ley 80/93).

⁶ Artículo 14 de la Ley 80 de 1993.

Estas herramientas de carácter sancionatorio, se hallan positivadas en la Ley 80 de 1993, relacionadas las siguientes: la interpretación unilateral de los documentos contractuales y de las estipulaciones en ellos convenidas⁷, la introducción de modificaciones a lo pactado⁸,

⁷ Art. 15. De la interpretación unilateral. Si durante la ejecución del contrato surgen discrepancias entre las partes sobre la interpretación de algunas de sus estipulaciones que puedan conducir a la paralización o a la afectación grave del servicio público que se pretende satisfacer con el objeto contratado, la entidad estatal, si no se logra acuerdo, interpretará en acto administrativo debidamente motivado, las estipulaciones o cláusulas objeto de la diferencia”

⁸ Art. 16. De la modificación unilateral. Si durante la ejecución del contrato y para evitar la paralización o la afectación grave del servicio público que se deba satisfacer con él, fuere necesario introducir variaciones en el contrato y previamente las partes no llegan al acuerdo respectivo, la entidad en acto administrativo debidamente motivado, lo modificará mediante la supresión o adición de obras, trabajos, suministros o servicios.

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

la terminación unilateral⁹, la caducidad administrativa¹⁰, la reversión¹¹ y el sometimiento a las leyes nacionales.

En este estadio, se pueden relacionar las siguientes características de este tipo particular de instrumentos en manos de la administración estatal:

- a) Su objetivo es la protección de los intereses generales, en armonía con los fines del Estado.
- b) Buscan la salvaguardia en la prestación de los servicios públicos.

⁹ Art. 17. De la terminación unilateral. La entidad en acto administrativo debidamente motivado dispondrá la terminación anticipada del contrato en los siguientes eventos:

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

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

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

¹⁰ Art. 18. De la caducidad y sus efectos. La caducidad es la estipulación en virtud de la cual si se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización, la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado lo dará por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre.

En caso de que la entidad decida abstenerse de declarar la caducidad, adoptará las medidas de control e intervención necesarias, que garanticen la ejecución del objeto contratado. La declaratoria de caducidad no impedirá que la entidad contratante tome posesión de la obra o continúe inmediatamente la ejecución del objeto contratado, bien sea a través del garante o de otro contratista, a quien a su vez se le podrá declarar la caducidad, cuando a ello hubiere lugar.

“Si se declara la caducidad no habrá lugar a indemnización para el contratista, quien se hará acreedor a las sanciones e inhabilidades previstas en esta ley.

La declaratoria de caducidad será constitutiva del siniestro de incumplimiento.

¹¹ Art. 19. De la reversión. En los contratos de explotación o concesión de bienes estatales se pactará que, al finalizar el término de la explotación o concesión, los elementos y bienes directamente afectados a la misma pasen a ser propiedad de la entidad contratante, sin que por ello ésta deba efectuar compensación alguna.

- c) Fueron creadas para corregir las acciones de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista.
- d) Sólo estas se estipulan a favor de la administración y no del contratista.
- e) En algunos contratos estatales, la ley permite que las mismas pueden ser pactadas entre las partes contratantes.
- f) Las cláusulas exorbitantes sólo pueden aplicarse en los casos en que la ley lo establece, de lo contrario vicia de nulidad el contrato.
- g) La característica de exorbitancia tiene como fundamento una prerrogativa de carácter público.
- h) Tienen un carácter extraordinario e inusual con referencia al derecho común, ordinario.

CONTRATOS DEL RÉGIMEN JURÍDICO PRIVADO Y CLÁUSULAS EXCEPCIONALES.

En este punto, es menester apelar a la jurisprudencia del Consejo de Estado, para indagar sobre cuáles son las posibilidades que se ciernen para la inclusión o no de las cláusulas exorbitantes en los distintos contratos estatales que se rigen por el derecho privado. Pero, antes de entrar en materia, es la misma Ley 80 de 1993 la que regula en su artículo 14, el tema de las cláusulas excepcionales y allí se hace una serie de campos de aplicación de las mismas:

De una parte, está el grupo de contratos estatales en los que es de obligatoriedad el pactar las cláusulas excepcionales:

[E]n los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión. (numeral 2°, inciso 1°).

En este apartado, si bien existe la obligación para los contratantes incluir las cláusulas, si en dado caso, no se realiza su inclusión, se entenderá pactadas: “En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aun cuando no se consignent expresamente” (numeral 2°, inciso 3°).

Un segundo grupo lo componen los contratos estatales en los que las partes pueden pactar la inclusión o no de estas cláusulas: “Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios” (numeral 2°, inciso 2°). El Consejo de Estado explica esta situación:

No son obligatorias las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las

leyes nacionales y de caducidad, salvo en materia de prestación de servicios públicos, en los términos del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, pero ello no obsta para que si se estima conveniente se puedan pactar. (Correa P. 2007)

Este segundo bloque de contratos resalta el poder facultativo que otorga la ley para que las partes decidan si incluyen o no las cláusulas exorbitantes. Aquí ya se hace hincapié en la aplicación del principio de igualdad de las partes contratantes. Vale señalar que si las partes optan por no incluir las mismas, la ley no sule su consignación expresa dentro del contrato.

