
FALACIA DE LAS CLÁUSULAS EXORBITANTES EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL*

●
Ciro Norberto Güechá Medina**

Recibido: septiembre 20 de 2006
Aprobado: octubre 2 de 2006

RESUMEN

El concepto de cláusula exorbitante ha sido un criterio primordial para identificar los contratos administrativos o estatales, tanto en el derecho colombiano como en el derecho francés; pero es pertinente afirmar que, de acuerdo con la consagración que hace el estatuto contractual, la noción de cláusula exorbitante o excepcional no existe en nuestro ordenamiento, sino que, por el contrario, la Administración está dotada de prerrogativas que hace valer frente a los administrados, dentro del procedimiento administrativo de contratación. En las anteriores circunstancias es viable decir que el criterio comúnmente aceptado de cláusula exorbitante es una falacia en nuestro sistema jurídico.

PALABRAS CLAVE: Contrato estatal, cláusula, cláusula exorbitante, poder, prerrogativa.

* El artículo es producto de investigación en contratación administrativa, del grupo de Derecho Público de la Universidad Santo Tomás – Tunja, investigación titulada: “*La contratación estatal y la responsabilidad del Estado por actos de corrupción*”, la cual comenzó en enero 2004 y fue terminada en una primera parte en agosto 2006. Dicho trabajo es financiado en su totalidad por la Universidad Santo Tomás – Tunja.

** CIRO NORBERTO GÜECHÁ MEDINA. Decano y Docente Facultad de Derecho, Universidad Santo Tomás – Tunja. Área: Derecho Administrativo y Derecho Procesal Administrativo. Abogado de la universidad libre de Colombia; Especializado en Derecho Administrativo, Universidad Santo Tomás; Magíster en Derecho Procesal, Universidad Libre; postgrado en derecho Administrativo, universidad de Salamanca (España); Magíster en derecho Administrativo, Universidad del Rosario; Doctorando en derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia. E-mail cguecha@ustatunja.edu.co o ciroguecha@hotmail.com

ABSTRACT

The concept of exorbitant clause has been a primordial criterion to identify the administrative or state contracts in the Colombian as well as in the French Law; but it is quite pertinent to affirm that, according to the consecration made by the contractual statute, the notion of exorbitant or exceptional clause does not exist in our ordinance but rather that, on the contrary, the Administration is endowed with prerogatives that assert it over the administrated, within the administrative procedure of hiring. In the previous circumstances, it is thus viable to say that the commonly accepted criterion of exorbitant clause is but a fallacy in our juridical system.

KEY WORDS: state contract, clause, exorbitant clause, power, prerogative.

METODOLOGÍA

La investigación que genera el presente escrito es analítica descriptiva, con un marco importante de derecho comparado, en donde se vincula el ordenamiento jurídico colombiano, con el ordenamiento francés y el español, para dar un amplio margen de discusión frente a sistemas similares. En principio se procedió a realizar un examen de la normativa existente en cada uno de los ordenamientos jurídicos tomados como referencia, para luego proceder a efectuar comparaciones desde el punto de vista doctrinario y jurisprudencial, que permitieran determinar un campo de análisis adecuado; en segundo lugar se hizo, por el grupo de investigación, una estructuración del artículo, a partir de los antecedentes encontrados, teniendo en cuenta criterios argumentativos propios.

INTRODUCCIÓN

Ha existido un criterio constante dentro del estudio de los contratos que celebra la Administración, en el sentido en que, la noción de cláusula exorbitante o excepcional, constituye un criterio fundamental para identificar un contrato como administrativo o estatal y, así, distinguirlo de los contratos privados.

En efecto, por ser nuestro ordenamiento jurídico administrativo de marcada influencia francesa, y ser allí donde se ha desarrollado la teoría clásica de la noción de cláusula exorbitante, es por lo que entre nosotros ha ganado mucho terreno en la especificación de los contratos estatales.

El acuerdo de voluntades que caracteriza a las cláusulas del contrato, desaparece en el caso de las cláusulas excepcionales de los contratos administrativos, en la medida en que el mandato legal hace obligatoria su inclusión, perdiendo así la disponibilidad que tienen las partes sobre las mismas, ya que se encuentran previstas en norma expresa, y se determinan con anterioridad al contrato.

Pretendemos con este artículo hacer un análisis detallado sobre la existencia o no de las cláusulas exorbitantes dentro de nuestro ordenamiento público contractual y si las mismas verdaderamente identifican el contrato administrativo o estatal; partiendo de la comparación necesaria de los sistemas francés y español, que son los que más vinculación tienen con nuestra jurisprudencia y doctrina.

En los contratos privados, los acuerdos celebrados por las partes muestran un criterio de igualdad entre las mismas; lo que determina que ninguna tenga prerrogativas frente a la otra. En tales cir-

Pretendemos con este artículo hacer un análisis detallado sobre la existencia o no de las cláusulas exorbitantes dentro de nuestro ordenamiento público contractual y si las mismas verdaderamente identifican el contrato administrativo o estatal; partiendo de la comparación necesaria de los sistemas francés y español, que son los que más vinculación tienen con nuestra jurisprudencia y doctrina

cunstances, no existe ningún poder unilateral de imposición, en la medida en que el contrato privado es celebrado entre iguales¹.

Pero esa condición de igualdad que caracteriza al contrato privado se rompe cuando se trata del contrato administrativo porque el concepto de igualdad de las partes desaparece en la medida que una de ellas es pública y está en un plano de desigualdad superior frente al administrado que interviene en el contrato y a la cual se le otorgan una serie de prerrogativas públicas², que en determinadas circunstancias puede ejercer dentro del proceso de contratación.

Esas prerrogativas públicas que se otorgan a la Administración dentro del contrato provienen de la voluntad del legislador y no del acuerdo entre las partes o de la decisión unilateral de la Administración, en la medida que los contratos que celebra el Estado constituyen actuación administrativa, subordinada al principio de legalidad y encaminada al cumplimiento tanto de los fines del Estado, como de las propias entidades públicas que los celebran y que en definitiva se determinan por el interés general³.

Esas potestades que se otorgan a la Administración, dentro del trámite administrativo de contratación, se reflejan en las denominadas cláusulas exorbitantes o excepcionales al derecho privado; que son exorbitantes, porque se convierten en verdaderos poderes unilaterales de la Administración, y son excepcionales, porque no es usual encon-

trarlas en el derecho privado, aunque en algunos contratos de naturaleza especial se presentan⁴. Así las cosas, miraremos si las cláusulas del contrato que celebra la Administración han determinado en muchos eventos la noción de contrato administrativo, para diferenciarlo del contrato privado.

