

Primera parte

Doctrina y Jurisprudencia



Revista de la Academia
Colombiana de Jurisprudencia
enero-junio, 2024

LÍNEA JURISPRUDENCIAL DEL CONSEJO DE ESTADO SOBRE POTESTADES Y AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN CONTRATOS ESTATALES DE REGÍMENES ESPECIALES

Gonzalo Suárez Beltrán*
Académico de número

Resumen: El texto aborda la distinción entre dos tipos de contratos estatales: aquellos regidos por el Estatuto General de Contratación (EGC) y aquellos enmarcados en regímenes especiales de derecho privado, a propósito del pacto y ejercicio de facultades unilaterales para la administración. El artículo pretende examinar la jurisprudencia del Consejo de Estado los cada vez más frecuentes pactos de cláusulas que habilitan la unilateralidad a favor de la administración, invocando el principio de autonomía de la voluntad y sin una norma explícita que los consagre como potestad. A criterio del autor, esta nueva línea jurisprudencial no ha sido del todo consistente, para lo que ofrece una comparación entre diversos fallos sobre el particular, a fin de colocar sobre la mesa la necesidad de una unificación jurisprudencial que evite confusiones y dificultades para la aplicación de las normas jurídicas en un campo de gran utilización.

Palabras clave: contratos estatales; Estatuto General de Contratación; regímenes especiales de derecho privado; potestades; derecho administrativo; jurisdicción contenciosa; facultades unilaterales en contratos de derecho privado de la administración.

* Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana, Especialista en Derecho Constitucional y Ciencia Política del Centro de Estudios Constitucionales de Madrid, en Derechos Humanos de la Universidad Complutense de Madrid, MSc. In Politics of Development del The London School of Economics. Profesor PUJ (pregrado y maestría) y Universidad del Rosario (maestría). Profesor de Derecho Administrativo. Conjuez Sección III Consejo de Estado de Colombia (2019-2024). Doctrinante.
Contacto: gonzalo.suarez@suarezbeltran.com

JURISPRUDENTIAL GUIDELINE OF THE STATE COUNCIL ON POWERS AND AUTONOMY OF WILLINGNESS IN STATE CONTRACTS UNDER SPECIAL REGIMES

Abstract: The text addresses the distinction between two types of state contracts: those governed by the General Contracting Statute (EGC) and those framed in special regimes of private law, regarding the agreement and exercise of unilateral powers for the administration. The article aims to examine the jurisprudence of the State Council, the increasingly frequent clause agreements that enable unilaterality in favor of the administration, invoking the principle of autonomy of the will and without an explicit rule that enshrines them as power. In the author's opinion, this new jurisprudential line has not been entirely consistent, for which he offers a comparison between various rulings on the matter, to place on the table the need for a jurisprudential unification that avoids confusion and difficulties for the application of the legal norms in a field of great use.

Keywords: State contracts; General Contracting Statute; Special Private Law Regimes; powers; Administrative Law; Contentious Jurisdiction; unilateral powers in private law contracts of the administration.

Introducción

Dividiremos nuestro estudio atendiendo a las dos realidades en que hoy se presentan nuestros contratos estatales: los sometidos al imperio de nuestro Estatuto General de Contratación y aquellos enmarcados en regímenes especiales de derecho privado. Con todo, unos y otros se encuentran bajo la jurisdicción contencioso-administrativa a partir del nuevo CPACA (Ley 1437 de 2011).

La antinomia entre potestades y autonomía de la voluntad en los contratos bajo el ámbito de aplicación del Estatuto General de Contratación Pública

Las “potestades” caracterizan al derecho administrativo en general. Nos enseña el gran profesor Juan Carlos Cassagne, que “[la] potestad es un poder de actuación que, ejercitándose de acuerdo con el ordenamiento jurídico puede generar situaciones jurídicas que obliguen a otros sujetos”.¹ En ese sentido, en tanto prerrogativas jurídicas del poder público para pro-

¹ Juan Carlos CASSAGNE. *Teoría del Acto Administrativo* (Bogotá: Editorial Temis, 2013), 79.

teger el interés común, una “potestad” supone el principio de legalidad que la configure y la atribuya, y que, de contera, permita enmarcar el acto administrativo que la ejerza. Digámoslo desde ya: no hay “potestad” sin atribución legal (principio de legalidad), y no hay ejercicio de la misma sin acto administrativo, por lo que la “potestad” no es una simple “unilateralidad” ni encuentra tampoco su explicación en el postulado de la autonomía de la voluntad.

Históricamente, sabemos todos, la presencia de “potestades” explicó la aparición del concepto del contrato “administrativo” y su diferenciación del “contrato de derecho privado de la administración”, dando lugar a que la naciente jurisdicción contenciosa francesa entrase a ejercer control jurisdiccional sobre el primero, en tanto manifestación de “interés público”, pero más que eso, que a partir de ese momento naciera una categoría de contrato con un corazón de derecho público. Esa gestación evoca en los albores del siglo XX al joven Consejo de Estado francés, que vino entonces a incorporar el “contencioso contractual” al ámbito de su jurisdicción, haciendo propia la diferencia entre “actos de imperio” y “actos de gestión” del Estado, lo que lo llevó, en el célebre fallo del 6 de febrero de 1903 en el caso *Terrier*, a explicar que

... corresponde a la jurisprudencia determinar [...] en qué casos estamos en presencia de un servicio público que funciona con sus reglas propias y su carácter administrativo o, por el contrario, de actos que, aunque interesando a la comunidad, toman la forma de gestión privada, entendiéndose así mantenerse exclusivamente en el terreno de las relaciones entre particulares, en las condiciones del derecho privado.