Un tercer grupo, está compuesto por el conjunto de contratos estatales donde se define que la no obligatoriedad en su inclusión en el contrato pactado:

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

Vale traer a colación, la jurisprudencia de la Corporación donde ha definido claramente, la existencia de estos tres grupos, señalando lo siguiente:

El artículo 14 de la Ley 80 de 1993 reguló la posibilidad y forma de pactar las cláusulas exorbitantes en los diversos tipos contractuales, según los siguientes parámetros: en primer término, dispuso aquellos tipos de contratos en los cuales se entienden pactadas las diversas cláusulas excepcionales consagradas en la Ley, esto es aquellos en los cuales no se requiere de estipulación expresa para definir su existencia y ejercicio frente a la relación contractual. Así, de acuerdo con el artículo 1501 del Código Civil, éstas cláusulas pueden considerarse de la naturaleza del contrato, pues aun cuando no las contenga formalmente, se entienden pertenecerle (...) En segundo lugar, el artículo 14 regula aquellos contratos en los cuales la estipulación de la cláusula exorbitante resulta facultativa para las partes, esto es no obligada su inclusión en la relación negocial, pero los contratantes, si a bien lo tienen, las pueden pactar. Este tipo de cláusulas son denominadas en la norma civil - artículo 1501 del C.C. - como accidentales, pues a pesar de que no son de la esencia ni de la naturaleza del contrato, de forma expresa podrán estipularse (...) un tercer grupo que contempla la norma, lo constituye un grupo de tipos contractuales en los cuales está prohibida expresamente la inclusión de cláusulas excepcionales, por tanto, sumado a que la ley no obliga a su estipulación, las partes en ejercicio de su voluntad, tampoco podrán pactarlas (Fajardo G. 2011).

Sin embargo, en una sentencia un año después, este mismo consejero, relacionó un grupo más: “*iv*) todos los demás contratos estatales no previstos ni contemplados en alguno de los grupos anteriormente individualizados” (Fajardo G. 2012). Clasificación que ya había sido organizada en una sentencia del Consejero Dr. Alier Eduardo Hernández Enriquez (2006).

En cuanto al tipo de régimen a aplicar en cuanto a la estipulación de cláusulas exorbitantes, el consejero de estado, explica que:

iv) Contratos estatales no previstos o contemplados en el artículo 14 de la Ley 80 y, por tanto, sometidos en mayor medida a los regímenes legales consagrados en los Códigos Civil y/o de Comercio. Este importante grupo de contratos estatales, integrado por todos aquellos tipos contractuales que no encajan en una sola de las hipótesis contempladas en el artículo 14 de la Ley 80 y ni siquiera mencionados a lo largo de sus diferentes preceptos, sin duda deberán seguirse por las mismas pautas o derroteros que se dejan indicados para los contratos que integran el grupo inmediatamente anterior, esto es el iii). (negritas propias del texto) (Fajardo G. 2012).

Bajo este criterio, lo anterior significa como en reiteradas ocasiones se ha pronunciado este Alto Tribunal, en tratándose de contratos donde se aplique las reglas del derecho privado, esto es civil y mercantil, que no se encuentren dentro de las prerrogativas del numeral 2°, inciso primero del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, no podrán las partes, especialmente, la administración pública hacer inclusión, esto es, dejar consignadas cláusulas excepcionales, ya que las mismas contravienen los principios de igualdad entre las partes contratantes, así como la seguridad jurídica del negocio jurídico.

Sin embargo, haciendo eco de la postura de la Corte Constitucional, el Consejo de estado, requiere a los operadores jurídicos, encargados de la contratación estatal, efectuar los respectivos ajustes y previsiones para alcanzar los objetivos de la misma, esto es el interés general y la adecuada prestación de los servicios, por parte del Estado, haciendo uso de la normatividad tanto del derecho público como privado:

2.3.1. En consonancia con el libre ejercicio de la actividad económica y la iniciativa privada el primer inciso del artículo 13 de la ley 80 establece un orden de precedencia normativo para la celebración de los contratos por parte de las entidades estatales, fijando al efecto la regla general según la cual los contratos estatales se rigen por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esa ley. De lo cual se sigue que en cada hipótesis contractual el ordenador del gasto deberá indagar primero sobre la eventual existencia de reglas especialmente previstas en el Estatuto de Contratación Pública para el mejor desarrollo de su gestión, para luego sí, en

caso positivo, aplicar los respectivos dispositivos de este Estatuto, y sólo de manera subsidiaria y residual, las normas comerciales y civiles. De este modo el Legislador estableció un Estatuto mixto que a un tiempo le da cabida tanto a principios y reglas protectoras de la gestión estatal como a dispositivos abiertos a la iniciativa privada y la libre empresa. Así, nos encontramos con que nuestro ordenamiento jurídico provee a un mismo tiempo disposiciones de derecho público y de derecho privado a la contratación estatal, a cuyos efectos deben articularse adecuadamente los respectivos contenidos normativos, en la perspectiva de la legalidad, oportunidad y conveniencia del gasto.

*Por lo tanto, conforme al primer inciso del artículo acusado **le corresponde al operador jurídico realizar una labor de interpretación sistemática en orden a la aplicación de las reglas pertinentes, que bien pueden corresponder simultáneamente a las de la ley 80 de 1993 y a las de los códigos de comercio y civil; sin que por otra parte ello pueda llegar a propiciar algún tipo de intangibilidad o dispensa frente a los controles estatales que la Constitución y la ley estipulan en torno al gasto público. Consecuentemente, cada hipótesis contractual del Estado es susceptible de gobernarse por principios y reglas tanto de orden público como de orden privado, donde la intensidad de la preeminencia del primero sobre el segundo dependerá del grado de regulación normativa que el Estatuto Contractual Estatal establezca para el respectivo caso.** Y al decir Estatuto Contractual Estatal debe entenderse la ley 80 de 1993 junto con todas las demás disposiciones que válidamente la complementan, modifican y derogan.” (se subraya)¹²(cursiva propia del texto) (Fajardo, G. 2012).*

De otra parte, para tener una referencia de los contratos estatales que se agrupan dentro del régimen privado, resulta bastante pedagógica la exposición que hace el especialista en contratación estatal Álvaro Darío Becerra Salazar, a través de su página Web “Navegador de la contratación estatal Colombia” (2010-2015), quien clasifica el régimen privado de contratación estatal en dos grandes grupos, como son:

Por la naturaleza de ciertas entidades estatales:

[Empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios](#)

[Universidades estatales u oficiales](#)

[Empresas sociales del estado](#)

[Entidades financieras de carácter estatal](#)

[Fondos de servicios educativos](#)

¹² Corte Constitucional, Sentencia C-249 de 2004, M.P. Jaime Araujo Rentería.

