

**LA LIBERTAD PARA CONTRATAR FRENTE A LAS CLAUSULAS EXORBITANTES
O EXCEPCIONALES EN CONTRATACIÓN ESTATAL**

Laura Muñoz Salazar

Reina María Giraldo Jiménez

Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Uniremington

Derecho

20 de enero de 2022

LA LIBERTAD PARA CONTRATAR FRENTE A LAS CLAUSULAS EXORBITANTES O EXCEPCIONALES EN CONTRATACIÓN ESTATAL¹

I. INTRODUCCIÓN

Durante la realización del seminario marco general de la contratación estatal, se desarrollaron temáticas de teoría general del contrato, formación y perfeccionamiento del contrato estatal, marco legal del contrato estatal, regulación contractual de las entidades de economía mixta y entre otros temas que han sido fundamentales en la ampliación del conocimiento en contratación estatal, de este modo y dando alcance al resultado de dicho seminario a través de informe, se toma como enfoque para el informe del seminario la recopilación de algunos planteamientos de la normatividad en cuanto a las cláusulas exorbitantes y la libertad para contratar en relación a la igualdad contractual.

En la contratación estatal al hacer referencia a la libertad para contratar no solo nos referimos como lo es en la contratación entre privados a unas condiciones iguales para ambas partes, sino que también se plantea el interés general que prevalece ante el interés particular, además, es importante tener en cuenta las consecuencias del incumplimiento de un contrato estatal en concordancia con el cumplimiento de los fines del estado.

Las cláusulas exorbitantes podrían llegar a verse como una condición desigual del particular frente al estado, pero al interpretar el fin que buscaba el legislador, este estaría enfocado en blindar al Estado frente a los incumplimientos del contratista de modo que no se vea afectado el patrimonio público, la satisfacción de las necesidades del pueblo, en la búsqueda de que la contratación como tal llegue al fin para el cual fue concebida desde la administración pública.

Es importante también agregar que el particular tiene la libertad de contratar o no contratar, y a través de ella el contrato que realiza con la entidad estatal a pesar de tener cláusulas exorbitantes en algunos de los casos, el contratista tiene la opción de contratar o no, de revisar si la propuesta le es conveniente para el fin económico que el particular busca.

El referente teórico utilizado en este informe es la exposición que realiza la Corte Constitucional, (9 de agosto de 2012) Sentencia C-620 de 2012. [MP: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub], en esa providencia la Corte Constitucional se pronuncia indicando que: "...Las cláusulas exorbitantes son prerrogativas derivadas del poder público de la Administración pública y que no podrían aplicarse en un contrato de derecho privado [129]. Estas cláusulas se derivan fundamentalmente de la presencia del interés público en los contratos estatales y de la especial naturaleza de los mismos, permitiendo a la entidad ejercer determinadas prerrogativas que no podrían aplicarse en una relación contractual de carácter privado [130]".

¹ Laura Muñoz Salazar y Reina María Giraldo Jiménez. Estudiantes de quinto semestre Derecho, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Uniremington. Correo electrónico laura.muñoz.2175@miremington.edu.co y reina.giraldo.2771@miremington.edu.co.

La anterior posición de la Corporación se plantea como una de las bases para el enfoque y desarrollo de este escrito, ya que en base a este precepto se fundamenta búsqueda de información y las conclusiones que se presenten en este informe.

II. LIBERTAD PARA CONTRATAR

1. concepto

La libertad para contratar se refiere a la posibilidad que tiene una persona natural o jurídica de obligarse, de adquirir determinados compromisos desde su propio arbitrio, en este sentido analiza los pre pliegos, se presenta en el proceso de selección contractual y si es seleccionado podría adquirir los compromiso y obligaciones que de este surjan.

Lo anterior, está respaldado en la Constitución Política de Colombia para la garantía de las libertades individuales que es fundamental en el Estado social de derecho, lo que se puede encontrar en el preámbulo y artículo 13 Constitución Política de Colombia.

