

**LAS CLÁUSULAS EXCEPCIONALES EN EL RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN DE  
LAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS**

**MAESTRANDOS: KATHERINNE OSORIO GIRALDO**

**ESTEBAN CAJIGAS ÁLVAREZ**

**TUTOR: CRISTHIAN ALEXANDER PEREIRA OTERO**

**UNIVERSIDAD DE MEDELLÍN**

**FACULTAD DE DERECHO**

**MAESTRÍA EN CONTRATACIÓN ESTATAL**

**2020**

## TABLA DE CONTENIDO

RESUMEN: .....	1
PALABRAS CLAVE:.....	1
INTRODUCCIÓN .....	2
1. FUNDAMENTOS DE LAS CLÁUSULAS EXCEPCIONALES EN EL SISTEMA JURÍDICO COLOMBIANO .....	5
1.1. EL EJERCICIO RESTRICTIVO DE LAS FACULTADES EXORBITANTES .....	8
1.2. CLÁUSULAS EXCEPCIONALES EN RÉGIMENES ESPECIALES .....	11
1.2.1. EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO .....	11
1.2.2. EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS .....	13
1.2.3. OTROS RÉGIMENES ESPECIALES .....	15
2. LA APLICACIÓN DE LAS CLÁUSULAS EXCEPCIONALES EN EL RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN DE LAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS .....	17
2.1. LA AUTONOMÍA UNIVERSITARIA Y EL RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN ....	18
2.2. APLICACIÓN DE LAS CLÁUSULAS EXCEPCIONALES EN EL RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN DE LAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS.....	21
CONCLUSIONES.....	26
BIBLIOGRAFÍA .....	30

# **LAS CLÁUSULAS EXCEPCIONALES EN EL RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN DE LAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS**

## **RESUMEN:**

El Estatuto de la Contratación Pública estableció las cláusulas excepcionales, como herramientas dispuestas para que la administración lograra garantizar la ejecución del contrato y proteger los recursos invertidos, para efectos de suplir la necesidad prevista para el objeto de contratación, teniendo fundamento en la satisfacción del interés general y el cumplimiento de los fines del Estado, no obstante lo anterior, en el sistema jurídico colombiano existen algunos regímenes especiales que tienen regulación especial para la contratación, como las empresas sociales del Estado, las empresas de servicios públicos domiciliarios y las empresas públicas que prestan el servicio de electricidad, las cuales tienen potestad de aplicar las cláusulas exorbitantes.

Sin embargo, en lo que corresponde a las universidades públicas, el régimen de contratación no autorizó el uso de las cláusulas, pero resulta pertinente su aplicación, dado que permiten un mayor ejercicio de su autonomía en materia contractual, contribuyen a la salvaguarda del servicio público de la educación superior, favorecen una gestión contractual más eficiente y, permite la satisfacción del interés general y el cumplimiento de los fines del Estado.

## **PALABRAS CLAVE:**

Cláusulas excepcionales, Universidades públicas, interés general, fines del Estado, autorización legal

## **INTRODUCCIÓN**

La Ley 80 de 1993, estableció el régimen de contratación de las entidades estatales, dentro del cual se determinaron las cláusulas excepcionales, siendo potestades de las entidades públicas, que están orientadas a proteger el interés general y el cumplimiento contractual, para ejercerlas de forma unilateral, de oficio y desde una posición dominante, respecto del contratista particular, en el marco de un contrato estatal y, su procedencia se genera por expresa disposición normativa.

En relación con las universidades públicas, el legislador estableció el régimen que las regula, siendo la Ley 30 de 1992 la carta de navegación en materia de educación superior, entre otras cosas, dispuso el régimen de contratación, indicando que este corresponde al derecho privado, es decir las normas civiles y comerciales, sin otorgar a estas entidades la competencia legal para hacer uso de las cláusulas exorbitantes.

Las universidades por su naturaleza de régimen exceptuado no cuentan con autorización legal para aplicar las cláusulas excepcionales en su régimen de contratación; sin embargo, las mismas en su normal funcionamiento celebran contratos, los cuales pueden presentar inconvenientes en su etapa de ejecución; y dichas entidades al no contar con elementos jurídicos como las cláusulas excepcionales para

su solución, requieren acudir ante la jurisdicción contencioso administrativa, situaciones que no permiten desarrollar una adecuada gestión contractual.

En el trabajo investigativo se planteó el cuestionamiento respecto de ¿Cuál es la incidencia en la aplicación de las cláusulas excepcionales en el régimen de contratación de las universidades públicas? Bajo el interrogante expuesto, se consideró como objetivo el analizar la aplicación de las cláusulas excepcionales dispuestas en el Estatuto General de la Contratación Pública, en el régimen de contratación de las universidades públicas.

Igualmente, como objetivos específicos desarrollados correspondieron en establecer el desarrollo y fundamentación de las cláusulas exorbitantes en el sistema jurídico colombiano, para luego, analizar la aplicación las cláusulas excepcionales en el régimen de contratación de las universidades públicas, desde un desarrollo metodológico de carácter cualitativo, con enfoque de análisis deductivo, siendo referente las decisiones de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, además, de la revisión teórica doctrinal para el caso planteado.

Por último, el trabajo de abordó en dos aspectos, en primer lugar se desarrollan las normas y principios constitucionales que permiten justificar la aplicación de las cláusulas excepcionales, como garantía del cumplimiento de los fines del Estado, aunado de la aplicación en el sistema jurídico, entre ello, su procedencia en algunos regímenes especiales de contratación; por otra parte, se analizó la procedencia y

aplicación de las cláusulas excepcionales en los regímenes de contratación de las universidades públicas, estableciendo aspectos relevantes que permiten justificar la aplicación de las cláusulas en el régimen de contratación de las universidades públicas.