[Banco de la República](#)
[Ciertas Empresas Industriales y Comerciales del Estado y ciertas Sociedades de Economía Mixta](#)
[Entidades estatales que prestan el servicio de telecomunicaciones](#)
[Entidades exceptuadas en el sector defensa](#)
[Contratos del programa Colombia Humanitaria](#)

Por el objeto contractual

[Contratación de la administración del subsidio de salud](#)
[Contratos y asociaciones con entidades sin ánimo de lucro](#)
[Contratos para el desarrollo de proyectos culturales](#)
[Contratación del servicio público educativo](#)
[Contrato de asociación para actividades científicas y tecnológicas](#)
[Contratación de la operación del monopolio de juegos de suerte y azar](#)
[Contrato de concesión minera](#)
[Fiducia sobre excedentes de tesorería](#)
[Contratación con organismos internacionales](#)
[Explotación de hidrocarburos](#)
[Contratos de recuperación y/o conservación de antigüedades y valores náufragos](#)
[Disposición por la DIAN de mercancíasaprehendidas, decomisadas o abandonadas](#)
[Concesión de los servicios y de las actividades de telecomunicaciones](#)
[Enajenación de acciones del estado](#)
[Contratación para el ejercicio de funciones administrativas por particulares](#)
[Contratación de la operación del monopolio de licores](#)
[Concesión de servicios postales](#)
[Prestación del servicio de TV](#)
[El "contrato de aporte" del ICBF](#)

CASO CONCRETO: LEY 142 DE 1994 – SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS Y CLÁUSULAS EXCEPCIONALES.

La Ley 142 de 1994 surge como una necesidad ante la deficiente prestación de los servicios públicos domiciliarios por parte de las empresas encargadas de dichos servicios y el alto componente burocrático dentro de estas, conlleva a que la Asamblea Nacional Constituyente incorporara en la Carta Política de 1991, unos principios que regularan la continua, ininterrumpida y eficiente prestación de dichos servicios para promover la igualdad y eficiencia de dichos servicios. Incorporándose estas finalidades

en los artículos 365 a 370 y además se incluyó el artículo 48 transitorio con el fin de darle aplicabilidad a estas finalidades, obligando al Gobierno Nacional a presentar el proyecto de Ley relativo al régimen jurídico de los servicios públicos¹³.

Se entiende por servicio público domiciliario, en palabras del tratadista Diego Younes Moreno (214), quien citando jurisprudencia los define como “actividades que satisfacen necesidades colectivas, ordinariamente esenciales y que, por lo tanto, deben ser ofrecidos en forma continua y en igualdad de condiciones a toda la comunidad” (p. 273).

La Ley 142 de 1994, regula entre otros aspectos la contratación en materia de servicios públicos domiciliarios. Tabarquino (2011) define muy claramente el régimen jurídico sobre los que está cimentado el complejo sistema de los servicios públicos domiciliarios en Colombia:

El Régimen Jurídico de las Empresas de Servicios Públicos: La Ley, en sus artículos 17 y 18, exige la transformación de las empresas estatales prestadoras de los SPD en Sociedades por Acciones que, atendiendo a la naturaleza estatal o particular mayoritaria de la propiedad, serán clasificadas de acuerdo a la conformación de su capital siendo Empresas Públicas aquellas que cuenten con un capital 100% publico; Empresas Mixtas aquellas que los aportes públicos sean iguales o mayores al 50% del total y Empresas Privadas como aquellas cuyo capital es igual o superior al 51% del total. (p. 57-58)

Las empresas de servicios públicos al ser determinadas en su naturaleza como sociedades por acciones, como lo regula el artículo 17 de la Ley 142 de 1994, quedan bajo el régimen jurídico privado, pues en armonía con el principio de libertad de empresa, artículo 10 del mismo estatuto, cuyo trasfondo exige al Estado la “no utilización abusiva de la posición de garante” (Younes, 2014, p. 281), son un claro ejemplo de la creación de herramientas jurídicas para que el Estado pueda entrar a jugar en el mundo de los negocios privados, como una empresa más que pueda competir en igualdad de condiciones, sin perder

¹³ Constitución Política de Colombia. Artículo Transitorio 48. Dentro de los tres meses siguientes a la instalación del Congreso de la República el Gobierno presentará los proyectos de ley relativos al régimen jurídico de los servicios públicos; a la fijación de competencias y criterios generales que regirán la prestación de los servicios públicos domiciliarios, así como su financiamiento y régimen tarifario; al régimen de participación de los representantes de los municipios atendidos y de los usuarios en la gestión y fiscalización de las empresas estatales que presten los servicios, así como los relativos a la protección, deberes y derechos de aquellos y al señalamiento de las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios.

Si al término de las dos siguientes legislaturas no se expidieren las leyes correspondientes, el Presidente de la República pondrá en vigencia los proyectos mediante decretos con fuerza de ley.

su esencia pública. Características que no son muy claras ni determinantes, cuando se trate acudir a la jurisdicción para ventilar asuntos contractuales.