Nacía de esta forma la distinción entre los contratos “administrativos” y los de “derecho privado de la administración”, incorporando a los primeros no tan solo en el ámbito de competencia de la jurisdicción contenciosa, sino, también, conceptualizando la noción de exorbitancia propia del derecho público; pero más que eso, me atrevería a decir, dándoles un lugar en la tarea del ejercicio de la función administrativa y de su control.²

² El Consejo de Estado francés, instituido inicialmente como instancia consultiva por Napoleón en 1800 en la visión de “justicia retenida” que lo caracterizó hasta 1872, habían pasado ya al ejercicio de la función jurisdiccional alrededor del concepto de acto administrativo. Había también para entonces comenzado la magnífica construcción jurisprudencial del régimen de responsabilidad extracontractual del Estado, en cuyo primer eslabón, el icónico Fallo Blanco de

A partir del fallo Terrier se diferenci6 en Francia el “contrato administrativo”, seg6n que usase procedimientos “exorbitantes” al derecho com6n, por oposici6n a la categor6a de “contratos de derecho privado de la administraci6n”, si tal elemento no estaba presente.³ A ese respecto, River6 explica la “exorbitancia” alrededor de la idea de la “derogatoria del derecho com6n”, lo que complementa al decir...⁴

Pero ¿cu6ndo una cl6usula es derogatoria? Es dif6cil responder con certitud, dado que el derecho civil consagra el principio de la libertad contractual, autorizando a las partes a adoptar las cl6usulas m6s variadas. *Son ciertamente derogatorias las cl6usulas que exceden esta libertad y, por lo tanto, insusceptibles de figurar en un contrato entre particulares, como contrarias el orden p6blico.*

Queda all6 planteada la antinomia que a6n pervive entre nosotros, entre potestad y autonom6a de la voluntad: no se tiene contrato sin esta 6ltima, pero ella no explica las potestades, las que sin embargo tienen un espacio propio en los t6rminos de la ley que los consagra. Tampoco explica la autonom6a de la voluntad, el otro gran fen6meno que tipifica el contrato administrativo, que es el tratamiento del equilibrio econ6mico de los contratos. Al respecto, el inolvidable profesor Gaspar Ari6o, al observar un cierto desequilibrio jur6dico en la relaci6n, se pregunt6 en c6lebre op6sculo titulado “El enigma del contrato administrativo”,⁵ si, en realidad, el administrativo era un verdadero contrato, vista la necesaria igualdad que debe presidir la figura en su esencia, para terminar respondi6ndose que lo es, dada la protecci6n que el derecho p6blico da a los derechos patrimoniales

febrero de 1873 (hace 150 a6os, por cierto), se hab6a diferenciado ya el “Estado Poder Pol6tico” del “Estado Poder Civil”.

³ Si bien entonces la caracterizaci6n del contrato de derecho administrativo en Francia naci6 de la mano de la exorbitancia, a6os m6s tarde, en 1956, la jurisprudencia francesa vendr6a a reconocer en el fallo de los esposos Bertin, que un contrato podr6a ser administrativo en tanto su objeto consistiese en la ejecuci6n de un servicio p6blico “... sin que sea necesario buscar si dicho contrato conllevaba cl6usulas exorbitantes al derecho com6n”. Esta precisi6n ensanch6 a su turno el 6mbito de conocimiento de la jurisdicci6n contenciosa, manteniendo la dicotom6a con los contratos de derecho privado, de conocimiento de la jurisdicci6n civil.

⁴ Jean RIVERO, *Derecho administrativo* (Par6s: Dalloz, 2006), 128.

⁵ Gaspar ARI6O, “El enigma del contrato administrativo”, en *Tratado general de los contratos p6blicos*, Juan Carlos Cassagne (Buenos Aires: Editorial La Ley, 2013).

que surgen de los contratos administrativos y que compensa el desbalance que generan las potestades en el evento de su uso, en lo que no dudo en afirmar es un verdadero título de imputación en materia de responsabilidad contractual. Nótese entonces que, en la concepción clásica del contrato de derecho administrativo, la autonomía de la voluntad no explica dos elementos esenciales del mismo: ni las cláusulas exorbitantes o excepcionales ni la institución del equilibrio económico del contrato.