## **1. FUNDAMENTOS DE LAS CLÁUSULAS EXCEPCIONALES EN EL SISTEMA JURÍDICO COLOMBIANO**

Las cláusulas excepcionales encuentran su justificación en los fines del Estado, particularmente lo correspondiente al interés general (Osorio, 2013), conforme a lo establecido en el artículo 2 de la Constitución Política de Colombia, los fines del Estado son, entre otros, la prosperidad general, la efectividad de los derechos y deberes, la integridad territorial y la convivencia pacífica (Constitución Política de Colombia, 1991), además, el Consejo de Estado indicó que el interés general es el fundamento de las potestades excepcionales, que tiene razón de ser en los propósitos del contrato estatal, consistente en el beneficio de la colectividad (Consejo de Estado, Rad. 23001-23-31-000-2000-02857-01(24697)/2013. C.P. E. Gil).

En el marco del interés de la administración pública efectúa la contratación, como ocurre con la prestación de los servicios públicos, cómo lo establece la Ley 80 de 1993, pues las entidades deben perseguir el cumplimiento de las finalidades del Estado y garantizar la prestación de los servicios públicos (Ley 80/1993, Art. 3), por lo cual, el contrato estatal es una de las estructuras utilizadas por la administración para alcanzar el interés general y prestar los servicios públicos, con miras a garantizar los fines del Estado.

El contrato público tiene como característica que su contenido incluya además de las disposiciones propias de su esencia y naturaleza, aquellas relevantes para asegurar su

cumplimiento, y que en todo caso estén contempladas en la ley (Jiménez & Pérez, 2018), es por ello que, las prerrogativas excepcionales no son manifestaciones arbitrarias de las entidades públicas, sino que son funciones de interés general que se establecen en pro de los servicios públicos a satisfacer y se configuran como el fundamento de la administración (Benavides, El contrato estatal, 2004).

Las facultades excepciones son uno de los mecanismos con que cuentan las entidades públicas, para salvaguardar el interés general perseguido con los contratos estatales, como también, asegurar la efectiva prestación de los servicios públicos, (Jouve, 2002), además, son figuras jurídicas para lograr la ejecución del objeto contractual y con ello garantizar el cumplimiento de los fines del Estado.

Ahora bien, las facultades son propias del régimen de contratación estatal creado por medio de la Ley 80 de 1993, denominado Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, siendo de aplicación exclusiva de la administración pública, pues no pueden ser aplicadas en el régimen de contratación regulado por el derecho civil y comercial, en consideración que las potestades exorbitantes devienen del poder público que ostenta la administración y del interés general presente en los contratos estatales, que constituye la esencia de los mismos, de tal forma que no pueden extenderse a los contratos regulados por el derecho privado (Corte Constitucional, C-620/2012, M.P. J. Pretelt).

Es importante destacar que las potestades concedidas solo pueden ser ejercidas a favor de las entidades públicas, permitiendo que la administración tenga una posición en mejores condiciones a la otra parte en el momento de celebrar el contrato (Betancur, Londoño, & Munera, 2017), esa desigualdad encuentra su justificación por cuanto el contrato tiene un contenido social y conlleva un interés público en el cumplimiento de los fines del Estado (Güechá C. , Inexistencia de las cláusulas exorbitantes en la contratación estatal, 2014).

Respecto a lo anterior, la Corte Constitucional indicó que la relación entre las partes de un contrato estatal no se encuentra en una posición igualitaria, como aquella que existe en los vínculos contractuales entre particulares, debido que el interés público es propio de la contratación estatal, por ello la preponderancia de la entidad pública, con el objetivo de garantizar el cumplimiento de los fines de la entidad contratante (Corte Constitucional, C-400/1999, M.P. V. Naranjo).

Acorde con la posición de la Corte, el Consejo de Estado determinó que dado el interés que persigue la entidad, se requiere desplegar todos los poderes de control y dirección del contrato con el fin de garantizar su adecuada ejecución, dentro de ellos, la administración puede ejercer diferentes facultades que son exclusivos de los contratos estatales; es decir, las cláusulas excepcionales le conceden a la entidad facultades que quebrantan la igualdad entre las partes contratantes (Consejo de Estado, Rad. 25000-23-26-000-1990-6904-01(12342)/2004. C.P. R. Saavedra).

## **1.1. EL EJERCICIO RESTRICTIVO DE LAS FACULTADES EXORBITANTES**

La aplicación de las cláusulas excepcionales no son ejercidas en todo momento y para todo tipo de contratos, pues son poderes exorbitantes (Matallana, 2015), que obedecen al cumplimiento de los fines perseguidos con la contratación estatal y, solo pueden ser pactadas en los contratos cuyo objeto conlleve una utilidad pública, además, estén dirigidos a satisfacer una necesidad colectiva de interés general (Güechá J. , 2018).

Con relación a los tipos de contratos a los cuales le son aplicables las cláusulas excepcionales, la Ley 80 de 1993 indica que son aquellos que tratan sobre: suministro; prestación de servicios; monopolio estatal; contratos de obra; la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado (Ley 80/1993, Art. 14 # 2); teniendo como justificación “(...) impedir la paralización o grave afectación de los servicios que la entidad requiere satisfacer; así como, garantizar que el servicio siga siendo prestado de manera adecuada y continua” (Ley 80/1993, Art. 14 # 1).