La Doctrina en este sentido no ha sido muy clara, pues hay sectores que fijan su posición con fundamento en “La competencia de las empresas estatales frente a las empresas privadas puede darse en la venta de servicios a los usuarios. Pero, además, las empresas estatales tienen que competir con empresas privadas de toda clase, para adquirir bienes y servicios. En la medida en que las empresas estatales operen en mercados competidos, y en que estén sujetas a controles de eficiencia”¹⁴

En cuanto a la actividad contractual de los servicios públicos domiciliarios, el Consejo de Estado ha dicho:

“Con fundamento en los artículos 5º de la ley 57 y 3º de la ley 153 de 1887, reitera su criterio (...), según el cual la ley 80 de 1993, es una norma general sobre contratación del Estado, que no regula íntegramente la materia y, por lo mismo, existe la posibilidad de que haya disposiciones especiales que prevalezcan sobre dicha ley, como la 142 de 1994, que es posterior y específicamente se refiere a los servicios públicos domiciliarios”¹⁵

Ahora bien, en cuanto se refiere al tema de las cláusulas excepcionales, en la Ley 142 de 1994, pareciera, que no se enuncia la aplicación de las mismas, permitiendo que en la práctica se apliquen de manera arbitraria y deliberada, violándose así las directrices señaladas por el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, en donde por ninguna parte aparece esta contratación, es decir, sin requerir de manera previa al contratista para que explique la no ejecución o la demora.

En un trabajo dirigido por el Consejero de Estado, Juan Ángel Palacio Hincapié (2006) con estudiantes de la universidad Militar Nueva Granada, se busca responder, entre otros asuntos, cuál es el régimen jurídico de los contratos en los servicios públicos domiciliarios. Realidad que como lo expresan los autores, citando al tratadista Julio César Cárdenas Uribe “no existe claridad para la realización de los contratos” (p. 37), más todavía “cuáles son las normas aplicables a los contratos de servicios públicos .Ley 80 de 1993 ó Ley 142 de 1994- en caso de contradicción.” Y como puntada final a la discusión “el régimen

¹⁴ Naranjo Flórez, Carlos Eduardo. “El Nuevo Régimen de la Contratación de la Administración Pública”. Régimen de Contratación Estatal, Compilador Pino Ricci, Jorge. Universidad Externado de Colombia. 2ª edición. Bogotá. Colombia, 1997. P.164.

¹⁵ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicios Civil. Concepto marzo 9 de 1995. Radicación # 673. M.P. Nubia Gonzalez Ceron.

jurídico contractual de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, ¿es privado ó público, mixto?” (p. 38).

El Consejo de Estado ha manifestado que la Ley 142 de 1994 regula exclusivamente los contratos de las empresas prestadoras de los servicios públicos, los contratos de las entidades públicas relacionadas con la prestación de servicios públicos domiciliarios y el contrato de servicios propiamente dicho.

Ahora bien, si las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios se encuentran amparadas por un régimen especial, ¿pueden estas incluir en sus contratos las cláusulas excepcionales -o exorbitantes- para proteger el servicio público que se está prestando? Luego de discutir si se incluyen o no y, en caso positivo, cuáles son las cláusulas excepcionales que podrían incluirse en el contrato, se nota claramente, que la inclusión de estas potestades exorbitantes, en caso de litigio entre las partes contratantes, necesariamente, conlleva a que cambie “la competencia del juez del contrato”, siendo entonces la jurisdicción de los contencioso administrativo la competente para dirimir la Litis y no el juez ordinario (p. 41).

Al estudiar la jurisprudencia del Consejo de Estado (Fajardo, M. 2013), como caso emblemático de este fenómeno jurídico, se halla la demanda presentada por el señor Carlos Eduardo Campo contra Empresas Públicas Municipales de Cali – EMCALI -, en ejercicio de la acción contractual, cuyo trasfondo surge a partir del contrato de consultoría suscrito entre las partes, donde se presentó un presunto incumplimiento del contrato.

El Alto Tribunal consigna que EMCALI es una empresa industrial y comercial del Estado de orden municipal, descentralizada, cuyo marco jurídico lo establece la Ley 142 de 1994 y, donde expone que siendo la entidad de carácter estatal, “por contera habrá de concluirse que los contratos que celebre deberá tenerse como estatales, sin importar el régimen legal que les deba ser aplicable.”

En el caso *sub judice*, en relación con las cláusulas excepcionales o exorbitantes, señala el Consejo de Estado, luego de analizar los diferentes escenarios, en materia de contratación pública, de cómo se pueden ejercer el régimen de poderes excepcionales de la administración; en este orden, refiere cuatro grupos en los que las cláusulas exorbitantes devienen en el tema de inclusión o no dentro de un contrato estatal.

Para la inclusión o no de las clausulas exorbitantes en un contrato estatal, diferencia el Consejo de Estado se puede dar en los siguientes grupos de contratos:

1) Contratos estatales en los cuales las cláusulas excepcionales al derecho común son obligatorias; si no se incluyen se entenderán pactadas; pertenecen a este grupo: “*el de obra*,

los que tienen por objeto la explotación y concesión de bienes del Estado, la prestación de servicios públicos y las actividades que constituyan monopolio estatal”¹⁶.

2) Contratos estatales en los cuales las cláusulas excepcionales al derecho común son **facultativas**; es decir que su uso es opcional, por lo cual los poderes exorbitantes no existen y hacen parte de este grupo los contratos de prestación de servicios y suministro¹⁷. Si se pactan sólo pueden favorecer a las entidades estatales, es decir, que no es posible pactar tales poderes en favor del contratista.

3) Contratos estatales en los cuales se encuentra prohibido incluir y, por tanto, ejercer cláusulas o estipulaciones excepcionales será causal para declarar la nulidad absoluta de la cláusula; pertenecen a este grupo, según el parágrafo del art. 14 de la ley 80 “... *los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos; en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2o. de este artículo, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguro tomados por las entidades estatales...*”

4) Todos los demás contratos estatales no previstos ni contemplados en alguno de los grupos anteriormente individualizados. Donde no se pueden incluir y menos a ejercer tales potestades excepcionales; pertenecen a este grupo entre otros el contrato de consultoría, de comodato, de leasing, etc.

