

CARACTERÍSTICAS DE LAS CLÁUSULAS EXORBITANTES EN EL CONTRATO ESTATAL.

Autores: Luis Jesús García Bautista, Jorge Armando Mojica Leal

ABSTRAC

A partir de la expedición del régimen de contratación, mediante Ley 80 de 1994, se unificó el concepto de las relaciones contractuales del Estado con particulares a partir de lo que en adelante se denominará como contrato estatal, buscando unificar en un solo marco normativo los límites, procedimientos y protocolos para garantizar un proceso de contratación objetivo, pulcro, protegiendo el interés público y garantizando el cabal cumplimiento de las obligaciones derivadas de los contratos.

En este sentido, la cláusula exorbitante ha sido un criterio para identificar los contratos administrativos y cuya noción de exorbitante o excepcional es una prerrogativa o facultad discrecional otorgada al funcionario público, para que en su función como funcionario público pueda ejercitar sus potestades en defensa o protección de los intereses del Estado cuando éstos puedan verse afectados en desarrollo de un proceso contractual.

Por tanto el estatuto de contratación ha definido unos límites que le permiten al funcionario establecer sus características y alcances con la intención de salvaguardar el interés general que se presume es una condición sine quanon de cualquier contrato que firme el Estado a través de su respectivo representante.

PALABRAS CLAVES.

Contrato, Contrato Estatal, Cláusulas Excepcionales, Autonomía, Voluntad, Caducidad.

INTRODUCCIÓN

El contrato estatal, como sucede entre particulares, es por principio un acuerdo de voluntades que se rige por una serie de condiciones y obligaciones de las partes que implica a las partes su cabal cumplimiento y por tanto esa voluntad de las partes debe estar consignada de manera clara, fehaciente y precisa, de tal manera que no permita confusiones o interpretaciones que no consulten el interés de las partes y el fin del mismo.

Respecto de la administración pública, el contrato estatal, además de ser un acuerdo de voluntades, se rige por las normas propias del derecho público, aunque dichos contratos contengan elementos propios del derecho privado en relación a la autonomía, el desarrollo y contenido de ciertas obligaciones.

En los contratos estatales, la cláusula de caducidad es la que expresa de mejor manera la naturaleza de este tipo de contratos y le permite a la administración ejercer la supremacía y poder que ostenta sobre el particular.

Las consecuencias de una eventual caducidad presta en favor del particular el derecho a las acciones legales correspondientes y deberán ser los jueces de la república quienes diriman la razonabilidad y justeza de las decisiones de la administración al decretar la respectiva caducidad.

En relación al contrato estatal, desde la perspectiva del jurista Younes Moreno¹, con la denominación de “contrato estatal”, se acoge el criterio orgánico para su distinción, con lo cual, en adelante, sólo interesará, para determinar su naturaleza, que una de las partes del contrato sea una Entidad Estatal de las que define el artículo 2º de la Ley 80 de 1993, independientemente del régimen por el que haya de regirse.

En este sentido, con ocasión de la reforma constitucional de 1991, se profundiza la descentralización administrativa y en esta medida se le da vida a entes de derecho público, con su respectiva personería jurídica y con capacidad y autonomía para contratar.

PLANTEAMIENTO Y DESARROLLO DE LA INVESTIGACIÓN.

1.1. Objeto de Estudio.

Las cláusulas exorbitantes como potestad atribuible a la administración pública, en desarrollo de su poder discrecional, se constituye en uno de los aspectos de las relaciones contractuales entre el Estado y los particulares que mayor interés aboca en cuánto a definir y determinar las potestades de que goza el funcionario público para tomar decisiones que puedan afectar la ejecución de un contrato en donde se vea en peligro el interés del Estado.

¹ Diego Younes Moreno. Curso de Derecho Administrativo. 5ª Edición. Ediciones Jurídicas. Gustavo Ibáñez. 1996. Pág. 179.