1. FRANCIA, LA TEORÍA CLÁSICA DE LAS CLÁUSULAS EXORBITANTES

El criterio de las cláusulas exorbitantes en el derecho francés determina que las partes del contrato se han sometido a un régimen de poder público⁵, en donde se les otorgan derechos ajenos a los que operan en los contratos civiles y comerciales⁶ y que por su naturaleza son diferentes a las cláusulas que se incluyen en los contratos de derecho privado⁷.

Así las cosas, un contrato es administrativo, si incluye una cláusula exorbitante al derecho común, que para los franceses puede surgir de cláusulas extrañas o inhabituales al derecho privado o de prerrogativas de poder público⁸, y que hace que el contrato se rija por reglas de derecho público y los conflictos surgidos del mismo sean sometidos a la jurisdicción contencioso administrativa⁹.

Pero, esa inclusión de cláusulas exorbitantes en los contratos que celebra la administración y que son determinantes de competencia, van a generar un tema de discusión, en el sentido de si es la voluntad de las partes la que determina que hagan parte del contrato o sí es el mandato legal el que en últimas decide cuándo se deben pactar y cuándo no; porque dependiendo de uno u otro caso, será, o no, la cláusula exorbitante el resultado de una potestad pública.

En efecto, si la cláusula exorbitante depende únicamente de la voluntad de las partes del contrato, no podríamos decir que se trata de potestad pública, en la medida que serían simples acuerdos de las partes que determinarían derechos u obligaciones a las mismas, pero que no tendrían ninguna

obligatoriedad en su inclusión en los contratos que celebra la Administración.

Alguna parte de la doctrina francesa ha dicho que el contrato que contenga una cláusula exorbitante es administrativo, así no tenga por objeto la propia ejecución del servicio público por el particular, ya que si se presentara la ejecución del servicio público, sería superflua la inclusión de la cláusula exorbitante¹⁰ y el criterio de identificación del contrato sería el de servicio público. Pero esta concepción nos enfrentaría a que el capricho de las partes primara en el criterio administrativo del contrato y que la potestad pública, que gira en torno a la noción de cláusula exorbitante, se convirtiera en muchos casos en una potestad privada, pues la voluntad del particular contratista así lo determinaría, y entonces el acuerdo de voluntades típico del contrato privado estaría primando en la noción de contrato administrativo¹¹.

Por otro lado y con un criterio de poder público como identificador del contrato administrativo, se ha dicho por la doctrina francesa, que la cláusula exorbitante constituye prerrogativa exorbitante del derecho común¹²; que no solo depende de la voluntad de las partes contratantes, sino que puede determinarse del propio contexto del contrato, en la medida que si el juez administrativo detecta en el mismo la existencia de una prerrogativa pública, el contrato ha de tenerse por administrativo, así la voluntad de las partes diga otra cosa¹³; ya que la simple intención de los contratantes no puede ser la que exclusivamente determine la naturaleza del contrato y, por tal, la competencia para el conocimiento de los conflictos nacidos de los contratos administrativos, pues la competencia para conocer de los mismos no puede estar subordinada a la voluntad de las partes en el contrato, que la determinarían cuando se le otorgue, o no, el carácter de exorbitante del derecho común a una cláusula, y en esos términos se escoja al juez competente; lo cual sería contrario a derecho, pues el criterio de competencia no depende de las partes

sino de la ley¹⁴.

Por otra parte, en el sistema galo, se han concebido varias clases de cláusulas exorbitantes, las cuales traemos a colación así:

1.1. Cláusulas ajenas o imposibles al derecho privado

Las cuales incluyen aquellas cláusulas que otorgan derechos o imponen obligaciones a las partes del contrato, que no sería posible incluirlas dentro de los acuerdos contractuales del derecho privado, lo que determina que sean extrañas al ordenamiento civil o comercial en la medida en que como lo plantea el profesor Benavides, son típicamente públicas porque son exclusivas del Derecho Administrativo¹⁵.

La jurisprudencia administrativa francesa ha calificado a esta clase de cláusulas exorbitantes, como aquellas que por su naturaleza son ajenas al consentimiento dentro de las leyes civiles y comerciales¹⁶; es decir, aquellas que otorgan ciertas prerrogativas que no es posible consentir dentro del marco del derecho privado, tales como la que autoriza a la Administración para proceder o actuar de oficio en la solución de los litigios o conflictos¹⁷, o la cláusula de modificación unilateral del contrato por una de las partes¹⁸, ya que estas estipulaciones no son posibles en los contratos de los particulares, en la medida de la existencia de un principio de igualdad de las partes contratantes; por lo que las mentadas cláusulas no tienen asidero dentro de este régimen de contratación, pues romperían el principio mencionado.

El profesor José Luis Benavides, cuando se refiere a las cláusulas exorbitantes ajenas a los contratos entre particulares, las identifica como exclusivas del derecho administrativo, que no están basadas en las prerrogativas o poderes de la administración frente a los contratistas, sino sobre la especificidad de la Administración misma¹⁹; lo cual consideramos desacertado, en la medida que pre-

Esa inclusión de cláusulas exorbitantes en los contratos que celebra la administración y que son determinantes de competencia, van a generar un tema de discusión, en el sentido de si es la voluntad de las partes la que determina que hagan parte del contrato o si es el mandato legal el que en últimas decide cuándo se deben pactar y cuándo no; porque dependiendo de uno u otro caso, será, o no, la cláusula exorbitante el resultado de una potestad pública

cisamente, lo que determina la exorbitancia en esta modalidad de cláusulas ajenas al derecho privado es la existencia de prerrogativas de poder público otorgadas a la Administración frente al administrado, que rompe el principio de igualdad en la contratación, en la medida en que otorga ciertos beneficios a la misma; y que si se llega al caso, que los beneficios se asignen al particular, la prerrogativa proviene de la Administración que, con una facultad de poder público, los puede consentir dentro del acuerdo de voluntades del contrato, pero que en todo caso constituyen la excepción.

Por otra parte, especial atención merece la aclaración, si la cláusula ajena o imposible al derecho privado implica necesariamente una cláusula ilícita a los contratos entre particulares; podemos afirmar que no, porque cláusulas como la terminación unilateral del contrato, si es pactada entre particulares, no es considerada ilícita, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad de los mismos, que si no atentan contra el orden público o las buenas costumbres, no puede considerarse como ilícita²⁰; criterio que ha sido el de la jurisprudencia francesa, que en diferentes decisiones ha aceptado la licitud de la cláusula de terminación unilateral de los contratos privados²¹.