La jurisprudencia ha manifestado que en este grupo de contratos NO es posible la aplicación de estas cláusulas porque: “1: Este tipo de poderes requiere 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 2. Porque el legislador es el único que puede disponer competencias para la expedición de actos

¹⁶ Numeral 2 del artículo 14 de la ley 80 de 1993: “2. Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión.

¹⁷ El numeral 2 del artículo 14 de la Ley 80 de 1993 estipula: “Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios.”

administrativos en desarrollo de contratos estatales, actos que, como es sabido, constituyen el mecanismo de ejercicio de las exorbitancias contractuales.”¹⁸

Finaliza el máximo órgano de justicia administrativa, declarando la nulidad absoluta de las cláusulas excepcionales incluidas en el contrato de consultoría, que por su tipo y naturaleza, se trata de aquellos que, ni constitucional ni legalmente, encuentran el soporte para su previsión y menos autorización para su inclusión. (Santos, 2013) Realidad que es contraria al derecho público por cuanto, el “régimen legal que se encarga de precisar cuáles son los únicos tipos contractuales en los cuales se deben incorporar obligatoriamente esas cláusulas excepcionales y en cuáles se autoriza su estipulación”, está debidamente positivado, conducta que convierte este acto en un “abuso de las competencias o el poder que a esas entidades les han conferido las normas vigentes” (Fajardo, 2013).

Es por esto que se entiende por qué siendo EMCALI empresa industrial y comercial del Estado de orden municipal, descentralizada, al incluir cláusulas excepcionales en un contrato de consultoría, se excedió en las competencias definidas expresamente por el legislador para la entidad estatal contratante, “así como los límites que en esta materia encuentra y debe respetar la autonomía de la voluntad de los contratantes y con ello se desconocieron las disposiciones de derecho público que regulan de manera imperativa esta precisa materia” (Fajardo, M. 2013).

En otro caso, estudiado por esta Corporación (Fajardo, 2013), contra la Hidroeléctrica de Betania S. A. E.S.P., Empresa de Servicios Domiciliarios de tendencia privada, donde se ventilaba un conflicto de competencia jurisdiccional, en torno a una controversia de carácter contractual acerca de la declaratoria de nulidad del acto por medio del cual se adjudicó el contrato para “la realización de los trabajos de pavimentación para el tramo III en la vía dique 6 – Municipio de HOBO [...] y los demás actos de aquellos llamados intermedios o preparatorios pertenecientes al proceso licitatorio que culminó con el acto acusado”, resulta interesante, pues, El Alto Tribunal haciendo eco del precedente jurisprudencial determina:

[L]a Sala estima que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo sí es competente para conocer del proceso citado en la referencia, dado que si bien es cierto que la composición del capital social de la empresa demandada proviene en más del 50% de aportes privados y, por lo tanto, no goza de la naturaleza de entidad estatal, **no es menos cierto que en el contrato cuya adjudicación demanda la parte demandante se incluirían las cláusulas excepcionales antes**

¹⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia Radicado No. 76001-23-31-000-1999-02622-01(24996). 13 de febrero de 2013. C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

expuestas, aspecto que, por lo tanto, atribuye el conocimiento del asunto a esta Justicia Especializada y no a la Ordinaria, amén de señalar que aunque la controversia planteada no gire en torno al ejercicio de tales potestades exorbitantes, ello no enerva dicha competencia, en virtud del principio de unidad procesal. (Resaltado fuera de texto)

Competencia que es matizada aún más por el órgano de cierre, trayendo a colación el estatuto de la Ley 1437 de 2011:

*Esta competencia se mantuvo con la expedición de la Ley 1437 de 2011 que en su artículo 104, numeral 3º, preceptuó que **la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo conocerá de los procesos “relativos a contratos celebrados por cualquier entidad prestadora de servicios públicos domiciliarios en los cuales se incluyan o hayan debido incluirse cláusulas exorbitantes.** (Cursiva y resaltado propios)*

Esta interpretación permite, como se verá más adelante, que hayan contratos que siendo del resorte del derecho privado, es decir, jurisdicción ordinaria, por aplicación del principio de unidad procesal, transiten hacia la jurisdicción especializada, por el hecho de incorporar en la redacción del contrato las cláusulas excepcionales que sólo son obligantes en los parámetros del Estatuto de Contratación Pública.

Ahora bien, el problema con la empresa de servicios públicos domiciliarios es que, según el artículo 14, numeral 2º, de la Ley 80 de 1993, cuando se trata de contratos de Obra, los que tienen por objeto la explotación y concesión de bienes del Estado, la prestación de servicios públicos y las actividades que constituyen monopolio estatal deben incluir cláusulas exorbitantes, esto en concordancia con el art. 25 de la ley 142 de 1994, donde se dice que “[q]uienes presten servicios públicos requieren contratos de concesión, con las autoridades competentes según la ley, para usar las aguas; para usar el espectro electromagnético en la prestación de servicios públicos requerirán licencia o contrato de concesión”. Más aún, el artículo 31 dice:

Artículo 31. [Modificado por el art. 3 de la Ley 689 de 2001.](#) Concordancia con el Estatuto General de la Contratación Pública. Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta Ley, y que tengan por objeto la prestación de esos servicios, se regirán por el parágrafo 1 del artículo 32 de la ley 80 de 1993 y por la presente Ley, salvo en lo que la presente Ley disponga otra cosa.

Las comisiones de regulación podrán hacer obligatoria la inclusión, en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos, de cláusulas exorbitantes y podrán facultar, previa consulta expresa, que se incluyan en los demás. Cuando la inclusión sea forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo

dispuesto en la Ley 80 de 1993, y los actos en los que se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa.