La Ley 80 de 1993, en su artículo 14, define las características propias de este tipo de atribuciones que le confiere al funcionario público y en ese sentido será imperativo abordar los alcances de dichas atribuciones en el marco del estatuto de contratación, como también en los derechos y atribuciones que le son propias a los particulares que se vean afectados de alguna manera con esas decisiones.

1.2. *Motivaciones de la Investigación*

El especialista en Contratación Estatal es un profesional que debe disponer del conocimiento y herramientas suficientes para entender, comprender e identificar todos aquellos factores que intervienen en la relación que nace entre el Estado y los particulares a través de un contrato y en ese sentido esta investigación pretende aportar criterios y puntos de vista que sirvan de análisis y estudio a otros estudiantes, investigadores e interesados en el tema, de tal suerte que sea un referente de consulta para futuras investigaciones.

1.3. *Relevancia del tema*

En los últimos años se ha venido conociendo por diversos medios de comunicación sobre las dificultades que se han presentado con muchos contratistas que por diversas circunstancias no han cumplido con lo pactado en las obligaciones pactadas en los contratos que han suscrito, generando con ello graves consecuencias a los intereses del Estado y ha sido como se han venido decretando la caducidad de contratos, en defensa del interés sagrado de la sociedad, como lo es el patrimonio público.

Por esta razón es importante estudiar el tema buscando comprender con mayor precisión los alcances de las cláusulas exorbitantes y la potestad de que goza el funcionario público para tomar decisiones discrecionales que puedan afectar dicho proceso contractual.

1.4. *Recopilación de datos.*

La información que hará parte de esta propuesta proviene de fuentes oficiales y a su vez de diversos medios de comunicación, como también de documentos públicos, escritos de expertos y tratadistas.

1.5. *Método de análisis*

Para tal efecto se hará un estudio al marco normativo pertinente y a los distintos pronunciamientos de los tribunales, jueces y juristas en relación con el tema propuesto.

ALCANCES Y FACULTADES PARA LA APLICACIÓN DE LAS CLÁUSULAS

Antecedentes.

Se entienden por contratos estatales todos aquellos actos jurídicos que se realizan entre una entidad pública, entendida ésta como el Estado y entre particulares, en donde se generan obligaciones derivadas del ejercicio de la autonomía de la voluntad, tales como: Contrato de obra, encargos fiduciarios, de prestación de servicios, de concesión, de consultoría y de fiducia pública, entre otros.

El estatuto de contratación expedido mediante la Ley 80 de 1993, buscó condensar en un solo marco normativo todos los procedimientos, criterios de selección, evaluación y selección de contratistas en donde primara los principios de transparencia, objetividad y celeridad en la contratación de las distintas obras y servicios que el Estado requiere y que sólo pueden ser ofrecidos por particulares.

En este sentido, anterior a la mencionada ley, se regía por el sistema de contratos privados de la administración y contratos administrativos, lo cual no hacía posible concebir un modelo de selección estandarizado, desde el punto de vista normativo y metodológico, que permitiera criterios de selección más homogéneos y uniformes conforme a los principios de objetividad y transparencia que al fragor de la nueva constitución política se había planteado.

La dispersión normativa sobre este aspecto, entre ellas el Decreto 222 de 1983, no hacía viable un modelo o sistema de selección que permitiera una evaluación más estandarizada acerca de la idoneidad, capacidad y experiencia del oferente en materia de procesos de contratación estatal.

En este sentido, la caducidad de los contratos, como primer elemento de las cláusulas exorbitantes, como máxima expresión de la superioridad del Estado respecto de la relación contractual con los particulares, cobra especial connotación en las condiciones de los contratos, siendo esta potestad única y exclusivamente otorgada a las entidades públicas.

Desde el punto de vista estrictamente normativo, la Ley 80 de 1993, al referirse a las entidades estatales con plena y total autonomía administrativa y financiera, los establece de la siguiente manera:

ARTICULO 2o. DE LA DEFINICION DE ENTIDADES, SERVIDORES Y SERVICIOS PUBLICOS.

Para los solos efectos de esta ley:

1o. Se denominan entidades estatales:

a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de

economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.

b) El Senado de la República, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, distritales y municipales, la Procuraduría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil, los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, las unidades administrativas especiales y, en general, los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos.