En este sentido y frente al objetivo de este informe, esta libertad no se limita de forma directa con la contratación con entidades públicas, pero si es importante resaltar que la contratación estatal está regulada por una normatividad específica, donde el interés general toma relevancia, lo que conlleva a entender que a pesar de que no se puedan discutir ciertas cláusulas que ya están predeterminadas por la ley, si se tiene la posibilidad de analizar la propuesta y determinar si ésta es conveniente para el contratista y podría llegar a comprometerse con dicha contratación.

Continuando con el tema, teniendo en cuenta lo planteado por (Hinestrosa Forero 2014) se resalta la importancia de poder escoger la parte, de realizar los pactos, llegar al acuerdo entre las partes a través del contrato. También encontramos el planteamiento de que la autonomía privada es el poder de darse a sí mismo normas, lo anterior en el entendido de las relaciones contractuales con otros. Así mismo, (Hinestrosa Forero 2014) plantea las dimensiones de la autonomía privada entre las cuales encontramos la libertad de contratar o no y de escoger parte, de lo anterior, resaltamos la relación con el concepto de negocio jurídico del que también se viene tratando y el de autonomía privada y su importancia en el tema que se desarrolla en este informe.

De este modo, es importante en este informe, lo planteado por la Corte Constitucional, (11 de diciembre de 2013) Sentencia C-934 de 2013. [MP: Nilson Pinilla Pinilla], donde plantea que “la autonomía de la voluntad privada se mantiene como regla general, pero con restricciones o excepciones por causa del interés social o público y el respeto de los derechos fundamentales derivados de la dignidad humana.” Y “La autonomía de la voluntad privada y, como consecuencia de ella, la libertad contractual goza entonces de garantía constitucional. Sin embargo, como en múltiples providencias esta Corporación lo ha señalado, aquellas libertades están sometidas a condiciones y límites que le son impuestos, también constitucionalmente, por las exigencias propias del Estado social, el interés público y por el respeto de los derechos fundamentales de otras personas.” [6]”

Lo anterior, reafirma la prevalencia del interés general con los límites que son impuestos constitucionalmente y la relevancia de la administración pública en el cumplimiento de los fines del Estado.

En la misma línea se hace importante destacar lo señalado por la Corte Constitucional (Junio 23 DE 1993) sentencia T-240 de 1993 [MP: Eduardo Cifuentes Muñoz], en la de la en la Sentencia donde planteó: “La libertad contractual si bien permite a la persona tomar decisiones en el mercado y ejecutarlas, no puede ser arbitraria, pues como toda libertad está gobernada por el marco axiológico de la Constitución que incorpora como principio basilar el de la solidaridad social y la prevalencia del interés general...”.

Este pronunciamiento de la Corte Constitucional también se suma a lo que se ha venido planteando en otras sentencias y revistas de derecho, lo que va de acuerdo a la posición de las autoras de este informe.

2. Etapa precontractual

En contratación estatal la etapa precontractual inicia con la elaboración y aprobación de los estudios y documentos previos, haciendo esta parte de la etapa de planeación de la contratación para la satisfacción de una necesidad Estatal de un suministro o un servicio, por ejemplo.

En contratación pública la libertad para contratar o no contratar hace referencia a la relación entre una entidad Estatal y un particular o entre dos entidades Estatales. En ambos casos encontramos que las partes se relacionan en un proceso de concertación de un negocio jurídico, una oferta dentro de la etapa inicial de contratación con la cual se busca la satisfacción de una necesidad de interés público del Estado en el cumplimiento de sus fines a través de su contratación.

Esta etapa inicial precontractual se consolida con el acuerdo de las partes pasando a la suscripción y perfeccionamiento del contrato estatal. En este sentido, la entidad estatal debe tener en cuenta las cláusulas exorbitantes o excepcionales en su relación con un contratista particular, lo que podría verse como una relación desigual y donde una de las partes tiene una posición ventajosa que para este caso sería el Estado como contratante.