No obstante el alcance que tenía dicho artículo sigue siendo el fundamento para que la Comisiones de Regulación estudien la inclusión de las cláusulas exorbitantes en ciertos contratos que celebran las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, previa consulta expresa, precepto que rompe con el principio de igualdad que deben tener los contratantes en el derecho privado, al permitir que una de las partes pueda incluir cláusulas exorbitantes sin tener en cuenta a la contraparte.

La Corte Constitucional ha afirmado que la facultad atribuida por el legislador en la misma Ley 142 de 1994 a las Comisiones de Regulación es por mandato constitucional, con el fin de garantizar la finalidad social del Estado:

“una facultad atribuida por el legislador directamente a las Comisiones de Regulación, que en este sentido son instrumentos de la realización de los intereses públicos consagrados en la Constitución y en la Ley”¹⁹.

Con esta facultad se puede ver que aunque la misma Ley 142 de 1994 quiso que la actividad contractual de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios dejara de un lado la Ley 80 de 1993, también es cierto que se debe dar aplicabilidad al Estatuto de Contratación, cuando el servicio público domiciliario se vea amenazado o se afecten los fines sociales inscritos en la Constitución, con el fin de dar cumplimiento al primer inciso del artículo 365 de la Carta Política.

También, en el Parágrafo del mismo artículo 14, se dice que no se incluirán en los contratos este tipo de sanciones, “[e]n los contratos que se celebren con [...], y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2o. de este artículo [...]”, circunstancia que en este caso, dejaría prever que las empresas de servicios públicos domiciliarios sí están autorizadas legalmente, según el Estatuto de Contratación Pública para que incluyan este tipo de cláusulas excepcionales en los diferentes contratos que constituyan.

Más adelante, en el artículo 32 de la Ley 142 de 1994, se vuelve a hacer hincapié en el régimen contractual que desarrollan las empresas de este tipo, en cuanto a las áreas que se deben regir por el derecho privado:

¹⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-066 de 1997. M.P. Fabio Moron Diaz EXP. D -1394.

Salvo en cuanto la Constitución Política o esta Ley dispongan expresamente lo contrario, la constitución, y los actos de todas las empresas de servicios públicos, así como los requeridos para la administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas que sean socias de ellas, en lo no dispuesto en esta Ley, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado.

Y para finiquitar, en la precitada ley de servicios públicos domiciliarios, Título II - RÉGIMEN DE ACTOS Y CONTRATOS DE LAS EMPRESAS, Capítulo II - CONTRATOS ESPECIALES PARA LA GESTIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS, artículo 39, luego de hacer una relación de los diferentes contratos que puede constituir la respectiva empresa de servicios públicos, cerrando el artículo se encuentra el texto del párrafo que dice: “**Parágrafo. [Modificado por el art. 4, Ley 689 de 2001](#). Salvo los contratos de que trata el numeral 39.1., todos aquellos a los que se refiere este artículo se regirán por el derecho privado**”. (negritas fuera de texto).

La inclusión de las cláusulas exorbitantes en los contratos celebrados por la empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios solo puede darse cuando exista la autorización de las Comisiones de Regulación, previa solicitud de las empresas prestadora de servicios públicos domiciliarios; pero se podrán aplicar directamente las potestades exorbitantes aun cuando no exista autorización por parte de las Comisiones de Regulación y estas no se hayan pactado en los contratos, sustentados en el principio de ejecutoriedad y ejecutividad de los actos administrativos, consagrado en el artículo 64 del Código Contencioso Administrativo. (Mármol, 2013)

Con este análisis jurídico, se deja entrever que existe dos tipos de prácticas contractuales desarrolladas por las empresas de servicios públicos domiciliarios, conforme al marco jurídico que los cobija, esto es que hay unos contratos específicos, como los de concesión, para los que es ineludible consignar en el texto las cláusulas excepcionales y si no se incluyen se entenderá contenidas en el mismo. Otro grupo de contratos, como el de consultoría, fiducia, etc., deben orientarse por el marco del derecho privado. (Mármol, 2013)

Se puede observar que por regla general las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios están regidas por el derecho privado y por lo tanto el régimen aplicable sería la jurisdicción ordinaria, pero en los actos donde incorporan cláusulas exorbitantes dejan de un lado la Ley 142 de 1994, para dar aplicabilidad a la Ley 80 de 1993, predominando el derecho público, ventilando sus conflictos ante la jurisdicción administrativa, tal y como se ha pronunciado reiteradamente el Consejo de Estado, al definir

los actos administrativos y contratos de las empresas de servicios públicos son susceptibles de ser controlados ante esta jurisdicción²⁰:

“...c) Asimismo, esas empresas pueden celebrar contratos sometidos por regla general al derecho privado y a la jurisdicción ordinaria; y otros, como los de prestación de servicios regulados en los arts 128 y ss y los demás contratos que contengan cláusulas exorbitantes por imposición o autorización de las Comisiones de Regulación, en los cuales el derecho público será predominante y cuyas controversias serán de jurisdicción administrativa (art 31 inc 2º), porque quien presta esos servicios se convierte en copartícipe, por colaboración, de la gestión estatal; o, en otras palabras, cumple actividades o funciones administrativas.”

CONCLUSIONES

Se logró hacer una caracterización a nivel general, de cada uno de los regímenes de contratación, en cuanto a los requerimientos, especialmente, en cuanto al derecho público y privado.

Se relacionaron las diferentes normas, tanto de derecho constitucional como legal y reglamentario que sirven como marco jurídico para el ejercicio de la contratación estatal en Colombia.

Se logra definir y caracterizar, así como los objetivos del contrato estatal, como herramienta dispuesta para alcanzar los fines del Estado Social y Democrático de Derecho.