Ese panorama pretende evitar la interrupción o afectación del servicio, siendo el propósito de las cláusulas para que permiten a la entidad tener la dirección, control y vigilancia de la ejecución del contrato (Betancurt, 2008), sin que ello se tome como una manera de castigar al contratista, pues la naturaleza de las facultades no es sancionatorio, ni tampoco, se pretende obtener un beneficio económico a la administración, por el contrario es lograr la ejecución de objeto contractual, como

garantía del interés general y el patrimonio público (Consejo de Estado, Rad. 1293/2000. C.P. L. Osorio).

De este modo, si durante la ejecución de un contrato estatal se presenta una situación que pueda conducir a la afectación grave o a la paralización del servicio con ocasión de la ejecución del contrato, la entidad puede de forma unilateral ejercer las potestades excepcionales otorgadas por la ley, es decir, de forma oficiosa, sin que requiere acudir a instancias jurisdiccionales, habida cuenta la necesidad de la prestación del servicio público que se ve afectado por esa situación (Güechá, 2011)

Por otra parte, las cláusulas son de aplicación directa por la administración, en consideración que si la administración debe adelantar entidad un proceso judicial y esperar las resultas, para actuar o tomar medidas que permitan garantizar la ejecución del contrato, se tendría que la obra, bien o servicio que busca prestar, se vería gravemente afectado con el paso del tiempo, teniendo en cuenta el cumplimiento del objeto contractual dentro del tiempo establecido (Morales, 2012).

En relación a lo anterior, el ejercicio de los prerrogativas exorbitantes encuentra íntima relación entre la ejecución del contrato y la prestación de los servicios públicos a cargo de la entidad, de tal manera que debe desplegar las medidas necesarias para evitar demoras injustificadas en los servicios prestados, sin embargo, sería inevitable si la administración se ve obligada a demandar el asunto ante un juez, estando la

prestación del servicio paralizada por el trámite de un proceso judicial (Consejo de Estado. Rad. 68001-23-15-000-2002-00265-01(31430)/2016. C.P. D. Betancourth).

No obstante, a pesar que la entidad no requiere llevar el asunto a la jurisdicción, la aplicación de una potestad excepcional deberán ser ejercidas respetando el debido proceso y deben declararse por medio de actos administrativos que cuenten con una debida motivación y ser expedidos conforme el procedimiento y los límites establecidos por la norma (Consejo de Estado. Rad. 05001-23-26-000-1992-00117-01(18394)/2010. C.P. R. Correa).

La aplicación de las facultades debe realizarse con estricto apego a la ley, dado que su ejercicio está ligado al principio de legalidad y su aplicación se enmarca en los preceptos normativos aplicables para cada caso en especial (Castellanos & Santos, 2014), además, sobre la relación entre las cláusulas exorbitantes y el principio de legalidad existe una relación directa, pues en el contrato estas facultades solo se pueden incluir y aplicar por expresa autorización de la ley, en consideración que el carácter de estas potestades es excepcional al derecho común y su ejecución es restrictivo por orden normativa (Consejo de Estado. Rad. 76001-23-31-000-1999-02622-01(24996)/2013. C.P. M. Fajardo, 2013).

Además, las potestades excepcionales están dirigidas a garantizar la adecuada ejecución del contrato, con el objetivo y límite de hacer efectivos los fines del Estado

(Hernández, 2009), de tal manera, el ejercicio de una potestad excepcional debe obedecer a causas que no permitieron el cumplimiento efectivo del objeto contractual

## **1.2. CLÁUSULAS EXCEPCIONALES EN RÉGIMENES ESPECIALES**

Las cláusulas excepcionales son propias de la contratación pública, no pueden ser aplicadas a los regímenes de contratación regulados por el derecho privado, sin embargo, esta determinación presenta algunas excepciones como lo son el régimen de contratación de las empresas sociales del Estado; las empresas de servicios públicos domiciliarios y las empresas públicas que prestan el servicio de electricidad, que fueron diferenciadas por el legislador.

Lo anterior destaca algunas entidades sujetas a regímenes de contratación especial, que se encuentran exentos de aplicar el estatuto general de la contratación, pero pueden ejercer las cláusulas excepciones en los contratos que celebren, debido a que cuentan con la autorización expresa del legislador, quien les ha otorgado estas potestades con fundamento al interés general de los servicios que prestan en desarrollo de los fines constitucionales del Estado.

### **1.2.1. EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO**

La Constitución en su artículo 49 determinó la salud desde dos perspectivas, por un lado, como un derecho constitucional y por el otro, como un servicio público que el

Estado se obliga a prestar de forma directa o a través de particulares, así las cosas, el servicio de salud es prestado directamente por medio de las empresas sociales del Estado, creadas mediante la Ley 100 de 1993, estableciendo su régimen jurídico en materia contractual por el derecho privado y “ (...) podrá discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el estatuto general de contratación de la administración pública (Ley 100/1993, Art. 195 # 6).

En lo que concierne a la discrecionalidad, hace referencia a la disposición de la entidad de incluir las cláusulas excepcionales o no en los contratos que celebre, empero, no podría entenderse que esa potestad discrecional se extiendan, es decir, a la creación de otras facultades, la ampliación de las causales que motivan su aplicación o la extensión de los contratos en los cuales es posible su incorporación, en consideración que las empresas sociales del Estado no cuentan con la competencia para reglamentar las cláusulas excepcionales y, solo le compete al legislador, dado que la aplicación de las cláusulas excepcionales se encuentra reglado en la Ley 80 de 1993 y solo se puede efectuar como la norma lo previó (Ballesteros, 2013).