En lo que a nuestro país respecta, mucho antes de que se conceptualizara el contrato administrativo en Colombia, aparecen unilateralidades vinculadas a la protección del interés público. Se tiene una primera mención de la caducidad en el Código Fiscal de 1873, enriquecida por la Ley 53 de 1909, que la consagró como facultad unilateral obligatoria en contratos de obra y en otros pocos, entendiéndola como una por la que “el Ministerio respectivo” podría terminar unilateralmente el contrato ante el incumplimiento del contratista. Se exigía, así mismo, el pacto de cláusulas penales, al tiempo que progresivamente apareció el uso de la llamada cláusula de “reversión”, atada inicialmente a los sectores minero, petrolero y portuario, en la Ley 13 de 1937 y en el Decreto 805 de 1947. Con todo, el control judicial sobre el contrato que las contuviera siguió siendo de conocimiento de la jurisdicción ordinaria, como expresamente lo ordenase nuestro primer código contencioso, la Ley 130 de 1913, y lo ratificase la Ley 105 de 1931. La Ley 167 de 1941, segundo código de lo contencioso administrativo, modificó el asunto, estableciendo que el conocimiento de la cláusula de caducidad correspondería a la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, manteniendo el resto del contrato bajo el conocimiento de la jurisdicción ordinaria. No sería entonces sino hasta la expedición del Decreto-Ley 528 de 1964, cuando se le confió integralmente a la jurisdicción contenciosa el conocimiento de las disputas vinculadas a los contratos administrativos, lo que suponía que los “contratos de derecho privado” permanecieran bajo el conocimiento de la jurisdicción ordinaria. Posteriormente, el Decreto Ley 150 de 1976 (primer estatuto de contratación pública) haría imperativo el pacto de la caducidad en los contratos administrativos. A su turno, el Decreto Ley 222 de 1983 (segundo estatuto de contratación pública) mantendría ese mandato y sería explícito en tipificar como administrativos una lista de tales en su artículo 16, y en decir que ellos serían de conocimiento

de la jurisdicción contenciosa (art. 17), al paso que los restantes que celebrase la administración, serían de derecho privado y de conocimiento de la jurisdicción ordinaria, a menos que en ellos se hubiere pactado la caducidad. Se estableció también que todos los contratos administrativos “se regirían por los principios de terminación, modificación e interpretación unilaterales...” (art. 18).

La Ley 80 de 1993 (tercer estatuto de contratación y hoy vigente con algunas modificaciones, en adelante ECGP, Estatuto General de Contratación) vendría a acabar entre nosotros la diferencia entre contratos administrativos y contratos de derecho privado de la administración, para construir el concepto de “contrato estatal”, vinculado simplemente a una noción “orgánica”. Todo contrato de las entidades estatales estaría bajo su égida, pero no todo contrato estatal tendría cláusulas excepcionales (interpretación, modificación y terminación unilaterales, caducidad y reversión). En efecto, el artículo 14 diferenció al efecto tres grupos: aquel en que eran obligatorias y se presumen pactadas,⁶ un segundo en donde resulta posible pactarlas⁷ y, un tercero, en el que se prohíben.⁸ De contera, aparece un cuarto grupo, que es el de aquellos contratos no mencionados, pero que por virtud de la autonomía de la voluntad podrían concebirse, habida cuenta del paso categórico dado por la Ley 80 de 1993, de declarar en sus artículos 13 y 40 la plena aplicación del régimen general de las obligaciones y de los contratos, “salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley”, a voces del primero. En relación con este último grupo de contratos se concluyó tempranamente en la jurisprudencia y en la doctrina, que no existía autorización de pacto de cláusulas excepcionales, en tanto

⁶ Primer grupo: contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos, los contratos relacionados con el programa de alimentación escolar o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión.

⁷ Segundo grupo: las entidades estatales *podrán* pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios.

⁸ Tercer grupo: contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos; en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2 de este artículo, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguro.

... en ejercicio de la autonomía de la voluntad privada no es posible constituir este tipo de poderes en contratos en los que la ley no ha impartido autorización expresa, o excluirlos en los que el legislador los ha previsto como obligatorios.⁹

Nótese entonces el limitadísimo espacio que tiene la autonomía de la voluntad en el contrato estatal bajo el EGCP en relación con las cláusulas excepcionales o exorbitantes: ninguno en el grupo uno, uno muy limitado en el grupo dos y ninguno en los grupos tres y cuatro.

De otro lado, la Ley 80 de 1993 (ECCP), modificada en lo pertinente por la Ley 1150 de 2007, reconoce otras unilateralidades predicables de la totalidad de los contratos bajo su ámbito de aplicación, cuales son la posibilidad de declarar el incumplimiento para hacer efectivas multas de apremio, cláusulas penales y afectar las garantías. Así mismo, el EGCP recoge la posibilidad de terminación unilateral del contrato por causales de nulidad absoluta y ante la imposibilidad del acuerdo, la figura de la liquidación unilateral del contrato. Recientemente, se ha venido a crear la cesión unilateral por parte del artículo 6 de la Ley 2014 de 2019.¹⁰ Ninguna de estas unilateralidades puede afectarse en su alcance o existencia por la autonomía de la voluntad, pudiendo solo precisar algunos elementos de su aplicación, como acordar los montos de multas de apremio o de cláusula penal pecuniaria, o el tiempo para la liquidación de mutuo acuerdo, entre otras.

Queda entonces demostrado: entre potestades y autonomía de la voluntad reina una antinomia necesaria en el Estatuto General de Contratación.

Unilateralidad y autonomía de la voluntad en los contratos del Estado con regímenes excepcionales

El Estatuto General de Contratación Pública (EGCP) no cobija en Colombia la totalidad de los contratos que el Estado celebra. A muy poco tiempo de la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993, empezaron a aparecer leyes ordinarias posteriores, que establecieron regímenes excepcionales, algunos inspirados en consideraciones sectoriales de competencia de los

⁹ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia de 30 de noviembre de 2006. Exp. 30832. C. P. Alier Hernández Enríquez.