III. CLÁUSULAS EXCEPCIONALES O EXORBITANTES

1. Concepto

En ponencia de la Corte Constitucional, (7 de octubre de 2009) Sentencia C-713 de 2009. [MP: María Victoria Calle Correa], plantea la Magistrada Ponente que el Congreso tiene la libertad para regular los aspectos más significativos de la contratación pública entre ellos las cláusulas excepcionales y que se desarrolla teniendo en cuenta la razonabilidad y proporcionalidad en concordancia con los parámetros constitucionales.

Las cláusulas exorbitantes (Osorio Moreno 2013) “poderes derivados de la exorbitancia reconocida a la administración pública, en el ejercicio de su función administrativa, con el fin de salvaguardar el interés público o garantizar el cumplimiento de las finalidades del Estado” siguiendo en esta línea y para profundizar en el entendimiento de las cláusulas exorbitantes, (Güechá Medina 2006), en cuanto al término “cláusulas excepcionales estamos haciendo mención a que no es usual encontrarlas en el derecho privado, aunque en algunos contratos de naturaleza especial se

presentan. y exorbitante porque se convierten en verdaderos poderes unilaterales de la Administración”.

Es así, como a pesar de ciertas posiciones en las cuales se plantea como arbitrariedad respecto a las cláusulas excepcionales éstas se encuentran debidamente amparadas y reglamentadas en la ley 80 de 1993 y son herramientas propias de la administración pública para la contratación.

2. La libertad para contratar frente a las cláusulas exorbitantes

Cuando se habla de cláusulas exorbitantes de cierto modo se rompe el equilibrio natural respecto de la contratación con particulares, estas potestades, que son llamadas así porque se pueden entender estipuladas sin estar expresas, además, las desarrolla la administración pública sin acudir a la jurisdicción contenciosa administrativa.

Según lo consultado en algunos contratos administrativos se cuenta con dos tipos de cláusulas, (Güechá Medina 2006) unas son las que se dan a partir del acuerdo de las partes y otras son las que provienen de la ley (en este caso las cláusulas exorbitantes). De este modo, se observa que la contratación pública tiene unas particularidades que le son propias y le diferencian del derecho privado, características que se desarrollan cuando el Estado actúa como contratante frente a un particular.

De lo expresado por (Güechá Medina 2006) es llamativa la posición donde expone que “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 misma, ya que se encuentran previstas en norma expresa, y se determinan con anterioridad al contrato”. Dicha afirmación, demuestra lo que se plantea como el desequilibrio natural que se genera por las cláusulas exorbitantes que se incluyen por mandamiento legal al contratar con la administración pública; mas no sería para concepto de las autoras una arbitrariedad, es una forma de blindar la administración pública en el cumplimiento de sus fines.

En ponencia de la Corte Constitucional, (7 de octubre de 2009) Sentencia C-713 de 2009. [MP: María Victoria Calle Correa], se plantean dos aspectos que queremos resaltar frente al análisis que venimos realizando donde se visualiza como el interés general es determinante en las actuaciones de la administración pública y donde la contratación estatal es un instrumento para cumplir los fines del Estado. Se plantea en dicha sentencia en este sentido: “El fin de la contratación pública en el Estado Social de Derecho está directamente asociado al cumplimiento del interés general, puesto que el contrato público es uno de aquellos instrumentos jurídicos de los que se vale el Estado para cumplir sus finalidades, hacer efectivos los deberes públicos y prestar los servicios a su cargo, con la colaboración de los particulares a quienes corresponde ejecutar, a nombre de la administración, las tareas acordadas. Y “es innegable el carácter instrumental que ostenta el contrato estatal, puesto que no es un fin en sí mismo sino un medio para la consecución de los altos objetivos del Estado”.