La discrecionalidad de las empresas sociales del Estado, se fundamenta en la naturaleza de sus actividades, de las cuales surgen diferentes necesidades y pueden o no estar relacionadas con la prestación del servicios de salud, de tal forma la entidad debe analizar los factores y causas a solventar con la contratación, para poder incluir o no en un contrato las cláusulas excepcionales; en el caso se incorporarlas se debe sujetarse a lo dispuesto en el Estatuto General de la Contratación Pública.

De lo anterior se deduce que las empresas sociales del Estado cuentan con contratos regidos por las normas propias del Código Civil y de Comercio, sin dejar a un lado los principios de la función pública y, contratos que deben aplicar la Ley 80 de 1993, en lo que respecta a las cláusulas excepcionales, además, al momento de hacer imponerlas se debe respetar el procedimiento dispuesto para estas, como lo es la Ley 1474 de 2011, que determinó la forma de aplicación de la declaratorio de caducidad,

### **1.2.2. EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS**

Los servicios públicos domiciliarios se establecieron en la Constitución Política como un derecho, dado que corresponden a necesidades básicas de la comunidad y contribuyen a su bienestar, siendo un deber de cumplimiento en el marco del Estado Social de Derecho, realizándose de manera eficiente y de calidad para garantizar el cumplimiento de los fines del Estado (Palacio, Muñoz, Castro, García, & Sandoval, 2006).

El régimen jurídico de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios fue establecido en la Ley 142 de 1994 y estableció el marco normativo de los contratos celebrados por estas entidades, exceptuándolo de los postulados del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Ley 142/1994, Art. .31); a su vez, las Comisiones de Regulación pueden hacer que en algunos contratos de forma obligatoria

se incorporen las cláusulas excepcionales, sin pasar por alto que la aplicación será pro lo dispuesto en el Estatuto General de la Contratación Pública (Galvis, 2005).

Por lo anterior, se puede afirmar que el régimen de contratación de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios es mixto, dado que los contratos siguen las normas de derecho privado, salvo lo correspondiente a la inclusión de las cláusulas excepcionales, que se aplicará sin excepción la Ley 80 de 1993, sea por mandato de las Comisiones de Regulación o por autorización de estas ante la solicitud de la propia empresa (Palacio, 2006).

En relación a la facultad otorgada por el legislador a las Comisiones de Regulación, la Corte Constitucional indicó que consistente en hacer obligatoria la inclusión de las cláusulas excepcionales en los contratos celebrados por las empresas de servicios públicos domiciliarios o autorizar la inclusión cuando estas lo soliciten, generando que las Comisiones sean instrumentos para alcanzar el interés establecido en la norma (Corte Constitucional, C-066/1997, M.P. F. Moron).

Teniendo en cuenta la potestad conferida por el legislador, las Comisiones de Regulación han reglamentado lo correspondiente a la inclusión de las cláusulas excepcionales en los contratos de las empresas prestadoras de servicios públicos y, se incluyen con el fin de garantizar el interés general y el cumplimiento de los fines del estado.

### **1.2.3. OTROS REGÍMENES ESPECIALES**

En el sistema jurídico colombiano además de los regímenes especiales de las empresas sociales del Estado y las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, el legislador autorizó la inclusión de las cláusulas excepcionales en el régimen de contratación de las empresas públicas prestadoras del servicio de electricidad por medio Comisión de Regulación de Energía y Gas, quien tiene la facultad de ordenar que se incluyan en los contratos que celebre la entidad (Ley 143/1994, Art. 8)

Por su parte, la Ley 1523 de 2012, por la cual se adopta la política y el sistema nacional de gestión del riesgo de desastres, estableció que los contratos suscritos por la sociedad fiduciaria o las entidades ejecutoras con recursos del Fondo Nacional de Gestión del Riesgo, se registrarán por el derecho privado y pondrán incorporar las cláusulas excepcionales de la Ley 80 de 1993 (Ley 1523/2012, Art. 66).

Conforme a lo anterior, se evidencia que el legislador cuenta con una amplia potestad para reglamentar los regímenes contractuales, con fundamento de proteger los principios constitucionales como lo es el interés general, para efectos de garantizar los fines del Estado y velar por el cumplimiento de los contratos celebrados por las entidades, asegurando el patrimonio público y la ejecución del objeto contractual, pues la necesidad persiste hasta tanto se logre culminar las actividades dispuestas en cada contrato.

Por otra parte, si bien existen regímenes de contratación especiales, las cláusulas excepcionales tienen relevancia en todo el sistema jurídico y el legislador de forma expresa permitió su procedencia, pues en cada contrato está en juego el interés general y la efectiva prestación de los servicios públicos, deberes prestacionales que no pueden ser afectadas por una indebida ejecución del contratista, pues la responsabilidad recae en la administración y no puede paralizarse las actividades del Estado.

## **2. LA APLICACIÓN DE LAS CLÁUSULAS EXCEPCIONALES EN EL RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN DE LAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS**

La aplicación de las cláusulas excepcionales en el régimen de contratación de las universidades públicas tiene posiciones a favor y en contra, frente a estas últimas, se estima en la naturaleza de los contratos suscritos por las entidades con régimen de contratación especial o regulado por el derecho privado, pues no configuran un contrato estatal propiamente dicho y en ausencia de este, no es del caso que se apliquen las potestades en los contratos suscritos por estas entidades.

Sin embargo, aunque el régimen de contratación se regule por normas propias del derecho civil y comercial, ello no le resta a sus contratos el carácter de públicos, pues su configuración surge desde el criterio orgánico, según el cual un contrato es estatal siempre que alguna de sus partes sea una entidad pública, por lo cual, no es relevante que el régimen de contratación, tan solo se requiere que acuda la administración por cualquiera de sus representaciones y tendrá la calidad de contrato (Canal-Silva, 2016).