Como quiera que en Colombia existan dos regímenes legales de contratación, uno de tendencia del derecho público y otro de orientación del derecho privado, se pudo establecer las pautas que exigen de la inclusión o consignación de las cláusulas exorbitantes o excepcionales. A su vez, siguiendo los derroteros de la Corporación Contenciosa Administrativa, se ampliaron los parámetros de clasificación, de acuerdo a la ley 80 de 1993, donde se concibe un catálogo más integral que cobija cualquier tipo de contrato estatal.

En cuanto a la inclusión de las cláusulas excepcionales, específicamente, en los contratos estatales del régimen de derecho privado, se pudo observar que las mismas no están autorizadas por la ley y que su inclusión conllevaría a la declaratoria de nulidad del contrato en cuestión.

²⁰ Consejo de Estado. Sala Plena de los Contencioso Administrativo. Sentencia 23 de 1997. C.P. Carlos Betancur Jaramillo. EXP. S-701.

En el caso de las empresas prestadores de servicios domiciliarios, se halló que éstas tienen una doble nomenclatura, en materia de contratación, por un lado, existe un grupo de contratos que se rigen por las normas del Estatuto de Contratación Pública, por lo que permite la inclusión de cláusulas exorbitantes; de otra parte, está el conjunto de contratos que tiene su régimen estrictamente privado, definidos los parámetros en la misma ley 142 de 1994, en concordancia con la Ley 80 de 1993.

Por regla general la jurisdicción de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios es la jurisdicción ordinaria; pero para los contratos que celebren que contengan cláusulas exorbitantes la competencia estará sometida a la jurisdicción administrativa.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Arango, J. C. & García, J. G. (2004). *Aplicación de las cláusulas exorbitantes en los contratos estatales regulados por regímenes especiales* (Trabajo de pregrado en derecho, Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia). Recuperado de:
<http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere6/DEFINITIVA/TESIS30.pdf>
- Ballesteros, C. A. (2013). *El régimen contractual de las empresas sociales del Estado* (Tesis de maestría derecho administrativo, Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia). Recuperado de:
<http://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/4765/84088304-2013.pdf?sequence=1>
- Becerra S., Álvaro (201-2015) Navegador de la contratación estatal Colombia. Disponible en internet: http://www.tesauro.com.co/REGIESPECIALES/MATRIZ-REG_1.htm
- Bonivento, Pedro F. (2000). *La autonomía de la voluntad frente a los contratos de derecho privado* (Trabajo de pregrado en derecho, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia). Recuperado de internet:
<http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere1/Tesis16.pdf>
- Colmenares Uribe, C. A. (2012). El rol del juez en el Estado democrático y social de derecho y justicia. *Revista Academia & Derecho*, 3(5), 65-81.
- Goez, A. A. (2010). *Las cláusulas excepcionales aplicables al contrato estatal* (Monografía de pregrado en derecho, Universidad de Antioquia, Medellín, Colombia). Recuperado en internet
http://mitra.udea.edu.co/~prueba/archivos/informes_finales/informe_final294.pdf

- Grueso, M. E. (julio-diciembre, 2014). Las particularidades de las entidades estatales de naturaleza única y régimen especial. *Revista Republicana*, (17). Recuperado de internet <http://revista.urepublicana.edu.co/wpcontent/uploads/2015/02/Las-particularidades-de-las-entidades-estatalesde-naturaleza-%C3%BAunica.pdf>
- Güecha, C. N. (julio-diciembre, 2006). Falacia de las cláusulas exorbitantes en la contratación estatal. *Revista Opinión Jurídica*, 5 (10). Recuperado de internet <http://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/128>
- López M., Diego E. (2008) *El derecho de los jueces*. Segunda Edición. Sexta reimpresión. Bogotá: Legis.
- Moreno, N. (2013) “Las cláusulas excepcionales en la actividad contractual de la administración pública: autonomía de la voluntad o imposición del legislador”. *Rev. digital de derecho*, 95. Descargado en internet <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php?journal=Deradm&page=article&op=view&path%5B%5D=3687&path%5B%5D=381510>
- Naranjo Flórez, Carlos Eduardo. ”El Nuevo Régimen de la Contratación de la Administración Pública”. Régimen de Contratación Estatal, Compilador Pino Ricci, Jorge. Universidad Externado de Colombia. 2ª edición. Bogotá. Colombia, 1997. P.164.
- Niño Zambrano, A. (2011) Delimitación: Cláusulas excepcionales en contratos estatales. Trabajo especialización Contratación estatal, Universidad de la Sabana, Bogotá. Descargado de http://intellectum.unisabana.edu.co:8080/jspui/bitstream/10818/1402/1/Arturo%20Ni%C3%B1o%20Zambrano_147222.pdf
- Negretto, Gabriel. 1994. *El concepto de decisionismo en Carl Schmitt. El poder negativo de la excepción*. Buenos Aires: Revista Sociedad N°4. Recuperado de internet <http://www.cide.edu/investigador/documentos/gabriel.negretto/CarlSchmittDecisionismo.pdf>
- Ontero Betancur, D. (2012) “Competencia racione temporis para el ejercicio de la cláusula de caducidad en contratos estatales” *Verba Iuris*, 28, (31-52), Bogotá. Descargado en internet <http://www.unilibre.edu.co/verbaiuris/28/competencia-racione-temporis-para-el-ejercicio-de-la-clausula-de-caducidad-en-contratos-estatales.pdf>

Pabón Parra, P. (2013) “Constitución Política de Colombia Esquemática. 2da. Edición, Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.