De igual manera respecto de las facultades otorgadas a las entidades públicas en relación a la aplicación de las cláusulas exorbitantes, la referida ley ha dispuesto:

ARTICULO 14. DE LOS MEDIOS QUE PUEDEN UTILIZAR LAS ENTIDADES ESTATALES PARA EL CUMPLIMIENTO DEL OBJETO CONTRACTUAL. *Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:*

1o. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato.

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

En los actos en que se ejercite algunas de estas potestades excepcionales deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial.

Contra los actos administrativos que ordenen la interpretación, modificación y terminación unilaterales, procederá el recurso de reposición, sin perjuicio de la acción contractual que puede intentar el contratista, según lo previsto en el artículo 77 de esta ley.

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

Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios.

En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aun cuando no se consignen expresamente.

Como es posible advertirse en la norma anunciada, es clara la disposición que le otorga a las entidades públicas la facultad discrecional de “interpretar” los contratos e “introducir” modificaciones y “terminar unilateralmente” el contrato celebrado. Dicho de esta manera, tal facultad sólo es atribuible al funcionario público que actúa como representante legal y ostenta la responsabilidad de la ordenación del gasto para que desde su criterio objetivo y defendiendo el interés del Estado, decida sobre aquellos contratos que durante su ejecución puedan el normal funcionamiento de la entidad y haya grave afectación al patrimonio público.

Sin embargo la norma es mucho más explícita y literal respecto de tales facultades y es así como en su cuerpo normativo le señala al funcionario público:

ARTICULO 15. DE LA INTERPRETACION 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.*

ARTICULO 16. DE LA MODIFICACION 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 llegaran 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.

ARTICULO 17. DE LA TERMINACION 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.

El estatuto contractual así lo ha establecido y es como se ha expresado en la norma anteriormente transcrita y tal facultad discrecional del funcionario, si bien es potestativa, no es omnímoda y mucho menos caprichosa. Se obedece a una serie de criterios objetivos que le permiten tomar una decisión ajustada a derecho para que en el evento de una eventual demanda, el juez competente también disponga de los elementos materiales y objetivos que conlleven a una decisión ajustada a derecho y al fin esencial del estado, como también a la defensa de los interés del Estado.

Desde el punto de vista doctrinal, bien vale la pena acudir al planteamiento del Consejo de Estado francés, en cuanto al asunto de estudio y sobre el cual asevera:

“...tiene por objeto el de conferir a las partes derechos o de imponerles obligaciones ajenas por su naturaleza a aquellas que son susceptibles de consentirse libremente por cualquier persona dentro del marco de las leyes civiles y comerciales.”²

También es claro que hay casos en que tales cláusulas “no se inspiran en el acuerdo voluntario sino que nacen de la ley, a tal punto que la ausencia de una estipulación expresa que las recoja en el contrato, no niega su existencia ni su efectividad”.³

Elementos de los Contratos Administrativos

Los contratos administrativos, como actos jurídicos, están integrados por una serie de elementos cuya presencia es esencial para su existencia. Estos elementos son: sujetos, acuerdo de voluntades, objeto, motivo, forma y fin⁴.

- Los *sujetos* son el órgano administrativo y el particular. El órgano administrativo debe ser competente para la celebración del contrato y actuar en ejercicio de la función administrativa y deberá sujetarse respecto de sus facultades, de su presupuesto. El particular deberá ser una persona física o moral, con capacidad para contratar y estar inscrita en el registro de Contratistas o en el de Proveedores de la Cámara de Comercio. (Reyes 2013)
- El *acuerdo de voluntades* consiste en la manifestación del deseo de las partes para obligarse, sin que medie error, dolor, violencia o intimidación.

² Consejo de Estado francés. Octubre 20 de 1950, Stein, Rec. 505. Citado en Braibant, goy, Del Volpe, P, Genovois, B. Weil, Prosper. Los Grandes Fallos de la Jurisprudencia Administrativa francesa. Promera edición.