En este sentido, el Consejo de Estado indicó que la naturaleza de un contrato no está supeditada al régimen jurídico que lo regula, pues según el criterio orgánico, el contrato es estatal si quien lo celebra es una entidad pública, así, la configuración de esa calidad se debe por a la naturaleza de quien lo celebre (Consejo de Estado. Rad. 85001-23-31-000-2000-00198-01(20968)/2012. C.P. M. Fajardo), así, la configuración

de un contrato se da por el régimen jurídico de la entidad que suscribe, más no por el régimen de contratación.

Por otra parte, desde un concepto operativo, el contrato estatal es el mecanismo primordial para la consecución de los objetivos del Estado, es decir, corresponde al instrumento base para cumplir con los fines estatales y garantizar el interés general ligado al Estado Social de Derecho (Santofimio, 2009), en relación con este último, se estima el principio más relevante en materia de contratación, ya que orienta toda la actividad contractual del Estado y justifica las razones de los actos propios que en el marco de esta actividad se desarrollan (Chaves-Villada, 2015).

Ahora, en lo que se refiere a las universidades públicas, su regulación se encuentra en la Ley 30 de 1992 y, su naturaleza las hace parte de las instituciones del Estado, de tal manera y según el criterio orgánico, los contratos son de carácter público, además que surgen como la forma para brindar educación a la sociedad, materializando un derecho y servicio público,

## **2.1. LA AUTONOMÍA UNIVERSITARIA Y EL RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN**

Las universidades gozan de la autonomía para tomar decisiones de manera interna conforme a su regulación, dado que tienen la facultad de expedir diferentes normas para su funcionamiento en las diferentes formas que así lo considere, pero la autonomía universitaria no es absoluta, pues debe ser acorde con los postulados

constitucionales, pues todos las entidades que conformes el Estado, a pesar de ser autónomos, deben actuar en consonancia con lo establecido por la Constitución y la ley (Salcedo, 2005).

Las universidades públicas no cuentan con una autorización expresa para incorporar en los contratos las cláusulas excepcionales, pero a través de sus manuales de contratación han establecido la necesidad de tener la facultad de hacer uso de dichas potestades, con el fin de garantizar el cumplimiento de los contratos que celebran, asegurando la adecuada prestación del servicio público de la educación superior, contribuyendo al cumplimiento de las fines del estado.

Para el caso de las universidades se podría asimilar lo que sucede con el régimen de contratación de las empresas sociales del Estado, de tal forma que se aplique de manera discrecional las cláusulas excepcionales, cuando estas lo consideren pertinente para garantizar la ejecución de un contrato estatal, esta discrecionalidad hace referencia a la potestad de la entidad de decidir si incorpora o no las cláusulas excepcionales establecidas en la Ley 80 de 1993, conforme los postulados establecidos en la norma y en procura de la protección del interés general.

Es importante indicar que la discrecionalidad no facultaría a la universidades públicas para ampliar el espectro de aplicación de las cláusulas excepcionales o modificar su regulación en aspectos como la creación de potestades adicionales, como

hacerlas efectivas en otros contratos en los cuales no están permitidos y el aumento de las causales para su imposición, pues ello, solo es facultad exclusiva del legislador.

Por otra parte, la discrecionalidad permitiría que las universidades públicas ejerzan su autonomía al poder gestionar de manera interna, asuntos relevantes en sus procesos de contratación, como la pertinencia de cláusulas excepcionales a determinados contratos, por necesidades en la ejecución del objeto contractual, la prestación del servicio que la Universidad debe garantizar y el cumplimiento de los fines constitucionales.

En el momento que las Universidades contaran con la facultad de decidir discrecionalmente si incorporan o no, en determinado contrato las cláusulas excepcionales, a diferencia de la prohibición actual de no hacer uso de estas potestades, ejercerían plenamente su autonomía; la cual está limitada por la Constitución, la ley, y el servicio público de la educación superior (Villamil, 2005), pues la autonomía universitaria además de los aspectos académicos, implica asuntos administrativos, lo cual fortalece la independencia de la misma, de manera que estas entidades pueden tomar sus propias decisiones; siendo la autonomía universitaria indispensable para el cumplimiento de las obligaciones en materia educativa (Consejo de Estado, Rad. 1906/2008. C.P. G. Aponte, 2008).

La seguridad que generan las cláusulas en los contratos que celebran las entidades, es un garantía frente un eventual incumplimiento que implique la declaratoria de la

caducidad o la necesidad de realizar una terminación, interpretación o modificación unilateral, permitiendo actuar en beneficio del interés que le asista a la universidad y la protección al erario, no obstante, esta facultad no ha sido otorgada a estos entes públicos, estando prohibida el uso de las cláusulas excepcionales en el régimen de contratación de las universidades públicas.

Así las cosas, que las instituciones públicas de educación superior ostentes estas potestades, no limita su autonomía, sino que permite una mejor ejecución de sus actividades, tendientes a satisfacer el servicio público de educación, el cual ostenta un interés general y cuya prestación efectiva permite la consecución de los derechos de cada una de las personas, como progresivo desarrollo de la sociedad.