¹⁰ Cuyo carácter antitécnico salta a la vista, pero no corresponde comentar aquí.

operadores en los mercados y, en otros casos, explicados por un afán de huida del derecho administrativo, vinculada a la capacidad de *lobby* de los responsables y a un alegado deseo de eficiencia en su actividad. La extensa lista de las entidades que “gozan” de ese tratamiento excede el propósito de este artículo,¹¹ pero habría que decir que, de alguna manera, hemos regresado en Colombia *de facto* a la vieja dicotomía entre contratos de derecho público (todos los que celebren los órganos en el ámbito de aplicación del EGCP) y los de regímenes especiales.

Finalmente, habría que decir dos cosas que introducen algún orden en esta nueva dicotomía:

1. Después de algunas dudas y contradicciones, nuestra normativa procesal, estableció que el juez del contrato de cualquier órgano del Estado, sin importar su régimen, sería el Contencioso Administrativo (núm. 2, art. 104 CPACA), lo que el Consejo de Estado jurisprudencialmente ha acompañado al afirmar que unos y otros son contratos estatales.¹²
2. El artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 dispuso que los regímenes especiales debían en todo caso respetar los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal. Ello les permite adelantar de manera flexible su contratación, acomodarla si se quiere a su realidad, pero sin olvidar esos límites conceptuales inspirados en la protección del interés público y del patrimonio que administran.

¹¹ Para mencionar solamente algunos de los que aparecieron casi de inmediato a la expedición de la Ley 80 de 1993 (ECGP), en ella se incluyen las entidades del sector salud (Ley 100 de 1993), la Aeronáutica Civil (Ley 105 de 1993), las entidades de servicios públicos (Leyes 142 y 143 de 1994), etc. Así mismo, las diversas modalidades de sujetos descentralizados que tienen por objeto el desarrollo de actividades industriales y comerciales, en tanto compitan con particulares o, en defecto de ello y como generalmente ocurre, tengan previsto un régimen privado de contratación, actuarán exclusivamente dentro de él. Algunos de esos regímenes, a pesar de predicar su pertenencia al derecho privado, incluyeron previsiones legales para incluir en sus contratos cláusulas excepcionales, por lo que en relación con ellas, hicieron propio el régimen legal aplicable en el EGCP.

¹² Cfr. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia de 21 de noviembre de 2012, Exp. 22507.

¿Es posible que entidades públicas bajo regímenes especiales de derecho privado, puedan pactar “potestades” para proteger el interés público en la ejecución y liquidación de los contratos que celebran, en desarrollo de la autonomía de la voluntad?

La respuesta es clara: NO. Primeramente, porque en tanto ello se refiere a “potestades”, como ya se explicaba, tienen reserva de ley y se ejercen por acto administrativo contractual, no pudiendo tener ninguna de las dos cosas origen en la autonomía de la voluntad. Por otro lado, la respuesta será también negativa si se considera, en términos de Riveró, que ello superaría la posibilidad de pacto de las partes, excediendo la libertad contractual.

Ahora bien, dicho lo anterior, conviene desde ya diferenciar el universo de las exorbitancias o excepcionalidades de aquel vinculado a algo diferente como son las “unilateralidades” nacidas simplemente del acuerdo entre las partes en el acto jurídico convencional. ¿Derogan ellas también el derecho privado? ¿Son susceptibles de pacto en los contratos de órganos del Estado de regímenes especiales cuya característica común es justamente la de ubicarse en mayor medida en el derecho privado? Esa discusión tiene un marco y es el de entender que, si bien son contratos de derecho privado, a ellos subyace el cumplimiento de cometidos públicos cuya continuidad se quiere garantizar, y un patrimonio de la misma naturaleza que quienes lo administran buscan proteger. Pues bien, para examinar el asunto, hay que advertir de la existencia de una “batalla”¹³ conceptual en la jurisprudencia del Consejo de Estado por veinte años, que se ha desarrollado en varios frentes: el de la posibilidad de imponer multas, el de declarar la terminación unilateral por incumplimiento, el de constituir el siniestro y el de acordar la liquidación unilateral del contrato. El siguiente cuadro pretende ilustrar la situación, con algunos pronunciamientos, a modo de ejemplo y sin la aspiración de haber cobijado la totalidad de los mismos.

¹³ Afectuosa reminiscencia a la metáfora del nuestro inolvidable Gabriel De Vega.

¿Es posible que entidades públicas bajo regímenes especiales de derecho privado, puedan pactar y ejecutar unilateralidades para proteger el interés público en la ejecución y liquidación de los contratos que celebran?