³ Dávila Vinueza, Luis Guillermo. Régimen Jurídico de la Contratación Estatal. Legis Editores S.A. Bogotá, Colombia 2003. P.425

⁴ Jairo Ramos Acevedo. Obra Citada. Pág. 644-645.

- El *objeto* es la prestación buscada por las partes, cuyo contenido es un dar, hacer o no hacer, relacionado con prestación de servicios, arrendamiento, adquisiciones o con obras públicas.
- El *motivo* está representado por las situaciones de hecho que tanto en el órgano administrativo como en el particular han influido para la celebración del contrato.
- La *forma* comprende todo el procedimiento legal que la administración está obligada a realizar, y que consiste en: la preparación del contrato por parte del órgano administrativo, la convocatoria y su publicación, la resolución de apertura que contienen las condiciones, el dictamen sobre las propuestas, el trámite y la adjudicación y, finalmente la firma del contrato, Todo esto con la salvedad de los casos en que las leyes prevén la adjudicación directa.
- El *fin*, por parte de la administración, debe ser la satisfacción del interés general, y el del particular, su interés personal.

Sobre las cláusulas exorbitantes y sus características

El Estado ejerce poder y control sobre las relaciones contractuales entre éste y los particulares, habida cuenta de su responsabilidad en la defensa de los intereses públicos que no se vean afectados en contratos que puedan resultar lesivos a sus intereses y por tanto, esas cláusulas exorbitantes responden a esa facultad unilateral, que distinto al derecho civil, el principio de la igualdad contractual, sufre una sensible alteración, casualmente en respuesta a esa potestad que la ley le otorga.(Reyes, 2013)

Ahora bien, el hecho que dichas cláusulas no hayan quedado insertas literalmente en el cuerpo del contrato, no indica que su ausencia se entienda como su inexistencia. No, ellas son potestativas y exclusivas del Estado y al no quedar escritas en el contrato, se entenderán como tal, pues así está contenido en el estatuto contractual colombiano.

Tales potestades establecidas en el marco normativo son:

- La caducidad
- La interpretación
- La modificación
- La terminación unilateral
- La reversión
- Las multas
- La declaratoria de incumplimiento y,

➤ La cláusula penal pecuniaria

En esta clase de contratos que se acaban de mencionar se aplican las cláusulas exorbitantes o excepcionales que se caracterizan por la actividad mercantil e industrial, mientras que en otra clase de contratos, en donde la liberalidad y criterio de ayuda hacia la entidad, determina su celebración.

Tales contratos, excepto los que tengan por objeto actividades industriales o comerciales que no correspondan a las actividades señaladas en el numeral 2 del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, son:

- Los que se celebran con personas públicas internacionales.
- Los de cooperación, ayuda o asistencia técnica.
- Los interadministrativos.
- Los de empréstito interno o externo.
- Los de donación.
- Los de arrendamiento.

Como bien puede observarse, las cláusulas exorbitantes cumplen un papel definitivo en la protección de los intereses de lo público sobre lo privado y así como es imperativa su inclusión en determinado tipo de contratos, también es prohibitivo o excluyente para otra clase de contratos como bien se ha podido detallar en la relación anterior.

Inexistencia de discrecionalidad en las actuaciones de la Administración

Abordar el tema de la discrecionalidad como una potestad o atribución de que dispone el servidor público en el ejercicio de sus funciones, es un asunto que implica conocer los límites y facultades normativas en que se enmarca la actuación del funcionario y a su vez determinar a ciencia cierta si efectivamente el uso de tal atribución es posible o no cuando se supone que la Constitución y la Ley han sido diseñadas para reglar todos los distintos aspectos que atañen a límites máximos y mínimos que le son conferidos al administrador público cuando en su criterio deba decidir o resolver un asunto que es contrario a la constitución y la ley.

En este sentido es preciso examinar la posición de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica cuando ha señalado que “**Principio de Discrecionalidad**. Se confiere una potestad para la protección de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales y legales. Por otro lado, las Gobernaciones como integrante de la Administración Pública pueden utilizar criterios de **discrecionalidad** en su función, es decir, la elección de los elementos no regulados del acto administrativo, según un criterio subjetivo, pero jurídicamente aceptable. En ella si bien es cierto deben ponderarse los intereses públicos en juego, esto no debe ser tal

que se olvide que los derechos de libertad comercial e igualdad jurídica son límites a la citada **discrecionalidad** de la Administración.”⁵

A su vez, el máximo tribunal constitucional colombiano, al referirse al asunto, de igual manera ha señalado:

*“La discrecionalidad que excepcionalmente otorga la ley nunca es absoluta, con lo cual se evita que se confunda con la arbitrariedad y el capricho del funcionario. La discrecionalidad relativa atenúa entonces la exigencia de motivación de ciertos actos, aún cuando no libera al funcionario del deber de obrar conforme a los principios constitucionales y legales que rigen la función administrativa y podrían dar lugar a la nulidad de actos por desviación de poder o por las causales previstas en el artículo 84 del CCA.”*⁶

Es evidente entonces que a la luz de la jurisprudencia, no sólo la colombiana, la discrecionalidad no es absoluta y mucho menos caprichosa. Es sin duda una atribución estrictamente excepcional, tal como así lo enuncia la sentencia arriba acusada.

Es decir, no puede argüirse se manera permanente y tampoco subjetiva. Esa discrecionalidad está sujeta a derecho y es así como el legislador lo ha establecido y como tal debe cumplirse. Por ello nuestro ordenamiento jurídico cuando se refiere a la discrecionalidad, ha establecido:

“Ley 1437/11. Artículo 44. Decisiones discrecionales. En la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa.”

Entonces el asunto es establecer en qué casos sí le es posible hacer uso de tal atribución y sobre qué asuntos en particular. Será posible decidir sobre asuntos formales? O se debe ceñir a los asuntos estrictamente sustanciales.

He ahí una de las inquietudes que es indispensable aclarar para determinar si una eventual decisión discrecional está ajustada a derecho o es el inicio de una sanción disciplinaria en contra del funcionario.

En materia contractual se establece la posibilidad de tomar este tipo de decisiones cuando el contratista, por razones justificadas (sustanciales), no cumple a cabalidad con las obligaciones en la ejecución del contrato y de paso le genera grave afectación a la entidad,

⁵ REPUBLICA DE COSTA RICA-CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA CONSTITUCIONAL. Sentencia 6235-96

⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU.917. MP: Palacio, Jorge Iván.

razón por la cual el funcionario de turno si podrá hacer uso efectivo de esta atribución. Claro, pero deben cumplirse unos presupuestos previos para que justifiquen su decisión, que como se acaba de decir, genere grave afectación a la entidad, entre ellas la parálisis, como así lo establece el Artículo 18 de la Ley 80/93, que en su tenor literal expresa:

“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.”

Este es uno de los casos en que el funcionario si le es posible hacer uso de esa decisión discrecional pero, como ya se dijo, basado en fundamentos objetivos, reales y materiales que permita inferir la razonabilidad de tal decisión y la justeza de su actuación.

Sin embargo, en los demás casos la discrecionalidad en las actuaciones de la administración presenta serias limitantes y es así como esas decisiones efectivamente generan efectos jurídicos que, en el caso del afectado, representa la posibilidad de iniciar las acciones legales correspondientes en contra de la entidad y, por supuesto, será el Estado quien deba responder ante las pretensiones del demandante.

Es por esto que nuestras cortes han sido reiterativas al establecer que tal atribución no es omnímoda y mucho menos subjetiva.(Mármol, 2013)

“La aplicación de la facultad discrecional debe estar inspirada en el derecho social, con el fin de que se pueda proteger la labor del trabajador, tal y como lo ordena la Constitución y la Ley. Es por ello, que el retiro del demandante encuentra fundamento en las potestades desviadas, pues si bien es cierto un empleado que se encuentre desempeñando el cargo de libre nombramiento y remoción puede ser declarado insubsistente en cualquier momento, no

es menos cierto que la Constitución Nacional establece que dicha facultad debe ejercerse dentro de los términos señalados por la Ley, pues no es una facultad ilimitada. (Mármol, 2013) En ese orden de ideas, la potestad administrativa, y en especial la discrecional, se encuentra sometida al principio de mensurabilidad, el cual consiste en que en ningún caso la potestad puede constituirse como un poder indefinido o ilimitado.”⁷

Entonces, ese goce de la potestad discrecional debe permitirle al funcionario público la posibilidad de tomar decisiones en el marco normativo correspondiente, teniendo siempre como referente las circunstancias que la ley no pudo prever y a partir de ahí decidir su actuación de manera objetiva.

Desde la perspectiva de DWORKIN el argumento positivista que considera que la discrecionalidad sólo surge de la incertidumbre del lenguaje y, por ende, del proceso de interpretación y aplicación del derecho, no ha podido sostenerse frente a los supuestos de absoluta indeterminación de los hechos o del derecho que fundan la conducta a seguir por el funcionario y que excluyen el deber de observar una regla, concepto o conducta predeterminada. En definitiva, implica un error lógico sostener que no existen vacíos o lagunas, como pensaba KELSEN, para demostrar la plenitud del ordenamiento, sobre la base del proceso de interpretación y aplicación. El problema está en otro lado y se encuentra en la labor de integración con los principios generales que lleva a cabo el juez en los casos de discrecionalidad típica o fuerte. (Santos 2013)

Según DWORKIN, hay una discrecionalidad débil y otra fuerte. La primera, denominada instrumental por DESDENTADO⁸, se refiere a los supuestos en que las normas no permiten una aplicación mecánica sino que exigen una operación de discernimiento⁹, como ocurre con el dictado de una orden para demoler un edificio que amenaza ruina. En dicho ejemplo y en otros similares, la discrecionalidad instrumental está limitada por estándares que le son impuestos al órgano administrativo a diferencia de la llamada discrecionalidad fuerte, en la que el sujeto dispone de un poder de decisión que le ha conferido el ordenamiento, sin acotar su margen de maniobra.

Es claro que la discrecionalidad fuerte no representa una libertad ilimitada y que por tanto ella debe ajustarse a los criterios de racionalidad, justicia y eficacia,¹⁰ en la medida, que como

⁷ CONSEJO DE ESTADO. Fallo 734 de 2011

⁸ DESDENTADO DAROCA, Eva, Discrecionalidad administrativa..., cit., p. 52.

⁹ DWORKIN, Ronald, Los derechos en serio, cit., p. 84.

¹⁰ DWORKIN, Ronald, Los derechos en serio, cit., ps. 85-86.

ya se ha enunciado, tales decisiones generan efectos jurídicos y deriva en una responsabilidad objetiva por parte del Estado en responder por dichas actuaciones.(Santos, 2013)

Las actuaciones discrecionales son también en esencia actos administrativos y por lo tanto se circunscriben a lo que para tal efecto se entienden como una manifestación unilateral y externa de voluntad, que expresa una decisión de una autoridad administrativa competente, en ejercicio de la potestad pública. Esta decisión crea, reconoce, modifica, transmite, declara o extingue derechos y obligaciones, es generalmente ejecutivo y se propone satisfacer el interés general.¹¹

Visto el alcance de tales decisiones, la discrecionalidad vista como una atribución debe estar ceñida al principio de la legalidad y tener en cuenta que los efectos jurídicos que de tales actuaciones se derivan no corresponden a la órbita personal de quien hace uso de tal atribución, sino que compromete al Estado.

Pero de igual manera quien toma la decisión está sujeto a fiscalización de los órganos de control y también habrá consecuencias de carácter disciplinario si el uso de tal atribución no se realizó conforme a los principios de racionalidad, justicia y eficacia.

Por ello, la facultad de ejercitar la discrecionalidad no puede ser un acto arbitrario y mucho menos ilegal, pues su aplicación casualmente se sustenta en un marco normativo y es una atribución que debe guardar estricta relación con la legalidad y debe conducir a la protección de los intereses de la sociedad y el Estado.

CONCLUSIONES

Las cláusulas exorbitantes son una facultad discrecional de la entidad pública que le han sido otorgadas para conjurar o remediar situaciones extremas en donde haya peligro o grave afectación del interés supremo del Estado como es la salvaguarda del interés público sobre el interés particular.

Sin embargo, el ejercicio de tal discrecionalidad debe ser objetivo, probado y motivado en donde la toma de una determinada decisión sea producto de una realidad imperante que, como ya se ha dicho, ponga en riesgo los intereses del Estado y en tal sentido debe procurar que tales decisiones sean ajustadas a derecho y al interés de la entidad pública.

¹¹ ACOSTA ROMERO, Miguel, Teoría General del Derecho Administrativo. 7ª. Ed. México, Porrúa, 1986. Pg.529

Si bien el contrato estatal es un acuerdo de voluntades, también es cierto que prima o es prevalente la voluntad del Estado en aquellos aspectos ya enunciados y por tanto existe una sujeción y/o subordinación del particular respecto del Estado en el cumplimiento de las obligaciones contractuales.

Las consecuencias jurídicas derivadas de las decisiones de la entidad pública respecto de las decisiones adoptadas en el marco de tales facultades no están exentas de ser conocidas por la jurisdicción ordinaria, aunque no es aún claro en qué casos la posibilidad de conciliación extrajudicial opere respecto de algunas decisiones y en cuáles no.

Otro aspecto es la real capacidad del funcionario al tomar estas decisiones en cuanto debe ponderarse el derecho de la libertad comercial e igualdad jurídica, lo cual se constituyen en limitantes a esa discrecionalidad de la administración y de alguna manera afecta el criterio objetivo del funcionario al momento de decidir sobre un asunto contractual en particular.

BIBLIOGRAFÍA

ACOSTA ROMERO, Miguel, Teoría General del Derecho Administrativo. 7ª. Ed. México, Porrúa, 1986. Pg.529

BENAVIDES, José Luis. El Contrato Estatal. Entre el Derecho Público y el Derecho Privado. 2ª Edición. Universidad Externado de Colombia. 2004.

BUSTAMANTE LEDESMA, Álvaro. Derecho Administrativo Colombiano. Editorial Medellín. 2ª Edición. 1997.

CONSEJO DE ESTADO FRANCÉS. Octubre 20 de 1950, Stein, Rec. 505. Citado en Braibant, goy, Del Volpe, P, Genovois, B. Weil, Prosper. Los Grandes Fallos de la Jurisprudencia Administrativa francesa. Promera edición.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente Dr. Luis Camilo Osorio Isaza. Radicación No. 1293 del 14 de diciembre de 2000.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente Dr. Cesar Hoyos Salazar. Radicación No. 1346 del 17 de mayo de 2001.

CONSEJO DE ESTADO. Consejero Ponente Dr. Jorge Dangond Flórez. Sentencia del 24 de julio de 1980.

CONSEJO DE ESTADO. Consejero Ponente Dr. Carlos Betancur Jaramillo. Expediente 6631 del 1º de octubre de 1992.

DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen Jurídico de la Contratación Estatal. Legis Editores S.A. Bogotá, Colombia 2003. P.425

DESDENTADO DAROCA, Eva, Discrecionalidad administrativa..., cit., p. 52.

DWORKIN, Ronald, Los derechos en serio.

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

REYES SINISTERRA, C. C. (2013). La valoración del documento electrónico en Colombia. *Revista Academia & Derecho*, 4(6), 87-109.

SANTOS IBARRA, J. P. (2013). La teoría de los actos separables del contrato estatal: distinción a la luz de la Ley 1437 de 2011. *Revista Academia & Derecho*, 4(7), 133-144.

YOUNES MORENO, Diego. Curso de Derecho Administrativo. 5ª Edición. Ediciones Jurídicas. Gustavo Ibáñez. 1996. Pág. 179.