## **2.2. APLICACIÓN DE LAS CLÁUSULAS EXCEPCIONALES EN EL RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN DE LAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS**

El aspecto más característico de las cláusulas excepcionales hace referencia a las facultades que ejercen a través de decisiones unilaterales de la entidad, en el marco del debido proceso y procedimiento previsto en la ley, como se establece en el Estatuto General de la Contratación pública, pues fueron previstas las causales de procedencia y su declaratoria será a través de acto administrativo motivado (Ley 80/1993, Art. 14), sin olvidar que el Estatuto Anticorrupción estableció el procedimiento para la declaratoria de incumplimiento e imposición de sanciones pactadas en el contrato, como la caducidad del contrato (Ley 1474/2011).

Las entidades públicas en la ejecución de un contrato y previa su inclusión, considera que es necesario ejercer alguna de las potestades excepcionales, previo el cumplimiento del procedimiento establecido en la norma, puede declarar la misma de la manera más rápida posible, evitando la afectación del servicio público y garantizando la satisfacción del interés general.

No obstante lo anterior, en aquellas entidades cuyo régimen de contratación es exceptuado al Estatuto General a pesar que ocurren circunstancias que amenacen con la paralización o grave afectación del servicio público que se presta, no podrán ejercer acciones expeditas y eficaces, pues requerirán ejecutar otro tipo de actuaciones que no logren el propósito inicial y, deberán acudir ante el juez de lo contencioso administrativo, para que luego de un largo proceso judicial, realice las declaraciones correspondientes.

Cuando la entidad tiene autorización legal para declarar las cláusulas excepcionales, estas potestades son irrenunciables y la entidad no puede dejar de ejercerlas si la situación en particular lo requiere, por lo cual, le está prohibido dirigirse al juez para que declare derechos, obligaciones, sanciones o hechos que la misma entidad pudo hacer de forma unilateral en sede administrativa, siendo más expedito que acudir a los medios de control judicial (Benavides, 2006).

El hecho que una entidad deba acudir al juez para la solucionar todos los asuntos relacionados con la contratación estatal, implica grandes dilaciones para poder concluir la ejecución del objeto contractual, dirigido a la prestación del servicio público, más, cuando los procesos contencioso administrativos son de larga duración, no solo por los términos establecidos, sino también por los problemas de la congestión judicial, respecto de las acciones judiciales respecto a la capacidad de los operadores jurídicos para resolver de forma oportuna las mismas (Torres-Calderón, 2002).

Las universidades públicas no puedan solucionar de manera rápida situaciones contractuales, que se podrían solventar con la aplicación unilateral de las cláusulas excepcionales en sede administrativa, este panorama indica claramente que la no aplicación de las cláusulas excepcionales en el régimen de contratación de estas entidades impide que la función administrativa sea eficiente, en detrimento de la satisfacción del interés general.

Por otra parte, respecto a la incidencia de los contratos en la administración, es importante resaltar la eficacia que deben tener, dado que complementa el principio de legalidad, por tanto, la eficacia no puede percibirse como la renuncia al sometimiento de la ley, y este no puede admitir requerimientos que imposibiliten un gestión eficaz (Sierra & Flores, 2017).

De acuerdo a lo anterior, para que las universidades públicas puedan realizar una gestión contractual eficiente, requieren resolver los asuntos con la mayor celeridad

posible, situación que sería posible con el ejercicio de las cláusulas excepcionales, pero estas entidades no cuentan con la autorización legal para ejercer las mismas, no pueden en procura de no transgredir el principio de legalidad, pues el legislador es quien establece los mecanismos o potestades, que permitan a las instituciones de educación superior resolver los asuntos contractuales con celeridad y por ende, desarrollar una gestión, en la cual se obedezcan los principios de legalidad y de eficacia.

Por otra parte, debido a que los recursos ejecutados por las Universidades son recursos públicos, es necesario que estas entidades cuenten con una adecuada gestión fiscal, en procura de garantizar la correcta inversión del erario, consistente en las diferentes actuaciones que realizan las entidades para adquirir, integrar, conservar, explotar, afectar, intervenir o disponer de los recursos públicos con el objetivo de prestar los servicios públicos y cumplir con las finalidades estatales, conforme los principios de legalidad, eficacia, eficiencia, economía, entre otros (Restrepo-Medina, 2010).

Lo anterior se expresa, cuando las universidades públicas durante la ejecución de un contrato presentan situaciones que amenazan la paralización o grave afectación del servicio público a su cargo, poniendo en riesgo la inversión de los recursos públicos y, la gestión fiscal de estas entidades se torna inadecuada, lo que limita el cumplimiento de los fines del Estado.

Por último, es importante considerar que el legislador debe hacer un análisis de proporcionalidad entre los múltiples beneficios de autorizar a las universidades públicas el uso discrecional de las cláusulas excepcionales, en aquellos casos en los cuales la ejecución del contrato esté íntimamente relacionada con la prestación del servicio público de la educación superior, como la medida más adecuada para salvaguardar el interés general y lograr la consecución del objeto contractual.

## CONCLUSIONES

El estado ha dispuesto el contrato como mecanismo idóneo para alcanzar sus objetivos y satisfacer las necesidades que demande la sociedad, logrando suplir cualquier necesidad que se presente, pero además, permite la prestación permanente y efectiva de los servicios públicos, por ello, todas las entidades emplean este medio para la consecución de sus deberes constitucionales, siendo la única manera de materializar sus actividades, sin importar la modalidad, requisitos y celebración del acuerdo de voluntades, pues ello desencadena en el contrato público.

El contrato permite ejecutar el presupuesto de cada entidad, con la rigurosidad y condicionamiento para cada asunto en particular, existiendo diferentes exigencias que varían conforme a la necesidad, lo cual tiene razón de ser por la naturaleza del dinero y la obligación que le existe al ordenador para que lo utilice de la mejor manera, ajustado a los presupuestos legales y constitucionales, de tal forma que el deber de control y vigilancia sobre los recursos persiste luego de celebrado el contrato.