	TESIS NEGATIVA (PROHIBICIÓN)	TESIS POSITIVA (HABILITACIÓN)
<p>IMPOSICIÓN DE MULTAS (en general)</p>	<p>NO.</p> <ul style="list-style-type: none"> - Son acuerdos ajenos al derecho común. - Suponen autorización en la ley (primacía del principio de legalidad). - Hay prohibición expresa para las EICE en el artículo 87 de la Ley 489 de 1998: "... se prohíbe el ejercicio de privilegios que impliquen el menoscabo de los principios de igualdad y de libre competencia" - Línea predominante hasta 2017 	<p>SÍ.</p> <ul style="list-style-type: none"> - El pacto de unilateralidades y su ejercicio son producto de la autonomía de la voluntad, que prima sobre la legalidad. - La unilateralidad NO equivale a exorbitancia. Esta última es una potestad, expresión de poder público, que se ejerce mediante actos administrativos. - La unilateralidad aquí, en cambio, es expresión de autonomía de la voluntad. Por lo tanto, el pacto de cláusulas unilaterales está permitido desde el propio derecho privado, siempre no se viole norma imperativa, o se vulnere la buena fe o se caiga en "abuso del derecho". - El ejercicio de la unilateralidad se materializa a través de "actos contractuales" (y no de actos administrativos), cuyo control judicial se aprecia bajo la órbita de si se produjo o no una violación del contrato. - Nueva tendencia.
<p>Decisiones destacadas Sent. 21 de octubre de 1994. Exp. 9288, C.P. Daniel Suárez H.</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Caso: Incomex impuso multa por incumplimiento de cuota de exportación. - No hay autorización legal. - Ofende la igualdad entre las partes, que en derecho privado es "absoluta", "... porque una de ellas actuaría como juez y como parte" - El pacto de multas es legal, pero se debe acudir al juez del contrato para su imposición. - De imponerse, acto nulo por "falta de competencia". 	
<p>Sent. 19 de agosto de 2004. Exp. 12342, C. P. Ramiro Saavedra Becerra.</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Caso: EICE distrital impuso multa a desarrollador de base de datos. 	

	TESIS NEGATIVA (PROHIBICIÓN)	TESIS POSITIVA (HABILITACIÓN)
	<ul style="list-style-type: none"> - Entender que tienen competencia, supondría someter a la entidad estatal a procedimientos administrativos “que entran sus actuaciones y la pongan en desventaja frente a sus competidores”. - <u>NO es válido que una entidad declare a otra incumplida</u>, sin autorización legal. La existencia y magnitud del incumplimiento la debe evaluar y apreciar el juez para imponer la sanción que corresponda. - Se anuló la multa impuesta por falta de competencia. 	
<p>Sent. 23 de septiembre de 2009. Exp. 24.639, C. P. Myriam Guerrero de Escobar.</p>	<ul style="list-style-type: none"> - <u>Caso</u>: ISS (EICE) multó a Granahorrar (SEM) por incumplir convenio. - En el derecho privado no hay norma que habilite a una parte a multar a la otra. - La actividad de la administración, aun cuando se trate de contratos bajo régimen privado, está sometida al control de legalidad. - Se anuló la multa impuesta por falta de competencia. 	
<p>Sent. 28 de septiembre de 2011, Exp. 15476, C. P. Ruth Stella Correa.</p>	<ul style="list-style-type: none"> - <u>Caso</u>: Contrato de comercialización de espacios de Telecafé. - Declaró “nulidad absoluta por objeto ilícito” del pacto que permitía la imposición de multas. Se rompe la igualdad de las partes. Se trata de funciones no asignadas en la ley. 	

	TESIS NEGATIVA (PROHIBICIÓN)	TESIS POSITIVA (HABILITACIÓN)
<p>Sent. 13 de diciembre de 2015, Exp. 36807, C.P. Olga Mélida Valle de la Hoz.</p>	<ul style="list-style-type: none"> - <u>Caso</u>: Contrato de interventoría de la ETB. - Anuló cláusulas por estimar que no tenía competencia para declarar unilateralmente el incumplimiento total o parcial del contrato y consecuentemente imponer multas o hacer efectiva la cláusula penal...”. 	
<p>(Sent. 20 de febrero de 2017, Exp. 56562. Jaime Orlando Santofimio)</p>		<ul style="list-style-type: none"> - <u>Caso</u>: EPM contrato de obra para instalación de medidores y acometidas de acueducto. - (i) No son excepcionales, porque se soportan en la autonomía de la voluntad y no en la ley. (ii) Son mecanismos para la consecución del interés negocial (iii) aunque sea por derecho privado, el sustrato se enfoca en la protección del interés general (prestación de servicios públicos) vinculado a la ejecución del objeto contractual.
<p>Sent. 19 de junio de 2020. Exp. 44420, C. P. Adriana Marín.</p>	<ul style="list-style-type: none"> - <u>Caso</u>: Contrato de aseo Empresas Públicas de Neiva. - Nulidad de actos que impusieron multas, por ausencia de norma que confiera la facultad [...] siguiendo postura “clara y reiterada” de la jurisprudencia. En esos contratos rige el principio de igualdad. 	
<p>Terminación unilateral por incumplimiento y liquidación unilateral (en general)</p>	<ul style="list-style-type: none"> - El contrato es “ley para las partes” (art. 1602 c.c.) y el contratante cumplido puede pedir la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización (art. 1560 CC). - En consecuencia, el contratante cumplido debe ir al juez para pedir la resolución o la terminación y no estaría facultado para romper el vínculo de manera directa. 	<ul style="list-style-type: none"> - Siempre que no se vulnere la buena fe o se incurra en abuso del derecho, se podría. - Hay apoyo en numerosas normas del CC para diferentes tipos de contrato en los que se habilitan decisiones de terminación unilateral, lo que evidencia que ello no es extraño al derecho privado.