1.2. Las cláusulas inusuales al derecho privado

Estas cláusulas son viables dentro del derecho privado, lo que quiere decir que pueden ser esti-

puladas, sin que llegue a ser ilícita su inclusión dentro de un contrato entre particulares; es entonces, su principal característica el hecho de su escasa o inusual ocurrencia dentro de esta clase de contratos. Se precisan entonces, que la exorbitancia de la cláusula estaría en el hecho de ser inusual dentro del ordenamiento privado.

La concepción de la cláusula inusual como cláusula exorbitante permitiría decir con la mayoría de la doctrina, que la exorbitancia de las cláusulas del contrato administrativo está en estas, ya que la autonomía de la voluntad entre particulares permite que las cláusulas ajenas o imposibles al derecho privado puedan ser estipuladas, siempre que no atenten contra el orden público o las buenas costumbres, llegando al punto de decirse en algunos casos, que las únicas cláusulas exorbitantes son las inusuales²².

Alguna parte de la doctrina francesa le ha restado importancia al criterio de cláusula exorbitante para identificar los contratos administrativos, al considerar la noción como poco satisfactoria²³; pero además por lo falta de claridad en el concepto, ya que como lo expresamos anteriormente, la cláusula ajena o imposible al contrato privado no constituye una ilegalidad del mismo y, además, no son totalmente exclusivas de los contratos administrativos, en la medida en que el ejercicio de la autonomía de la voluntad permite incluirlas en los acuerdos contractuales entre particulares; pero, además, porque el contenido de cláusula inusual es de difícil determinación, porque no existen unos parámetros específicos para concretar el término inusual y en esa medida quedaría en mucho a la subjetividad del juez.

Sin embargo, en algunos casos sigue siendo tenida como un criterio de identificación del contrato administrativo, ya que se considera que no está desprovista de toda lógica para la identificación del contrato administrativo, debido a que permite establecer que un contrato pertenece al derecho público y que el mismo toma o retoma

una regla de derecho público; y porque marca la importancia del criterio orgánico del derecho administrativo, en la medida que comporta la presencia de una entidad pública en el contrato administrativo²⁴.

Como se puede ver, no existe postura unificada dentro del ordenamiento francés, que explique la noción de cláusula exorbitante como parámetro para establecer la calidad del contrato administrativo.

2. EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL, NO CONCIBE EL CRITERIO DE LAS CLÁUSULAS EXORBITANTES, COMO EXCLUSIVO PARA IDENTIFICAR EL CONTRATO ADMINISTRATIVO

El criterio de las cláusulas exorbitantes, como identificador de los contratos administrativos, se ha manejado de la siguiente manera en el derecho español:

Desde el siglo XIX, la Administración gozó de prerrogativas, que le permitían facultades unilaterales dentro de los contratos que celebraba²⁵, lo que implicaba que en caso de incumplimiento, la misma podía obligar a través de medios coercitivos al cumplimiento del contrato y a la consecuente indemnización de perjuicios. Estas facultades dejan ver un claro antecedente de las denominadas cláusulas exorbitantes que conocemos actualmente en la medida del otorgamiento de prerrogativas especiales a una de las partes del contrato, como es la Administración, para tomar ciertas decisiones que no son comunes al derecho de los contratos entre particulares; prerrogativas que no solo dependían de la voluntad de las partes del mismo, sino de la voluntad del legislador, en la medida en que las otorgaba a la Administración²⁶ y que en nuestro ordenamiento nos permitirían hablar de la declaratoria de caducidad del contrato por incumplimiento o la imposición de multas por los retardos injustificados en el cumplimiento del mismo.

Pero, además, mediante el R. D. de 11 de junio de 1886, se determinaron facultades especiales a la Administración, para resolver dudas respecto del cumplimiento del contrato; lo cual determina un antecedente importante de lo que en nuestro medio conocemos como cláusula de interpretación unilateral del contrato, por parte de la Administración. Las anteriores argumentaciones nos permiten decir que el criterio de prerrogativa pública, reflejado en las cláusulas exorbitantes del contrato de la Administración, para especificarlo como administrativo y así diferenciarlo del contrato privado, es, no sólo de vieja data, sino que ha sido constante dentro del ordenamiento jurídico español, en la medida que se ha contemplado de una u otra forma tanto por la legislación, como por la jurisprudencia y la doctrina. En efecto, por ejemplo en el RCCL de 1953, al hacer una regulación de los contratos administrativos y privados de la Administración en el sector local, deja ver la existencia de tales prerrogativas y por tal de las cláusulas exorbitantes; lo cual se puede identificar en igual forma, dentro del contenido de la LCE de 1965 y de la LCE de 1973.

Por su parte, la actual ley de contratos española ratifica el criterio de facultades unilaterales de la Administración, como una noción de las prerrogativas de ésta, dentro de la ejecución del contrato administrativo²⁷, lo cual muestra la existencia de las denominadas cláusulas exorbitantes, incluidas en el contrato administrativo²⁸, las cuales son consagradas de manera genérica en el artículo 59, pero, además, se hace alusión a las mismas en forma específica, cuando se refiere a cada clase de contrato en particular²⁹.

Especial atención merece, lo contemplado en el inciso segundo del artículo 59 del TRLCAP, en cuanto expresa que " los acuerdos correspondientes pondrán fin a la vía administrativa y serán inmediatamente ejecutivos"³⁰, ya que muestra una prerrogativa más de la Administración que, aun-

que no es exclusiva de la actividad contractual, sí se deja ver claramente dentro de la misma; la cual se refiere a la posibilidad que tiene la Administración de hacer cumplir los actos administrativos, sin necesidad de acudir al juez administrativo, ya que las decisiones que se tomen en ejercicio de las prerrogativas o de las cláusulas exorbitantes dentro del contrato administrativo constituyen actos administrativos³¹, que están cobijados por atributos o característica de ejecutividad y ejecutoriedad de los mismos³².

Hay que decir, además, que todas esas prerrogativas que le asisten a la Administración y que se reflejan en las cláusulas exorbitantes lo que dejan ver es el claro plano de desigualdad que dentro de la contratación administrativa se presenta entre las partes que intervienen en el contrato; situación extraña a los contratos celebrados entre particulares, donde, por el contrario, lo que impera es un plano de igualdad entre las partes contratantes. Pero esa desigualdad que se presenta en el contrato administrativo se justifica por el fin de interés general que comporta el contrato administrativo, ya que lo que se persigue con el mismo es el cumplimiento de los fines generales del Estado y los fines particulares de la entidad pública que celebra el contrato³³.