IV. CONCLUSIONES:

- Para las autoras, las cláusulas exorbitantes o excepcionales a pesar de que podrían llegar a verse como una imposición y que generan una posición ventajosa para una de las partes, representan una herramienta en la contratación estatal en el cumplimiento de los fines del Estado.
- Si el contratista actúa de buena fe y desarrolla una adecuada ejecución del contrato no tendría por qué cuestionar la igualdad de las partes por la inclusión de estas cláusulas potestativas del Estado en el proceso de contratación estatal.
- Desde un punto de vista totalmente privado podría verse que las cláusulas excepcionales son una imposición y un favorecimiento al contratante en este caso el Estado, pero después de todo lo analizado se encuentra que prima el interés general sobre el particular y que mientras el contratista cumpla el objeto del contrato y los tiempos pactados no habría inconveniente, ya que estas cláusulas no tendrían que ejecutarse.
- La libertad de las partes para contratar respecto de los contratos que incluyen cláusulas exorbitantes, para nuestro concepto está garantizada, ya que el contratista actúa libremente al analizar la convocatoria y a la vez decide libremente si presenta la oferta en el proceso de prestación del servicio y/o suministro del bien.
- Respecto al análisis de la relación contractual en igualdad de condiciones, después de analizar el tema no se observa vulneración en este sentido, debido a que las cláusulas excepcionales buscan blindar a la administración pública de incumplimientos u obstáculos para el cumplimiento de los fines del Estado a través de la contratación que se desarrolla.
- Las diferentes fuentes de información que han sido consultadas como la observancia de la Constitución Política, donde se encuentra plasmada la garantía de las libertades individuales como fundamental en el Estado social de derecho; y si a su vez tenemos en cuenta que prima el interés general sobre el particular y se trae a colación la relevancia del cumplimiento de los fines de Estado como tarea encomendada a la administración pública, Osorio Moreno (2013). se consolida la posición de que las cláusulas excepcionales, están concebidas para salvaguardar el interés público y garantizar el cumplimiento de los fines del Estado. Y si además de lo anterior, las cláusulas están contempladas de forma taxativa en la ley 80 de 1993, al poner este panorama frente a la libertad para contratar no se vislumbra que éstas generen una posición desigual para una de las partes, sino que busca blindar a la administración pública ante los incumplimientos que un particular pueda generar en el proceso contractual. Además, de que cuando el contratista desarrolla de la forma convenida la contratación además de recibir un beneficio económico, contribuye de al cumplimiento de los fines del Estado.

V. BIBLIOGRAFIA

Constitución Política de Colombia.

Congreso de Colombia. (28 de octubre de 1993) Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. [Ley 80 de 1993]. DO: 41.094.

Congreso de Colombia. (16 de julio de 2007) Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos. [Ley 1150 de 2007]. DO: 46.691

Código civil de los Estados Unidos de Colombia, 1873.

Corte Constitucional, (9 de agosto de 2012) Sentencia C-620 de 2012. [MP: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub]

Corte Constitucional, (7 de octubre de 2009) Sentencia C-713 de 2009. [MP: María Victoria Calle Correa]

Corte Constitucional, (11 de diciembre de 2013) Sentencia C-934 de 2013. [MP: Nilson Pinilla Pinilla]

Corte Constitucional, (23 junio de 1993) Sentencia T-240 de 1993. [MP: Eduardo Cifuentes Muñoz]

Hinestrosa, F. (2014). “Función, límites y cargas de la autonomía privada”, Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia, n.º 26, pp. 5-39. Recuperado de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/3794/4033>

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 No 10. Bogotá Universidad externado de Colombia. Recuperado de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/3687/3815>

Güechá C. (2006) “Falacia de las cláusulas exorbitantes en la contratación estatal”. Revista Opinión Jurídica doctor. Recuperado de http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1692-25302006000200002#:~:text=Las%20cl%C3%A1usulas%20exorbitantes%20constituyen%20la,que%20le%20permiten%20desarrollar%20ciertas