	TESIS NEGATIVA (PROHIBICIÓN)	TESIS POSITIVA (HABILITACIÓN)
	<ul style="list-style-type: none"> - Imposibilidad de “hacer justicia” por “propia mano” al declarar incumplimiento. - Tesis tradicional 	<ul style="list-style-type: none"> - Se ha ido abriendo paso la tesis cada vez con más fuerza, como lo afirma la propia Subsección B de la Sección Tercera del 23 de noviembre de 2002, C.P. Alberto Montaña Cuéllar.
Auto de suspensión provisional del 20 de febrero de 2014. Dr. Ramiro Pazos.	<ul style="list-style-type: none"> - <u>Caso</u>: Suspensión provisional de multa y decisión de terminación unilateral. El pacto de tales cláusulas podría generar desequilibrio y quebrantar la igualdad. Ese tipo de pactos pueden propiciar el abuso de la parte dominante. Se les trató como actos administrativos y se les suspendió. 	
Sent. 3 de septiembre de 2015, Exp. 38247, C. P. Olga Mélida Valle de la Hoz.	<ul style="list-style-type: none"> - <u>Caso</u>. Contrato del Banco Agrario para prestación de servicios de aseo y cafetería. - <u>Anuló</u> cláusula de terminación unilateral en contrato del Banco Agrario, así como la decisión de terminación. 	
Sent. 2 de mayo de 2016, Exp. 5113, C. P. Ramiro Pazos.		<ul style="list-style-type: none"> - <u>Caso</u>: - Hay contratos que en el derecho privado tienen la posibilidad de terminación unilateral, lo que demuestra que no es un tema ajeno al derecho privado (arrendamiento, confección de obra, mandato, suministro, agencia comercial, entre otros) - En el derecho comparado y en el comercial internacional, esos pactos son posibles, en caso de incumplimiento grave o esencial del acuerdo... (Uncitral, convención sobre compraventa internacional de mercaderías y principios Unidroit)
Sent. del 24 de agosto de 2016, C.P Jaime Orlando Santofimio.		<ul style="list-style-type: none"> - <u>Caso</u>: Contrato de Asociación terminado unilateralmente por incumplimiento del contratista. - Terminación unilateral en contrato de Ecopepetrol por incumplimiento. Hay fundamento en la necesidad de proceder suscribir un

	TESIS NEGATIVA (PROHIBICIÓN)	TESIS POSITIVA (HABILITACIÓN)
		<p>nuevo contrato para satisfacer el objetivo económico deseado.</p> <ul style="list-style-type: none"> - Requisitos del pacto: que sea expreso, que sea por el incumplimiento de una obligación sustancial; que no sea fruto de una imposición por posición “dominante o arbitraria”.
Sent. del 20 de febrero de 2017. C.P Jaime Orlando Santofimio.		<ul style="list-style-type: none"> - Caso: EPM contrato de obra para instalación de medidores y acometidas de acueducto. - Se ejercen por “acto contractual” y no por “acto administrativo”. <p>SV de Mg. Rodríguez Navas: esa extrapolación de otras legislaciones resulta extraña a la realidad colombiana.</p>
(Sentencia 19 de julio de 2017, Exp. 57394. CP Jaime Orlando Santofimio)		<ul style="list-style-type: none"> - Caso: Contrato de Ecopetrol de suministro, terminado unilateralmente por incumplimiento. Multa y liquidación unilateral. Las cláusulas estaban contenidas en las “condiciones generales de contratación”. - Las decisiones de Ecopetrol no son actos administrativos sino contractuales, por lo que deben apoyarse en lo pactado. - La liquidación unilateral NO es excepcional al derecho común. - Es posible pactar cláusulas accidentales como penas, multas, terminación o liquidación unilateral, siempre que no se desconozcan normas imperativas, buenas costumbres, buena fe objetiva y no se configure un abuso del derecho.”
Sentencia 19 de junio de 2019, Exp. 39800, C. P. Alberto Montaña Plata.		<ul style="list-style-type: none"> - Caso: Acueducto de Yopal. Terminación unilateral con causales pactadas. - El pacto es válido. NO se ejerce función administrativa, por lo que el acto es contractual y no administrativo. Se anuló decisión porque revestía la forma de acto administrativo, sin poderlo ser.
Sent. de 18 de agosto de 2020, Exp. 36875, C. P. Guillermo Sánchez Luque.		<ul style="list-style-type: none"> - Caso: Contrato de administración de recursos del régimen subsidiado entre Municipio de Tubará y Caprecom. - Reitera que la declaratoria es acto contractual y no administrativo. - SV. Jaime Enrique Rodríguez N.
Sent. de 5 de octubre de 2020. Exp. 51046, C. P. Martín Bermúdez Muñoz.		<ul style="list-style-type: none"> - Caso: Contrato de prestación de servicios profesionales con cláusula de terminación unilateral discrecional a favor de la empresa de servicios públicos. - Se apoya en artículos 2144 y 2189 del CC y la encuentra válida. Aunque no haya incumplimiento. Ese era el alcance de lo pactado, lo que responde a la posibilidad de terminación unilateral del mandato que resulta aplicable.