Palacio, J. A., Muñoz, Z. P., Castro, H. F., García, J. A. & Sandoval, J. (enero-junio, 2006). Hacia la definición de un modelo jurídico especial para los contratos de los servicios públicos. *Revista Prolegómenos Derechos y Valores*, 9 (17). Recuperado en internet http://www.umng.edu.co/documents/63968/72401/articulo3_pdf.pdf

Santaella, Q. H. (agosto, 2005) LA FORMA DEL CONTRATO ESTATAL: Algunas reflexiones sobre la incidencia del Estatuto Orgánico del Presupuesto sobre el perfeccionamiento de los contratos del Estado. En *Rev. Derecho Fiscal*, 3. Recuperado en internet: http://portal.uexternado.edu.co/pdf/5_revistaDerechoFiscal/RDF%203/Rev.%20Fiscal%203.pdf

Santos Ibarra, J. P. (2013). Sistema jurídico colombiano, ordenamiento legal y orden jurídico prevalente. *Revista Academia & Derecho*, 4(6), 155-172.

Mármol, G. J. (2013). Análisis de la supervisión del contrato estatal: función de vigilancia y mecanismo anticorrupción. *Revista Academia & Derecho*, 4(7), 145-169.

Tabarquino, R. A. (2011) Los servicios públicos domiciliarios en Colombia: una mirada desde la ciencia de la política pública y la regulación. Recuperado de internet: <http://www.eumed.net/libros-gratis/2011c/997/ley%20142%20de%201994.html>

Younes M., Diego. (2014) Curso de derecho administrativo. Bogotá: Editorial Temis.

LEGISGRAFÍA

COLOMBIA, Congreso de la República. Ley 80, Estatuto General de la Contratación Pública (28 octubre 1993).

COLOMBIA. Congreso de la República. Ley 142, **Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones.** (11 de julio).

COLOMBIA. Congreso Nacional (2007). Ley 1150

COLOMBIA. Congreso Nacional (2011). Ley 1474

COLOMBIA. Congreso Nacional (2011). Ley 1437 “Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”

JURISPRUDENCIA

COLOMBIA. Consejo de Estado (2015). Sentencia Rad. No. 76001-23-31-000-2001-01009-01(31683)A. M. P. Dr. Carlos Alberto Zambrano Barrera. (16 de julio).

COLOMBIA. Consejo de Estado (2014). Sentencia Rad. No. 50001-23-31-000-2004-04046-01(37279). M. P. Dr. Hernán Andrade Rincón. (28 de agosto).

COLOMBIA. Consejo de Estado (2013). Sentencia Radicación número 41001-23-31-000-1996-08870-01(29227); M. P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez. (27 de noviembre).

COLOMBIA, Consejo de Estado (2013). Sentencia Rad. No. 23001-23-31-000-2000-02857-01(24697). M. P. Enrique Gil Botero. (24 de octubre).

COLOMBIA, Consejo de Estado (2013). Sentencia Rad. No. 76001-23-31-000-1999-02622-01 (24996). M. P. Mauricio Fajardo Gómez. (13 de febrero).

COLOMBIA, Consejo de Estado (2012). Sentencia Rad. No. Sentencia Radicación número: 73001-23-31-000-2000-01292-01(22220). M. P. Mauricio Fajardo Gómez. (17 de octubre).

COLOMBIA, Consejo de Estado (2011). Sentencia Rad. No. 76001-23-24-000-1997-03707-01(17560). M. P. Enrique Gil Botero. (23 de febrero).

COLOMBIA. Consejo de Estado (2011). Sentencia Expediente No. 18735. M. P. Mauricio Fajardo Gómez. (9 de febrero).

COLOMBIA. Consejo de Estado (2010). Sentencia Expediente No. 16.367. M. P. Enrique Gil Botero. (23 de junio).

COLOMBIA. Consejo de Estado (2009). Sentencia Radicación número: 25000-23-31-000-1995-11341-01(17215) M. P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez. (22 de julio).

COLOMBIA. Consejo de Estado (2009). Sentencia Radicación número: 85001-23-31-000-1997-00374-01(15797) M. P. Dra. Myriam Guerrero de Escobar. (25 de febrero).

COLOMBIA. Consejo de Estado (2008). Sentencia Radicación número 25000-23-26-000-2007-00533-01(35827). M. P. Dr. Enrique Gil Botero. (01 de diciembre).

COLOMBIA. Consejo de Estado (2007). Sentencia Radicación número: 11001-03-26-000-2003-00014-01(24715); 1100-10-326-000-2003-000-32-01(25206); 1100-10-326-000-2003-000-38-01(25409); 1100-10-326-000-2003-000-10-01(24524);1100-10-326-000-2004-000-21-00(27834); 1100-10-326-000-2003-000-39-01(25410);1100-10-326-000-2003-000-71-(26105); 100-10-326-000-2004-000-34-00(28244);1100-103-26-000-2005-000-50-01(31447) Acumulados. M.P. Dra. Ruth Stella Correa Palacio. (3 de diciembre)

COLOMBIA. Consejo de Estado (2006). Sentencia Radicación número 25000232600020010100801(30832); M. P. Dr. Alier Eduardo Hernandez. (30 de noviembre).

COLOMBIA. Consejo de Estado (2006). Sentencia Radicación número 13001-23-31-000-1988-07186-01(13414); M. P. Dr. Ramiro Saavedra Becerra. (16 de febrero).

COLOMBIA. Corte Constitucional (2001). Sentencia C-949 (Exp. No. D-3277) M. P. Dra. Clara Inés Vargas Hernández. (5 de septiembre).

COLOMBIA. Consejo de Estado (1997). Sala Plena de los Contencioso Administrativo. Sentencia 23 de 1997. C.P. Carlos Betancur Jaramillo. EXP. S-701

COLOMBIA. Corte Constitucional. (1997) Sentencia C-066 de 1997. M.P. Fabio Moron Diaz EXP. D -1394.

COLOMBIA. Consejo de Estado. (1995). Sala de Consulta y Servicios Civil. Concepto. Radicación # 673. M.P. Nubia Gonzalez Ceron (9 de marzo)