Por otra parte, hay que aclarar, eso así, que la noción de cláusula exorbitante, si bien es cierto que ha sido de constante consagración dentro del ordenamiento jurídico español, no constituye un criterio exclusivo identificador del contrato administrativo, ya que al ser la misma expresión de prerrogativas públicas que goza la Administración, estas no hacen administrativo al contrato o lo que es lo mismo, no le dan el carácter administrativo sino que, por el contrario, el carácter de administrativo del contrato celebrado por la Administración es lo que permite la inclusión de estas cláusulas exorbitantes³⁴; es decir, que el contrato administrativo no proviene de la cláusula exorbitante, por la sen-

cilla razón de que, al ser las cláusulas exorbitantes expresión de las prerrogativas que goza la Administración, estas son consagradas previamente por la ley y no penden únicamente de la voluntad de las partes en el contrato. En efecto, cuando hicimos alusión a los poderes o prerrogativas de que es investida la Administración en el TRLCAP, nos podíamos dar cuenta de que esas prerrogativas están determinadas por la ley, que existen antes de los acuerdos contractuales y que se incluyen en el contrato, en la medida en que este sea administrativo; por lo que la argumentación correcta del criterio de cláusula exorbitante para identificar el contrato administrativo no opera como criterio esencial sino, por el contrario, lo que permite incluir cláusulas exorbitantes en un contrato es que sea administrativo.

3. EN COLOMBIA NO EXISTEN CLÁUSULAS EXORBITANTES

El criterio de las cláusulas exorbitantes, como identificador del contrato administrativo dentro del sistema colombiano, ha tenido diverso matices, que permiten hacer argumentaciones interesantes, en el sentido de si las cláusulas exorbitantes permiten identificar el contrato administrativo o, por el contrario, estas dependen de la existencia de este contrato.

Las cláusulas exorbitantes constituyen la expresión de prerrogativas que por mandato legal se otorgan a la Administración, lo que hace que el principio de igualdad que caracteriza los contratos privados se rompa y que se le otorgue a las entidades públicas contratantes, privilegios, que le permiten desarrollar ciertas actuaciones unilaterales, con la potestad de hacerlas cumplir oficiosamente; es decir, sin necesidad de acudir a la jurisdicción contencioso administrativa, amparada en el principio de la ejecución oficiosa de los actos administrativos³⁵.

Si bien es cierto las cláusulas exorbitantes son estipulaciones contractuales, en la medida que hacen parte del contrato administrativo, constituyen, como lo hemos venido afirmando, potestades de la Administración dentro del contrato³⁶, que en algunos opera por mandato legal, en la medida en que si no se pactan, se consideran incorporadas al mismo³⁷ y en otros, sí depende de la voluntad de las partes, incluirlas o no en el contrato administrativo, ya que es facultativa su consagración³⁸.

Entonces, habrá que determinar, si esas potestades de que goza la Administración y que nacen de la ley y no del contrato, en la medida que están previstas en aquella aún antes de este, son efectivamente cláusulas exorbitantes, que determinen la noción de contrato administrativo o si, por el contrario, son potestades que se pueden incluir en el contrato, precisamente por ser este administrativo.

Partiendo del cuestionamiento anterior, es pertinente identificar algunos conceptos importantes, así: qué se entiende por cláusula, cláusula exorbitante y potestad, ya que dichas nociones nos permitirán identificar si existe o no un criterio de cláusula exorbitante dentro de nuestro ordenamiento.

3.1. La noción de cláusula, determinada por la voluntad de las partes del contrato

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define la cláusula como las disposiciones de un contrato³⁹. Definición que nos permite decir, que las cláusulas constituyen acuerdos entre las partes que intervienen en un contrato; acuerdos que están determinados por la autonomía de la voluntad, en la medida en que dependen del consenso para ser incluidas. Así las cosas, el acuerdo voluntario es lo que determina la existencia de una cláusula en un contrato; pero ese acuerdo, en principio, se expresa fundamentalmente, en los contratos entre particulares, donde prima el principio de igualdad de las partes contratantes.

Por otra parte, las cláusulas, como expresión del convenio entre las partes de un contrato, son perfectamente viables en el contrato administrativo, en la medida en que este no escapa al criterio esencial del contrato privado, en cuanto a que los acuerdos celebrados se expresan en las estipulaciones o cláusulas del mismo⁴⁰ y que el postulado de autonomía de la voluntad opera en principio en igual forma en esta clase de contratos⁴¹; porque no se da de manera genérica en los contratos administrativos, como lo dan a entender algunos doctrinantes⁴², en el sentido que sea esta la que determina la inclusión de todas las cláusulas en esta clase de contratos, ya que nuestro estatuto de contratación dispone que en alguna clase de contratos, si determinadas cláusulas exorbitantes no se incluyen en el contrato, se consideran incorporadas al mismo⁴³, lo que determina que sea el mandato de la ley, y no la voluntad de las partes, la que hace que formen parte del contrato administrativo.

Lo anterior nos permite decir que en los contratos administrativos existen dos clases de cláusulas: las que provienen del acuerdo de las partes y las que se derivan de la ley, en la medida que obligan a su inclusión en el contrato; las primeras son las típicas cláusulas contractuales, ya que su naturaleza está determinada por la voluntariedad de quienes intervienen en el contrato administrativo y que están referidas principalmente al objeto del contrato y a la ejecución del mismo⁴⁴ y las segundas se determinan por las potestades de la Administración; que si tenemos en cuenta, y como lo hemos afirmado, dependen de la ley, por lo que en estricto sentido no constituirían cláusulas del contrato, sino requisitos del mismo.

3.2. Cláusula exorbitante, una modalidad de la noción de cláusula contractual

A la noción de cláusula exorbitante se le ha dado diverso tratamiento, pues en algunos even-

tos se le asimila a potestad pública⁴⁵, en otros a prerrogativas de la Administración⁴⁶, a derechos y obligaciones extrañas a los contratos entre particulares⁴⁷ o a facultades excepcionales de la Administración⁴⁸ etc.; lo que muestra que en la doctrina tanto nacional como extranjera no ha existido un tratamiento uniforme de la misma.

Por su parte, la jurisprudencia de nuestra Corte Constitucional, al referirse a las cláusulas exorbitantes de los contratos de la Administración, las ha concebido como un poder de la misma, que se desarrolla dentro del contrato⁴⁹. El Consejo de Estado colombiano, a su turno, ha tenido un criterio de la cláusula exorbitante, como prerrogativa de la Administración durante la vigencia del contrato⁵⁰; pero, en otros eventos ha hecho alusión a que se trata de poderes de la Administración, para ser ejercidos en la ejecución del contrato⁵¹. Es importante resaltar que el máximo órgano de la jurisdicción contencioso administrativa le da la denominación de cláusulas excepcionales, con fundamento en que el actual estatuto contractual así lo determina, distinguiéndolas, además, de las denominadas cláusulas de privilegio que, aunque le otorgan a la Administración algunas ventajas, no son absolutamente extrañas al derecho privado, como se podría tratar de la cláusula de reversión, pero atribuyéndole, eso sí, a las cláusulas excepcionales la naturaleza de potestades⁵².

Como se puede ver, tanto el criterio de la doctrina como el de la jurisprudencia, de una u otra forma, cuando se refiere a las cláusulas exorbitantes, hace relación a potestades o prerrogativas de la Administración en la ejecución de los contratos, en ejercicio de su poder de imperio; es decir, en ejercicio del poder público que le asiste, debido a que, cuando una entidad pública celebra un contrato, lo que busca es el cumplimiento de los fines del Estado y de la propia entidad; lo cual implica intereses de carácter general, en la medida que los fines estatales pretenden el bienestar de la comunidad; por ello, es posible decir con José Roberto

El criterio de las cláusulas exorbitantes, como identificador del contrato administrativo dentro del sistema colombiano, ha tenido diverso matices, que permiten hacer argumentaciones interesantes, en el sentido de si las cláusulas exorbitantes permiten identificar el contrato administrativo o, por el contrario, estas dependen de la existencia de este contrato

Dromi, que los contratos celebrados por la Administración implican un amplio contenido social⁵³.

Contenido social que hace del interés general un interés público, el cual determina una desigualdad de las partes en los contratos que celebran las entidades públicas, ya que, para la garantía del mismo, se le han otorgado a la Administración unas prerrogativas, de las cuales no puede sustraerse⁵⁴; y que le dan la calidad de sujeto poderoso dentro de la actividad contractual⁵⁵.

Así las cosas, hay que decir que a las cláusulas exorbitantes, dentro de nuestro ordenamiento jurídico, se las ha identificado con potestades que goza la Administración dentro de la actividad contractual y que se expresan dentro de las estipulaciones del contrato administrativo; pero, habrá que determinar si esas estipulaciones determinan la existencia de las prerrogativas o potestades de la Administración o, por el contrario, estas no dependen del contrato.

3.3. Las potestades de la administración en los contratos administrativos, son anteriores al contrato, – falacia de las cláusulas exorbitantes y/o excepcionales

Cuando en un contrato administrativo se incluye un acuerdo o estipulación contractual, que exprese una potestad o prerrogativa de la Administración, esta no nace del acuerdo de las partes del contrato sino que por el contrario, estas han sido previamente establecidas en la ley, y lo que se plasma en el mismo es el cumplimiento de la norma que obliga a su inclusión. En efecto, el estatuto

contractual ha previsto unas potestades o prerrogativas a favor de la Administración, que le permiten que la actividad contractual logre su finalidad propuesta.

Es claro que dentro de esas potestades, la ley 80 de 1993, en el artículo 14, hace referencia a los medios que puede utilizar la Administración para lograr el cumplimiento de los fines que se persiguen con la contratación; medios que no son otra cosa que potestades otorgadas a la misma, y que se determinan desde dos puntos de vista, así: el primero hace referencia a la dirección, control y vigilancia de la ejecución del contrato⁵⁶; y el segundo, a la inclusión de las cláusulas excepcionales al derecho común, dentro de los contratos que celebra la Administración.

La consagración de cláusulas excepcionales dentro del contrato administrativo o estatal, en los términos del artículo 14 de la ley 80 de 1993⁵⁷, permite decir que, más que cláusulas exorbitantes o excepcionales, se trata de potestades o prerrogativas previas al contrato estatal, en la medida que son establecidas con anterioridad al mismo por una norma legal y que si no se incluyen, se consideran pactadas⁵⁸, así la misma norma diga que existe un poder facultativo de pactarlas o no, dentro de los contratos de prestación de servicios y los de suministro; si hacemos una interpretación sistemática de la norma, podemos decir que la posibilidad de pactar las cláusulas excepcionales en los contratos de prestación de servicios y de suministros podría convertirse en obligatoria, cuando, a renglón seguido, el propio artículo 14 de la ley 80 de 1993, sin hacer distinción alguna de contratos, hace referencia a que en los casos previstos en el numeral segundo, las cláusulas se consideran pactadas, así no se consignen expresamente; lo que determinaría que no es la voluntad de las partes del contrato, la que hace existir prerrogativas o potestades a favor de la Administración, sino la propia ley; y como la norma no distingue, por principio de in-

terpretación, hay que decir que no le es posible distinguir al intérprete; y es pertinente decir, que la obligatoriedad de inclusión de prerrogativas de la Administración es para todos los contratos que celebra la misma, excluyendo, eso sí, los que expresamente ha previsto la ley.

Así las cosas, es viable decir, con el profesor Escobar Gil, que lo que comúnmente se llaman cláusulas excepcionales son en realidad verdaderas prerrogativas extracontractuales de la administración, que nacen de la ley y que son previas al contrato estatal o administrativo⁵⁹; y que permiten afirmar que dentro de nuestro ordenamiento, no existen cláusulas excepcionales o exorbitantes, sino potestades o prerrogativas de la Administración dentro de la actividad contractual, que le determinan una situación de privilegio frente al administrado parte en el contrato, el cual se justifica por los fines de interés general que se persiguen con la contratación estatal; argumentación que se puede reafirmar cuando el Consejo de Estado, se refiere a potestades excepcionales de la Administración previstas en el ordenamiento jurídico⁶⁰.

Las argumentaciones anteriores llevan a determinar que el criterio de cláusulas exorbitantes, no permite la identificación de los contratos que celebra la Administración como administrativos, para diferenciarlos de los de derecho privado, sino por el contrario, por ser administrativo el contrato, se permite la inclusión de potestades a favor de la Administración⁶¹.

CONCLUSIONES

El ordenamiento jurídico colombiano, en lo que refiere a las cláusulas exorbitantes o excepcionales, ha determinado una supuesta consagración legal de las mismas en la medida que ha pretendido hacer una inclusión expresa de tales cláusulas en el estatuto contractual; pero al ser establecidas por la ley de contratación, lo que hace es asignar prerrogativas a favor de las entidades públicas, des-

virtuando la naturaleza propia de lo que se conoce como cláusulas de un contrato.

En efecto, el acuerdo de voluntades que caracteriza las cláusulas en los contratos, cuando se trata de las denominadas cláusulas exorbitantes, se sustituye por prerrogativas de la Administración pública, en donde se le otorgan facultades unilaterales que, referidas a la contratación administrativa, le permiten tomar decisiones sin necesidad de

acudir a la jurisdicción, con el fin de hacer valer algún derecho.

Las anteriores consideraciones permiten decir que el concepto de cláusula exorbitante o excepcional en el derecho colombiano, en realidad, se sustituye por el otorgamiento de poderes excepcionales a la Administración, que determinan un plano de desigualdad superior de la misma frente a los contratistas en el proceso administrativo de contratación.

BIBLIOGRAFÍA

- BENAVIDES, José Luis. El contrato estatal. Universidad Externado de Colombia. Segunda edición, Bogotá, 2004.
- EXPÓSITO VÉLEZ, Juan Carlos. La configuración del contrato de la administración pública en derecho colombiano y español. Universidad Externado de Colombia, Primera edición, Bogotá, 2003.
- ESCOBAR GIL, Rodrigo. Teoría general de los dontratos de la administración pública. Editorial Legis, Bogotá, 2003.
- DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal. Editorial Legis, Bogotá, 2001.
- DUPUIS, Georges. Droit Administratif, Armand Colin, Paris 2004.
- RICHER Laurent. Des Contrats Administratifs, L.G.D.J. Paris 2004
- FOILLARD, Philippe. Droit Administratif, Paradigme Publicatios Universitaires, Orléans 2004.
- VEDEL, Georges. Derecho administrativo. Aguilar, Madrid, 1980.
- ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Principios de derecho público económico. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.
- GONZÁLEZ – VARAS IBÁÑEZ, Santiago. El contrato administrativo. Civitas, Madrid, 2004.
- PARADA, Ramón. Derecho administrativo, Marcial. Pons, Madrid 2004.
- PAREJO ALFONSO, Luciano. Manual de derecho administrativo. Ariel, Barcelona, 1998.
- RIVERO ORTEGA, Ricardo. Introducción al derecho administrativo económico. Ratio Legis, Salamanca, España, 2001.

NOTAS

- 1 El Código Civil. Cuando se refiere al contrato lo define de la siguiente manera en el artículo 1495: contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas”.
- 2 El criterio de prerrogativa pública implica una estrecha relación con los conceptos de poder público, servicio público e interés general, en cuanto a que las prerrogativas otorgadas a la Administración se encaminan a garantizar precisamente intereses generales de servicio público, que es lo que en últimas persigue la Administración con la contratación.
- 3 BENAVIDES, José Luis. El contrato estatal, segunda edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2004. pág 321., prevé que las prerrogativas no son expresión del poder arbitrario de la Administración,

sino el resultado de funciones de interés general, pues el servicio público constituye el fundamento de la entidad pública contratante.

- 4 DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal, primera edición, Editorial Legis, Bogotá, 2001. pág 447., al referirse a las cláusulas excepcionales dice:” Se dice que son excepcionales al derecho común por cuanto en un contrato entre particulares no es habitual sino excepcionalísimo que una parte posea prerrogativas que afectan la igualdad que se ha dicho caracteriza al contrato. Así sucede respecto de ciertos contratos privados en donde es indispensable para su ejecución la confianza recíproca entre los contratantes, para lo cual la ley confiere a una de ellas la atribución de terminarlo unilateralmente, como acontece en los contratos de mandato, de cuenta corriente, de seguros, suministro y transporte”.
- 5 VEDEL George. Derecho Administrativo, obra citada, pág. 191.
- 6 El Consejo de Estado francés, en el fallo “Stein”, de 20 de octubre de 1950 así lo plantea, pero además dice que los derechos y obligaciones otorgados a las partes, no serían libremente consentidos dentro del marco de los contratos civiles y comerciales.
- 7 T.C. de Francia, en el fallo, “Sociedad de los combustibles y carburantes nacionales”, de 19 de junio de 1952.
- 8 FOILLARD, Philippe. Droit Administratif, obra citada pág. 216, quien además de prever la existencia de varias clases de cláusulas exorbitantes, como las inhabituales en los contratos de derecho privado y las provenientes de las prerrogativas públicas, determina que la inclusión de una cláusula exorbitante en un contrato, expresa la voluntad de las partes, lo sustrae de las reglas del derecho privado y lo somete a un régimen de derecho publico.
- 9 Este criterio no es de ahora, sino que el C.E. francés en el fallo “Sociedad de granitos porfídicos de vosges” de 31 de julio de 1912., concibió, la idea de la cláusula exorbitante, que explicaba la calidad del contrato administrativo; y que determinaba la competencia del juez contencioso administrativo, para conocer de los conflictos de contratos celebrados por la Administración.
- 10 El maestro francés Gerges Vedel, tantas veces citado, en su libro” Derecho Administrativo”, pág. 192, así lo plantea, pero hace la claridad, en cuanto a la discusión que ha existido en el asunto.
- 11 El C.E. francés, en el fallo “société anonyme minière “ de 26 de enero de 1951, sostuvo que los contratos referentes a la gestión de actividades privadas, no adquirían el carácter de administrativos, por más que se hubiera incluido cláusulas exorbitantes; lo cual es ratificado por el propio Vedel cuando en su libro “Derecho Administrativo” pág. 192 dice :” Sin embargo, la presencia de una cláusula exorbitante no confiere, por si sola, carácter administrativo al contrato, si se trata de un contrato firmado por un servicio público industrial y comercial con un usuario”.
- 12 GEORGES Vedel. Remarques sur la notion de clause exorbitante, en Mélanges Archille Mestre, sirey, París 1956, pág. 454.
- 13 Así lo deja ver el profesor Foillard Philippe, Droit administratif, obra citada , pág. 217., cuando dice:”Si le juge détecte autour du contrat une ambiance de droit public, il en déduit que le contrat est administratif. Contrairement aux autres critères qui permettent de déduire le caractère administratif d’un contrat et, par voie de conséquence, le régime juridique qui le est applicable, la détection du régime exorbitant signifie que le contrat est soumis á un régime de droit public et revet donc un caractère administratif ».
- 14 RICHER, Laurent. Droit des Contrats Administratifs, 4e édition, L.G.D.J., París 2004., pág. 98.
- 15 BENAVIDES, José Luis. El Contrato Estatal, obra citada pág. 323.
- 16 C.E. francés en el fallo Stein de 20 de octubre de 1950, cuando dice:” La cláusula que tiene por objeto conferir a las partes derechos o imponerles obligaciones ajenas por su naturaleza a aquellas que son susceptibles de ser libremente consentidas, por cualquiera en el marco de las leyes civiles y comerciales”
- 17 C.E. Français, 16 de avril 1969, SNCF, Rec.194., Dans Laurent Richet. Droit des Contrats Administratif, 4e édition, pag. 92
- 18 Cour d’appel de Paris 24 de octubre 1995, CJEG 1996.
- 19 BENAVIDES, José Luis. El contrato estatal, obra citada, pág 324.