	TESIS NEGATIVA (PROHIBICIÓN)	TESIS POSITIVA (HABILITACIÓN)
<p>Sentencia de 3 de septiembre de 2020, Exp. 42003, C. P. Alberto Montaña Plata.</p>		<ul style="list-style-type: none"> - Caso: Referido al régimen de contratos de empresas de servicios públicos domiciliarios. (Sentencia de unificación solo en aspectos del régimen de las empresas de servicios públicos domiciliarios). - Los actos de las empresas de servicios públicos domiciliarios son, por regla general, actos privados, salvo los enunciados en el inc. 1 del art. 154, que serán materialmente actos administrativos. - Reitera Sentencia de 20 de febrero de 2017, al decir: "...aunque el contrato establezca la posibilidad de ejercer de manera unilateral algunas de las facultades allí otorgadas o, incluso, prevea la posibilidad de hacerlas efectivas directamente, bien sea mediante la compensación u otros mecanismos legales, ello no conlleva la concesión de un poder anormal para la entidad contratante, quien en el ejercicio de sus derechos convencionales está obligada a observar las formas contractuales so pena de incurrir en un incumplimiento del contrato, que a su turno conllevará la indemnización de los perjuicios causados al contratista." - "Bajo este escenario, debe igualmente anotarse que los actos emitidos por la entidad contratante, con fundamento en las facultades otorgadas por el pacto negocial, cuyo régimen corresponde al derecho privado, esto es, a la autonomía negocial particular, configuran un mero acto contractual que no administrativo". - "... si lo que ocurre en un determinado asunto es que en un contrato del Estado que se rige por normas de derecho privado las partes convienen la facultad de la administración para darlo por terminado unilateralmente, de imponer multas u ordenar su liquidación ante los incumplimientos en los que incurra el contratista, y en la ejecución del contrato la entidad contratante decide darlo por terminado anticipadamente y ordenar su liquidación mediante unos actos, es evidente que en esta hipótesis estos se constituyen en actos contractuales, mas no administrativos. - Debe retomarse y dársele valor real al mensaje del legislador de 1994, esto es, debe tomarse en serio el régimen jurídico aplicable. Si ello es así, una de las primeras consecuencias necesarias viene dada por evidenciar que, actos como los expedidos por la EAAY, en los que se terminó el contrato, no son, en realidad, actos administrativos, en otras palabras, no son actuaciones que concreten una

	TESIS NEGATIVA (PROHIBICIÓN)	TESIS POSITIVA (HABILITACIÓN)
<p>Sentencia de 3 de septiembre de 2020, Exp. 42003, C. P. Alberto Montaña Plata.</p>		<p>función administrativa a través del ejercicio legítimo del poder.</p> <ul style="list-style-type: none"> - Así las cosas, cuando quiera que una entidad estatal sometida al régimen del derecho privado, ejerce una potestad unilateral, tendiente a terminar unilateralmente el contrato o a imponer multas, la misma no se enmarca dentro de una competencia administrativa, sino como un mero acto contractual.
<p>Sentencia de 23 de noviembre de 2022, Exp. 66.700, C. P. Alberto Montaña Plata.</p>		<ul style="list-style-type: none"> - Caso: Contratista multado por EPM demanda el oficio mediante el que se le impuso multa por incumplir plazo de entrega. <ul style="list-style-type: none"> - “38. En contravía de estas posiciones jurisprudenciales referidas, en épocas recientes la Sección Tercera del Consejo de Estado se ha pronunciado (en lo que comienza a identificarse como una tendencia mayoritaria) a favor de la posibilidad de que “las partes contratantes, en ejercicio de la autonomía negocial, pueden pactar dentro de la convención que rige la relación contractual figuras como la multa, la cláusula penal, terminación por mutuo acuerdo o unilateral, todas estas como previsión anticipada de las consecuencias del posible incumplimiento en que pueda incurrir una de ellas”. Esta misma Sección ha concluido que las cláusulas, como la de terminación unilateral por incumplimiento, “son absolutamente viables, a partir de la autonomía de las partes para estructurar el contenido del negocio, siempre que en ellas se especifique la prestación esencial cuyo incumplimiento priva sustancialmente al contrato de la debida ejecución del objeto pactado”. - “40. Como se advierte, al tiempo que existe una posición unificada sobre la naturaleza jurídica privada de los actos precontractuales, el Consejo de Estado ha sostenido que los actos contractuales de una entidad que se rige por el derecho privado (como es el caso de los contratos celebrados por las ESP) no constituyen actos administrativos y, en consecuencia, no corresponde adelantar su control judicial por la vía de la nulidad, sino estudiar los posibles incumplimientos derivados de la aplicación del pacto contractual...”. - 53. En conclusión, la Sala encuentra acreditado el incumplimiento de las

	TESIS NEGATIVA (PROHIBICIÓN)	TESIS POSITIVA (HABILITACIÓN)
		obligaciones del contratista de entrega oportuna y de las especificaciones técnicas y características garantizadas, que, en los términos contractuales, daban lugar a las deducciones por incumplimiento (multas) que fueron pactadas por las partes y hacían procedente su declaratoria en los términos contenidos en las comunicaciones referidas.