En consideración a la guarda por erario, la legislación previó diferentes formas de controlar la adecuada ejecución, que dependiendo el caso conllevará la asignación de supervisión, o interventoría para otros temas de mayor complejidad, con el fin de brindar herramientas al nominador de la entidad, para ejercer control de la ejecución del contrato, pero en caso de existir alguna situación que afecte el devenir previsto para

la ejecución del contrato, la administración pueda tomar las medidas oportunas y efectivas para proteger los recursos públicos asignados para la actividad contratada.

Por lo anterior, el legislador previó de las facultades extraordinarias o cláusulas exorbitantes, para efectos que las entidades públicas contaran con las herramientas suficientes, expeditas y eficaces para lograr la satisfacción de la necesidad establecida en el objeto contractual, de tal manera que la administración tiene a su disposición la potestad de aplicar estos medios a los contratos dispuestos por el legislador, pues en caso que se establezcan a otra tipología contractual, su aplicación será nula de pleno derecho, por no ser acorde al ordenamiento jurídico.

En lo que corresponde a las universidades públicas la procedencia de estas cláusulas quedan restringidas, puesto que el legislador no estableció su procedencia para el ejercicio administrativo de las instituciones educativas, situación que limita de manera considerable la protección por el interés general y recursos públicos, sin tener en consideración la incidencia de estas entidades en las diferentes regiones, pues en muchos casos, las universidades ostentan uno de los presupuestos más altos de todo el Departamento y tiene un gran número de contratos para suplir la necesidad que le asiste a la población estudiantil y sociedad en general.

Desde la anterior consideración, se aprecia que las universidades logran ejecutar un presupuesto considerable, lo que permite celebrar contratos que implican una destinación económica gigantesca, situación que genera una gran responsabilidad,

tanto para celebrarlo como para ejercer la vigilancia y control del acuerdo suscrito, sin embargo, en los eventos que se genere una afectación a la ejecución del contrato, las facultades excepciones no podrán ser la forma para solventar la emergencia que presenta la institución, quedando en trámite de otros medios que afectarán suplir la necesidad de manera efectiva.

Las universidades cuentan con régimen especial en consideración a la importancia e incidencia de su actividad en las necesidades de la sociedad, la prestación de la educación superior es un tema que implica la configuración de múltiples situaciones que genera interés constitucional, pues su naturaleza de derecho le permite tener una transversalidad en todas las áreas de la sociedad y de la persona.

Por otra parte, el legislador con base en sus competencias constitucionales autorizó la aplicación de las cláusulas excepcionales en los régimen especiales de contratación de las empresas sociales del Estado, las empresas de servicios públicos domiciliarios y las empresas públicas que prestan el servicio de electricidad, en aquellos contratos que se encuentran ligados a la prestación del servicio público a cargo de estas entidades, en consideración a la naturaleza de las entidades y su actividad.

Ahora bien, la aplicación de las cláusulas excepcionales en el régimen de contratación de las universidades públicas encuentra justificación en aspectos relevantes como son la calidad de estatales de los contratos celebrados por estas entidades, los cuales están dirigidos a garantizar el interés general, la ampliación del

ejercicio de su autonomía en materia de contratación en el marco del poder discrecional desde los límites previstos en el ordenamiento jurídico y que sin duda es una herramienta efectiva para salvaguardar el servicio público de la educación superior, el cual está relacionado con la consecución de los fines constitucionales.

Así las cosas, se justifica la aplicación de las cláusulas excepcionales por parte de las universidades públicas, dado que estas potestades conllevan a la toma de decisiones con celeridad garantizando la adecuada prestación del servicio, además, el ejercicio de estas potestades permite que los asuntos contractuales de estas entidades se desarrollen de forma eficiente, de tal manera que el uso de las cláusulas excepcionales, en aquellos contratos relacionados directamente con la prestación del servicio de la educación superior, y cuyo cumplimiento este dirigido al logro de las finalidades estatales, tiene razón de procedencia y permitiría un control más efectivo frente a los incumplimientos en los contratos.

## BIBLIOGRAFÍA

- Ballesteros, C. (2013). *El régimen contractual de las empresas sociales del Estado*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Benavides, J. (2004). *El contrato estatal*. Bogotá: Universidad Externado.
- Benavides, J. (2006). Contencioso contractual en Colombia, flexibilidad del control e inestabilidad del contrato. *Revista Derecho del Estado*(18), 183-212.
- Betancur, G., Londoño, C., & Munera, M. (2017). Las cláusulas excepcionales en la contratación estatal. *Revista Nuevo Derecho*, 13(21), 1-31.
- Betancurt, M. (2008). La multa y la clausula penal como cláusulas excepcionales impuestas en los contratos estatales por la administración de manera unilateral. *Iter Ad Veritatem*, 53-65.
- Canal-Silva, M. (2016). La aplicación del principio del equilibrio económico a contratos estatales sometidos al régimen normativo del derecho privado. *Revista digital de Derecho Administrativo*, 15, 143-161.
- Castellanos, E., & Santos, S. (2014). Análisis de la aplicación de las cláusulas exorbitantes en los regímenes especiales de contratación estatal – caso ley 142 de 1994. *Hipótesis Libre*, 8, 1-35.
- Chaves-Villada, J. (2015). El desarrollo del debido proceso en las actuaciones administrativas para la formación de contratos estatales. *Vniversitas*, 130, 91-134.
- Consejo de Estado, Rad. 1293/2000. C.P. L. Osorio (Consejo de Estado 14 de Diciembre de 2000).