- 20 El Código Civil Colombiano, preceptúa que las cláusulas ilícitas son aquellas contrarias a derecho
- 21 T.C., 28 de marzo de 1955, EDF, c-Dép. Des Basses – Pírense, Rec. 615., en BENAVIDES, José Luis. El Contrato Estatal, obra citada, pág. 325., que haciendo referencia a la decisión transcribe: "las cláusulas que autorizan la resciliación unilateral del los contratos no son, en si y de manera general, consideradas como ajenas al derecho privado".
- 22 T.C., 28 de marzo de 1955, EDF, c-Dép. Des Basses – Pírense, Rec. 615., en BENAVIDES, José Luis. El Contrato Estatal, obra citada, pág. 325., que haciendo referencia a la decisión transcribe: "las cláusulas que autorizan la resciliación unilateral del los contratos no son, en si y de manera general, consideradas como ajenas al derecho privado".
- 23 LAMARQUE, J. Recherches sur l'application du droit privé aux services publics administratifs, LGDJ, París 1960.
- 24 RICHER Laurent. Droit des Contrats Administratifs, 4e édition, quand il dit : » - La clause exorbitante n'est pas souvent que la reprise de règles générales applicables au contrat administratif (pouvoir de résiliation dans certains cas, pouvoir de contrôle); elle manifeste l'appartenance du contrat au droit public, le contrat comprend ou reprend une règle de droit public; - la clause exorbitante manifeste la présence d'une personne publique; à travers ce critère se marquent la importance des considérations organiques dans le droit administratif. En dépit ses incertitudes, la notion de clause exorbitante n'est donc pas dénuée de toute logique intrinsèque comme on l'affirme parfois (J Lamarque, » le déclin di critère de la clause exorbitante », Mel waline p. 499 ».
- 25 El Decreto Real del 27 de febrero de 1852 establecía: " En los pliegos de condiciones deberán pactarse los casos de incumplimiento por parte de los contratistas, determinando la acción que haya de ejercer la Administración sobre las garantías y demás medios por los que se hubiere de compeler a aquellos a que cumplan sus obligaciones y a que resarzan los perjuicios irrogados por dicha causa."
- 26 VILLAR PALASÍ y VILLAR ESCURRA. Principios de Derecho Administrativo, T. III, Universidad de Madrid, Madrid España 1984., pág 26 dicen: " su origen no está en el pacto con el particular, sino en el apoderamiento que la ley hace a la Administración de todas esas prerrogativas".
- 27 GONZÁLEZ – VARAS IBÁÑEZ, Santiago. El Contrato Administrativo, Editorial Civitas, Madrid España, 2003, pág 315., quien es partidario de este concepto, al prevenir que lo característico del contrato administrativo, es la existencia de prerrogativas o cláusulas exorbitantes de la Administración en la fase de ejecución del contrato.
- 28 En efecto el artículo 59 de TRLCAP DEL AÑO 2000 dice: " Prerrogativas de la Administración.- 1. Dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley, el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, acordar su resolución y determinar los efectos de ésta".
- 29 En algunos artículos del TRLCAP, se contemplan prerrogativas de los órganos de la Administración, así: arts.146 y 149, modificación y resolución del contrato de obras; arts.163 y 167, modificación y resolución del contrato de gestión de servicios públicos; arts.189 y 192 modificación del contrato y resolución de suministro; arts. 212 y 214, modificación y resolución del contrato de consultoría; art. 249, prerrogativas de la Administración en el contrato de concesión de obra pública, tales como la interpretación, modificación, resolución, imposición de penalidades al contratista por el incumplimiento, modificación, etc.
- 30 TRLCAP, artículo 59, en Legislación Administrativa, Editorial Tecnos, Madrid España 2004, pág. 280.
- 31 Con JÍMENEZ BLANCO, Antonio y otros. Manual de derecho administrativo, Editorial Ariel, quinta edición, Madrid España, 1998., pág 787.
- 32 Así, BOCANEGRA SIERRA, Raul. La teoría del acto administrativo, Editorial Iustel, Madrid España, 2005. pág. 146. La ejecutividad se refiere a la obligatoriedad del acto en términos de eficacia del mismo y la ejecutoriedad, implica en términos generales, la facultad de la Administración de hacer cumplir sus propios actos de manera oficiosa, a través de medios coactivos o coercitivos.
- 33 JÍMENEZ BLACO, Antonio. Manual de derecho administrativo, obra citada, pág 786, dice: "Tales prerrogativas y garantías obedecen a la idea de que, para el interés público, el fin del contrato (ejecutar la

obra, realizar el suministro, prestar el servicio) es lo verdaderamente importante, mucho más que el objeto de aquel”.

- 34 BOQUERA OLIVER, VILLAR PALASÍ y VILLAR ESCURRA y GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; citados por el profesor EXPÓSITO VÉLEZ, Juan Carlos. La configuración del contrato de la administración pública en derecho colombiano y español, obra citada, pág 249., son de este concepto.
- 35 HERRERA, Benjamín. Contratos Públicos, segunda reimpresión, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá 2005., pág 271., al referirse a las prerrogativas de la Administración en la contratación, expresa:”El estado tiene prerrogativas, manifestación de su preeminencia. Son ellas una expresión del derecho administrativo que se traslada al derecho de los contratos, distinguiendo la condición contractual con su carácter ius publicista, donde la relación de igualdad se cambia por una de cooperación”.
- 36 DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen Jurídico de la Contratación Estatal- aproximación crítica a la ley 80 de 1993 -, Editorial Legis, Bogotá, 2001., pág., 447.
- 37 El artículo 14 numeral 2 de la ley 80 de 1993, establece que en 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 se pactaran cláusulas excepcionales; si no se pacta, se consideran pactadas.
- 38 En el mismo artículo 14 numeral 2 de la ley 80 de 1993, se contempla la posibilidad, no la obligación, de pactar cláusulas excepcionales en los contratos de suministro y prestación de servicios
- 39 DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA DE LA LENGUA
- 40 DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen Jurídico de la Contratación Estatal, obra citada, pág 394., contempla la existencia de cláusulas en los contratos estatales, así:” salvo las cláusulas excepcionales al derecho común, el estatuto de contratación no regula ningún otro tipo de estipulaciones que de manera obligatoria deben pactarse sino que deja en manos de las partes, principalmente de entidad estatal el establecimiento de las que consideren indispensables, dependiendo de cada caso y de las necesidades específicas que quieran atenderse con el contrato. Es esta, entonces, otra manifestación expresa del postulado de la autonomía de la voluntad”.
- 41 SAYAGUES LASO, Enrique. Tratado de Derecho Administrativo, tomo I, obra citada, pág 524., hace referencia a que, para que haya contrato se requiere que existan dos voluntades válidas, siendo una la Administración y la otra el co-contratante.
- 42 DIEZ, Manuel María. Derecho Administrativo, t. II Editorial Bibliográfica, Buenos Aires Argentina, 1965. pág. 439 dice que la Administración, en su superioridad jurídica frente al cocontratante, puede establecer determinadas cláusulas, pero no derivadas de su poder de imperium, si de la voluntad del particular que acepta hacer o no hacer lo que la Administración ha fijado.
- 43 Es el mandato del artículo 14 de nuestro estatuto contractual, que ordena incluir cláusulas de caducidad, terminación, interpretación, y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales, en los contratos que implique monopolio, prestación de servicios públicos, explotación y concesión de bienes del Estado y los contratos de obra; de no incluirse, se consideran pactadas.
- 44 BERCAITZ, Miguel Ángel. Teoría General de los Contratos Administrativos, segunda edición, Ediciones Depalma, Buenos Aires Argentina, 1980, pág 437., hace referencia por ejemplo, a dos clases de cláusulas en los contratos Administrativos, unas referentes a la prestación del servicio o ejecución de la obra y otras a los intereses económicos, que determinan su importancia en el acuerdo de voluntades y que respecto de las segundas no le permitiría a la Administración ejercer su potestad de mutabilidad, fundada en el interés público, en la medida que no podría alterar el precio del contrato sino por acuerdo de las partes. Lo anterior no es tan cierto para nuestro ordenamiento, en la posibilidad de modificación unilateral del contrato de la Administración, que necesariamente puede implicar modificación del precio.
- 45 SOLANO SIERRA, Jairo Enrique. Contratación Administrativa, Ediciones Librería el Profesional, Bogotá, 1994. pág. 211.
- 46 PEQUIGNOT, G. Des Contrats Administratif, Etrait du jurisclesseur, París Francia 1953. pág 171, le da el carácter de prerrogativa de la Administración a la cláusula exorbitante.
- 47 ESCOBAR GIL, Rodrigo. Teoría General de los Contratos de la Administración pública, obra citada, pág. 41.

- 48 PINO RICCI, Jorge. Régimen de Contratación Estatal, segunda edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996. pág. 184.
- 49 La Corte Constitucional, en Sentencia T-569 de 1998, M.P. Alfredo Beltrán Sierra, dice al respecto: "Por otra parte, la cláusula de caducidad es una de las llamadas cláusulas exorbitantes del derecho común por la doctrina y la jurisprudencia y pone de manifiesto el reconocimiento de poderes excepcionales a la administración que le permiten extinguir el vínculo contractual para asegurar la primacía de los intereses públicos o sociales que están vinculados a la realización del objeto del contrato.
- 50 C.E. Sección Tercera, expediente 1995-7757, M.P. Juan de Dios Montes.
- 51 C.E. Sección Tercera, expediente 1996-9560, M.P. Jesús María Carrillo Ballesteros.
- 52 C.E. Sala de Consulta, expediente 2000-1293, M.P. Luis Camilo Osorio, expresa: "Las potestades excepcionales de la administración previstas por el ordenamiento jurídico, son soluciones extremas en caso de suma gravedad. Salvo las sanciones como multas, cláusula pena y caducidad, en general no tiene un efecto punitivo contra el administrado que le colabora en el cumplimiento de los fines del Estado, sino que son medios de control para evitar que las entidades públicas tengan obstáculo jurídico que les imponga interrupción retardo o paralización de la continuidad de la actividad, función o servicio público.
- 53 DROMI, José Roberto. La Licitación Pública, 2ª edición, reimpresión, Editorial Astrea, Buenos Aires Argentina, 2002. pág 9.
- 54 ESCOLA Héctor José. Tratado Integral de los Contratos Administrativos, Vol. I, Editorial Depalma, Buenos Aires Argentina, 1977, pág 131. Hace referencia a los poderes que ostenta la Administración al celebrar contratos con los particulares, ya que se tratan de poderes públicos otorgados por la ley.
- 55 RIVERO ORTEGA, Ricardo. Introducción al Derecho Administrativo Económico, 2ª edición, Editorial Ratio Legis, Salamanca España, 2001, pág 108.
- 56 Estas potestades, para que surtan efecto, no es necesario incluirlas dentro del contenido del contrato, pues operan por mandato legal, ya que se trata de prerrogativas previas a la celebración del mismo, que le permiten a la administración dirigir no solamente la ejecución del contrato, sino también la escogencia del contratista.
- 57 El artículo 14 de la ley 80 de 1993, refiere a la obligatoriedad de pactar las cláusulas de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en contratos como el de obra, prestación de servicios públicos, ejercicio de una actividad que constituya monopolio, explotación y concesión de bienes del estado.
- 58 En efecto, el artículo 14 del estatuto contractual en el numeral segundo, inciso tercero dice: "En los casos previsto en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aún cuando no se consignen expresamente".
- 59 ESCOBAR GIL, Rodrigo. Teoría General de los Contratos de la Administración Pública, obra citada pág. 264 es enfático en decir: "Las prerrogativas de la Administración pública al emanar de la posición jurídica de la Administración pública y de su fin institucional, y no de un principio propio de los contratos administrativos, tienen el verdadero carácter de verdaderos poderes de naturaleza extracontractual, y no de naturaleza contractual como lo exponían los grandes juristas franceses que elaboraron el criterio de las cláusulas exorbitantes, para deslindar el contrato administrativo del contrato privado".
- 60 C.E. Sala de Consulta, expediente 2000-1293, M.P. Luis Camilo Osorio, sentencia ya citada.
- 61 Así VILLAR PALASI, José Luis y VILLAR ESCURRA, José Luis. Principios de Derecho Administrativo, obra citada, pág 63, cuando dan ha entender que las cláusulas exorbitantes no son causa del contrato administrativo, sino consecuencia del mismo.