¡Evidentemente, soplan vientos de cambio! En esta última tendencia, el Consejo de Estado reconoce que la unilateralidad no es algo ajeno al derecho privado, como lo ha dejado ya claro también nuestra Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, al decir, en célebre sentencia sobre la posibilidad de pacto de una cláusula de terminación unilateral por incumplimiento:

En general, ante la ausencia de prohibición normativa expresa, es ineluctable concluir la validez de estas cláusulas, por obedecer a la libertad contractual de las partes, facultadas para celebrar el acto dispositivo y disponer su terminación, aún sin declaración judicial, previendo el derecho a aniquilarlo, lo cual no significa ni puede conducir en forma alguna a tomar justicia por mano propia, por cuanto toda controversia respecto de su eficacia o ejercicio, corresponde definirla a los jueces...¹⁴

Diríamos además que, como ya lo ha sugerido el Consejo de Estado en varias de las providencias mencionadas en la que hemos llamado “tesis positiva”, el juez del contrato está en la necesidad de evitar el “abuso del derecho”, de manera que el debate no debe solamente contraerse a cuestionamientos sobre existencia y validez de los actos jurídicos, sino que es necesario tener presente que la buena fe implica que la prohibición de abusar del derecho sea vista como un límite de la autonomía negocial. En ese sentido, parece crucial que las cláusulas que consagren unilateralidades, sean claras en la finalidad que persiguen y en la manera de objetivar la ocurrencia de los supuestos que las animan. Eso permitirá, no solo evidenciar si su pacto es o no producto del ejercicio de la libertad negocial, sino, más importante aún, si su ejercicio es conforme a derecho, de manera que la buena fe de quien asume el ejercicio de unilateralidad pactada tenga un

¹⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Civil, Sentencia de 30 de agosto de 2011, M. P. William Namén Vargas.

referente, lo que será juzgado por el juez del contrato y solo por él. Queda entonces planteada nuestra postura.

Conclusión

La evolución jurisprudencial del Consejo de Estado parece querer borrar la “unilateralidad” como una de las distinciones tradicionales que diferenciaban al contrato bajo el régimen del EGC, de aquellos celebrados por órganos estatales con sujeción a normas especiales que les permiten hacer uso del derecho privado. Al respecto no hay una posición unívoca, pero empieza progresivamente a aflorar la idea de que la autonomía de la voluntad permite establecerlas dentro de unos límites. Esos límites comprenderían a nuestro juicio las hipótesis de interés público comprendidas hoy en las “potestades” del artículo 14 de la Ley 80 de 1993 y algunas otras que se expresan por “actos administrativos contractuales”, así como la necesidad de evitar el llamado “abuso del derecho”. Se ha anunciado que la Sección Tercera, de nuestro Consejo de Estado, dictará sentencia de unificación para recoger el valioso resultado de esta evolución de dos décadas. ¡La esperamos!

Bibliografía

- ARIÑO, Gaspar. “El enigma del contrato administrativo”. En *Tratado general de los contratos públicos*, Juan Carlos Cassagne (ed.). Buenos Aires: Editorial La Ley, 2013.
- CASSAGNE, Juan Carlos. *Teoría del Acto Administrativo*. Bogotá: Editorial Temis, 2013.
- CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia de 30 de noviembre de 2006. Exp. 30832, C. P. Alier Hernández Enríquez.
- CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia de 21 de noviembre de 2012. Exp. 22507.
- CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia de 21 de octubre de 1994. Exp. 9288, C. P. Daniel Suárez H.
- CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia de 19 de agosto de 2004. Exp. 12342, C. P. Ramiro Saavedra Becerra.

- CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia de 23 de septiembre de 2009.
Exp. 24.639, C. P. Myriam Guerrero de Escobar.
- CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia de 28 de septiembre de 2011.
Exp. 15476, C. P. Ruth Stella Correa.
- CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia de 13 de diciembre de 2015.
Exp. 36807, C. P. Olga Mélida Valle de la Hoz.
- CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia de 20 de febrero de 2017,
Exp. 56562., C. P. Jaime Orlando Santofimio.
- CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia de 19 de junio de 2020.
Exp.44420, C.P. Adriana Marín.
- CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia del 3 de septiembre de
2015. Exp. 38247, C. P. Olga Mélida Valle de la Hoz.
- CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia del 2 de mayo de 2016.
Exp. 5113, C. P. Ramiro Pazos.
- CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia del 24 de agosto de 2016,
C. P. Jaime Orlando Santofimio.
- CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia del 20 de febrero de 2017,
C. P. Jaime Orlando Santofimio.
- CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia 19 de julio de 2017, Exp.
57394, C. P. Jaime Orlando Santofimio.
- CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia 19 de junio de 2019, Exp.
39800, C. P. Alberto Montaña Plata.
- CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia de 18 de agosto de 2020.
Exp. 36875, C. P. Guillermo Sánchez Luque.
- CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia del 5 de octubre de 2020,
Exp. 51046, C. P. Martín Bermúdez Muñoz.
- CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia del 3 de septiembre de 2020,
Exp. 42003, C. P. Alberto Montaña Plata.
- CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia de 23 de noviembre de 2022,
Exp. 66.700, C. P. Alberto Montaña Plata.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Civil, Sentencia de 30 de agosto de
2011, M. P. William Namén Vargas.

LONG, Marceau, Prosper WEIL, Guy BRAIBANT, DEVOLVÉ, GENEVOIS,
Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa francesa, 2da ed.,
Torres y Mora Osejo (trad.). París: Dalloz, 2017.

RIVERO, Jean. *Derecho administrativo*. París: Dalloz, 2006.