Consejo de Estado, Rad. 1906/2008. C.P. G. Aponte (Consejo de Estado 31 de Julio de 2008).

Consejo de Estado, Rad. 23001-23-31-000-2000-02857-01(24697)/2013. C.P. E. Gil (Consejo de Estado 24 de Octubre de 2013).

Consejo de Estado, Rad. 25000-23-26-000-1990-6904-01(12342)/2004. C.P. R. Saavedra (Consejo de Estado 19 de Agosto de 2004).

Consejo de Estado. Rad. 05001-23-26-000-1992-00117-01(18394)/2010. C.P. R. Correa (Consejo de Estado 17 de Marzo de 2010).

Consejo de Estado. Rad. 68001-23-15-000-2002-00265-01(31430)/2016. C.P. D. Betancourth (Consejo de Estado 02 de Mayo de 2016).

Consejo de Estado. Rad. 76001-23-31-000-1999-02622-01(24996)/2013. C.P. M. Fajardo (Consejo de Estado 13 de Febrero de 2013).

Consejo de Estado. Rad. 85001-23-31-000-2000-00198-01(20968)/2012. C.P. M. Fajardo (Consejo de Estado 09 de Mayo de 2012).

Constitución Política de Colombia (Asamblea Nacional Constituyente 04 de Julio de 1991).

Corte Constitucional, C-066/1997, M.P. F. Moron (Corte Constitucional 11 de Febrero de 1997).

Corte Constitucional, C-400/1999, M.P. V. Naranjo (Corte Constitucional 02 de Junio de 1999).

Corte Constitucional, C-620/2012, M.P. J. Pretelt (Corte Constitucional 09 de Agosto de 2012).

- Galvis, O. (2005). Empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios: Régimen objetivo, subjetivo y jurisdicción competente para conocer sus actos y contratos. *Revista de Derecho Privado*(35), 231-271.
- Güechá, C. (2011). Los atributos de los actos administrativos unilaterales, son aplicables a los contratos administrativos. *Diálogos del Saber*, 34, 227-237.
- Güechá, C. (2014). Inexistencia de las cláusulas exorbitantes en la contratación estatal. *Principia Iuris*, 83-94.
- Güechá, J. (2018). *La garantía del equilibrio económico y financiero en los contratos estatales ante el ejercicio de las cláusulas excepcionales*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Hernández, A. (2009). La liquidación del contrato estatal. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 1, 1-15.
- Jiménez, J., & Pérez, D. (2018). De la violación al principio non bis in idem en la aplicación de multas en supuestos donde hay cláusulas de descuento por indicadores de calidad en los contratos estatales. *Revista digital de derecho administrativo*, 20, 241-265.
- Jouve, A. (2002). Temporalidad de la caducidad. *Estudios Socio-Jurídicos*, 4(2), 154-178.
- Ley 100/1993 (Congreso de Colombia 23 de Diciembre de 1993).
- Ley 142/1994 (Congreso de Colombia 11 de Julio de 1994).
- Ley 143/1994 (Congreso de Colombia 11 de Julio de 1994).
- Ley 1474/2011 (Congreso de Colombia 12 de Julio de 2011).
- Ley 1523/2012 (Congreso de Colombia 24 de Abril de 2012).

Ley 80/1993 (Congreso de Colombia 28 de Octubre de 1993).

Matallana, E. (2015). *Manual de contratación de la Administración Pública*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Morales, C. (2012). *Sanciones pecuniarias en la contratación estatal*. Bogotá: Universidad del Rosario.

Osorio, N. (2013). Las cláusulas excepcionales en la actividad contractual de la administración pública: ¿autonomía de la voluntad o imposición del legislador? *Revista digital de derecho administrativo*, 10, 95-108.

Palacio, J. (2006). Régimen contractual colombiano de las empresas de servicios públicos domiciliarios mixta. *Prolegómenos. Derechos y Valores*, IX(18), 13-32.

Palacio, J., Muñoz, Z., Castro, H., García, J., & Sandoval, J. (2006). Hacia la definición de un modelo jurídico especial para los contratos de los servicios públicos. *Prolegómenos. Derechos y Valores*, IX(17), 35-47.

Restrepo-Medina, M. (2010). Responsabilidad fiscal. *Revista Estudios Socio Jurídicos*, 3(2), 75-95.

Salcedo, V. (2005). Alcance de Las leyes 734 de 2002 y 80 de 1993 frente la actividad especial de los entes autónomos. Connotaciones en el control Disciplinario y Fiscal. *UIS-Humanidades*, 35(2), 74-81.

Santofimio, J. (2009). El carácter conmutativo y por regla general sinalagmático del contrato estatal y sus efectos respecto de la previsibilidad del riesgo y del mantenimiento de su equilibrio económico. *Revista digital de derecho administrativo*(1), 1-57.

- Sierra, E., & Flores, A. (2017). *El principio de eficacia administrativa como criterio complementario del principio de legalidad en el Derecho administrativo*. Toluca:: Universidad Autónoma del Estado de México.
- Torres-Calderón, L. (2002). Reflexiones sobre la congestión judicial en la Jurisdicción de lo contencioso administrativo colombiana. *Revista Estudios Socio Jurídicos*, 4(1), 130-142.
- Villamil, C. (2005). Alcance de la autonomía universitaria en Colombia, 1980-2002. Una reflexión desde la evolución legislativa y jurisprudencial. En P. Gentili, & B. Levy, *Espacio público y privatización del conocimiento. Estudios sobre políticas universitarias en América Latina* (págs. 205-257). Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales.