

Procedencia de las Clausulas excepcionales en las U.P

**PROCEDENCIA DE LAS CLAUSULAS EXCEPCIONALES EN LOS CONTRATOS  
REALIZADOS POR LAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS FRENTE AL PRINCIPIO DE  
LA AUTONOMIA UNIVERSITARIA.**

**Alvaro Castro Negrete y Ana Karina Sanchez Ruiz**

Universidad Del Sinú Elías Bechara Zainúm Seccional Cartagena, Facultad de Ciencias  
Sociales y Humanas, Especialización en Contratación Estatal.

**Cartagena Bolívar, 2018.**

\*Ariel Puello Orozco

**PROCEDENCIA DE LAS CLAUSULAS EXCEPCIONALES EN LOS CONTRATOS  
REALIZADOS POR LAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS FRENTE AL PRINCIPIO DE  
LA AUTONOMIA UNIVERSITARIA.**

**ORIGIN OF EXCEPTIONAL CLAUSES IN CONTRACTS CARRIED OUT BY  
PUBLIC UNIVERSITIES AGAINST THE PRINCIPLE OF UNIVERSITY AUTONOMY.**

**\*Ana Karina Sánchez Ruiz<sup>1</sup>**

**\*Álvaro Castro Negrete<sup>2</sup>**

**RESUMEN**

Las cláusulas excepcionales han sido un criterio fundamental para identificar los contratos administrativos o estatales, pero hasta donde estos poderes unilaterales pueden ser incluidos en los contratos realizados por entidades estatales reguladas con regímenes especiales como es el caso de las Universidades Públicas; las cuales tienen un apoyo en el artículo 69 constitucional, el cual aborda lo relativo a la autonomía universitaria. Es pertinente afirmar que el Consejo de Estado se ha manifestado en diferentes ocasiones respecto de la inclusión de estas prerrogativas públicas en la prestación de servicios públicos tales como el suministro de energía eléctrica y la recolección de basuras entre otros, concluyendo que dichas cláusulas son un abuso de la

---

<sup>1</sup> Abogada egresada de la universidad del Sinú "Elías Bechara Zainúm". Correo electrónico: [anakarina\\_0403@hotmail.com](mailto:anakarina_0403@hotmail.com)

<sup>2</sup> Abogado egresado la universidad del Sinú "Elías Bechara Zainúm". Correo electrónico: [castrence5072@hotmail.com](mailto:castrence5072@hotmail.com)

autoridad, en tales circunstancias haciendo un barrido de dichos conceptos desde el punto de vista doctrinario y jurisprudencial a este vacío jurídico con fundamento en el principio de la autonomía universitaria respecto a los contratos celebrados por estos entes educativos públicos, es viable decir que la procedencia de las cláusulas excepcionales, estará sujeta a la determinación de qué tipo de contrato este celebrando la Universidad, y si lo hace en cumplimiento de sus fines misionales o no.

## **ABSTRACT**

Exceptional clauses have been a fundamental criterion for identifying administrative or state contracts, but to what extent these unilateral powers can be included in contracts made by state entities regulated by special regimes such as public universities which have constitutional support in his article 69, in which he talks about university autonomy; It is pertinent to affirm that the State Council has manifested itself on different occasions regarding the inclusion of these public prerogatives in the provision of public services such as the supply of electric power and the collection of garbage among others, concluding that said clauses are an abuse authority, in such circumstances by sweeping these concepts from the doctrinal and jurisprudential point of view to this legal vacuum based on the principle of university autonomy regarding contracts made by these public educational bodies, it is feasible to say that the proceed of exceptional clauses may depend on the determination of what kind of contract it is the University signing, and if that contract it's being signed on development of their goals or not.

## **PALABRAS CLAVES**

*Cláusulas exorbitantes – contrato – discrecionalidad - paralización o afectación del servicio público*

## **KEY WORDS**

*Exorbitant clauses – contract – discretion - paralysis or affectation of the public service*

## **INTRODUCCIÓN**

Mediante la expedición de la Ley 80 de 1993, el Legislador quiso compilar en un solo cuerpo normativo, todo lo relacionado con el tema de la Contratación Estatal; convirtiendo así a principios como la universalidad, la selección objetiva y el interés general, etc., en postulados generales de obligatorio cumplimiento durante el desarrollo de las actividades desplegadas por parte de la administración; sin embargo, cuando ciertas entidades públicas regidas por regímenes especiales tales como las Universidades Públicas, contratan con particulares no es tan clara la aplicación de los mencionados postulados, habida cuenta que dichos regímenes, que como ya se dijo son autónomos, buscan establecer normas propias para su entidad, respondiendo a necesidades particulares, donde lo que prima, hablando del tema que nos ocupa, es imprimirle celeridad a los procesos de contratación de dichas entidades, eso sí, se advierte, respetando siempre los parámetros constitucionales, por cuanto es un Estado Unitario como el nuestro la autonomía de regímenes especiales no implica total discrecionalidad o arbitrio de estas.

Por otro lado, se observa que la Ley 80 contempla las denominadas “Cláusulas excepcionales”, las cuales son una facultad de la administración, que le permite a las entidades

públicas, durante la ejecución de cierto tipo de contratos, tomar decisiones unilaterales o resolver situaciones que afecten la ejecución de un determinado contrato, sin que sea necesario acordarlo con el contratista (Fandiño, 2014). Resulta entonces pertinente cuestionarnos sobre la procedencia de estas cláusulas frente al principio de la autonomía de las universidades públicas al momento de celebrar un contrato; en el entendido de que estas instituciones se rigen por el Derecho Civil y Comercial, lo que permite que en materia contractual se acojan a disposiciones distintas de las que se consagran en la ley 80 de 1993, salvo el régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto para la contratación estatal y aplicación de los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, que les es extensible, por disposición del artículo 13 de la Ley 1150 del 2007.

Cabe resaltar que ese tipo de cláusulas, en casos por ejemplo de interés público, se convierten en verdaderas herramientas jurídicas para las entidades estatales en el desarrollo de sus relaciones contractuales, ya que en virtud de ellas, estas pueden proferir actos administrativos que le permitan imponer su voluntad mediante decisiones unilaterales con respecto a la ejecución del contrato, sin contar con el consentimiento del contratista y sin necesidad de acudir ante las autoridades judiciales. Las cláusulas excepcionales llevan a que la administración pública pueda decretar la caducidad, la terminación, la modificación y la interpretación unilateral.

El estatuto de contratación ha fijado y reglamentado las cláusulas excepcionales anteriormente llamadas cláusulas exorbitantes. Concretamente lo encontramos en los artículos 15 a 19 y en el numeral 2 del artículo 14; a estas, se le han dado diversas definiciones en algunos casos se les ha denominado como potestad pública, en otros, prerrogativas de la administración, facultades excepcionales de la administración. El Consejo de Estado ha hecho alusión a ellas, en

el entendido que se trata de poderes de la administración, para ser ejercidos en la ejecución del contrato. Y es precisamente esta Alta Corte la que ha identificado a que tipos de contratos estatales les son aplicables este tipo de cláusulas.

Esta investigación determinó si las universidades como entidades estatales con un régimen de contratación propio, pueden hacer uso de las cláusulas excepcionales, que son potestades unilaterales que buscan, en la mayoría de los casos, no la terminación del contrato, sino la finalidad de suplir la necesidad del interés colectivo de manera ágil y celeridad; la presente investigación, a la vez busca ampliar el campo de acción de los abogados y funcionarios que se desempeñen en las unidades de contratación de las universidades públicas, aportando claridad en temas que no son pacíficos en la contratación estatal.

La utilidad del siguiente proyecto a nivel teórico consistió en un esbozo sobre el alcance del principio de autonomía universitaria y la aplicación de reglas generales de la contratación estatal a un régimen especial como ese; a nivel social el aporte práctico a los funcionarios que se desempeñen en el área de contratación de las universidades públicas para que puedan desempeñar la función administrativa de manera eficiente y de acuerdo con los principios constitucionales y legales; y responde al espíritu investigativo de la universidad del Sinú, y de su Facultad de derecho.

Al hablar de Contratación Estatal en Colombia, debemos decir que esta ha evolucionado a grandes pasos, y que quizá es una de las áreas del Derecho que, por su naturaleza, mayor regulación normativa tiene. Ello es así incluso desde antes de 1993, cuando existían múltiples normas de contratación pública en nuestro ordenamiento jurídico lo cual quiso solucionarse con

la expedición de la Ley 80 de 1993, irradiada por las luces de la nueva Constitución Política, de corte neoliberal, la cual dio libertades a ciertos sectores estatales, mediante la creación de unos regímenes especiales de contratación, siendo la base de estos regímenes, ya no la regla general de contratación, sino el derecho privado, conllevando ello que el estatuto de contratación estatal tome el sentido de ley excepcional, o de solo aplicación por remisión expresa.

La Constitución Política de 1991 consagró en su artículo 69, el principio de autonomía universitaria según el cual, estas instituciones tienen la facultad de establecer sus directivas y regirse por sus propios estatutos.

Uno de los aspectos relevantes de la autonomía universitaria y el régimen especial de las universidades públicas es respecto al régimen de contratación, que es un régimen exceptuado y no está sujeto al Estatuto General de Contratación Pública, consagrado en la Ley 80 de 1993. Lo anterior es recalado en la Ley 30 de 1992; no obstante el estatuto de contratación estatal establece unos límites a estas libertades contractuales, ello se evidencia con lo consagrado en el artículo 13 de la ley 1150 del 2007, el cual establece que los regímenes exceptuados del estatuto general de contratación pública, deberán aplicar en su desarrollo contractual, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal; expresando de igual forma, que estos regímenes estarán sometidos al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto en la Ley, considerando que de igual manera se deberá aplicar el que está consagrado en la Constitución.

Dentro del régimen general de contratación pública, nos encontramos con una figura particular del derecho público y ajena a la contratación privada entre particulares, la cual es la de las Cláusulas Exorbitantes, entendidas estas como aquellas que tienen como objeto conferir a una

de las partes derechos o imponer obligaciones extrañas a las que normalmente se pactan entre particulares.

Las cláusulas exorbitantes de la contratación estatal tienen como propósito evitar la paralización y afectación grave de la gestión de los servicios públicos que desarrolla la respectiva entidad, en el marco de la respectiva ejecución contractual, y de esa forma asegurar la inmediata y eficiente prestación de los servicios a los administrados. Dichas cláusulas, que se originan en la superioridad que ostenta la Administración sobre los administrados, en aras de hacer valer el interés general; tienen su fundamento en la ley y no en el texto del contrato.

Conforme a lo hasta aquí expuesto, es evidente que en cabeza de los entes universitarios públicos, radica una autonomía administrativa y presupuestal; no obstante lo anterior, estas siguen siendo parte de la estructura del Estado, por lo que dentro de su objeto misional y en marco de sus competencias, ellas están sujetas a los principios que rigen la función administrativa establecidos en la Constitución políticas en artículos tales como el 1, el 2, y el 209, entre otros; ya que lo que se busca, como órganos de la Administración, es cumplir con los fines del Estado.

Bajo esa premisa, y a través de una investigación de carácter jurídica, basaba en fuentes de información secundaria, tales como libros, jurisprudencia y normas jurídicas, en la que se aplicará un análisis hermenéutico, en el cual se hará una confrontación de lo que consagran las normas, para establecer el alcance de la aplicación de cláusulas exorbitantes por parte de los entes universitarios autónomos; circunscribiéndonos a establecer como pregunta problema la siguiente:

¿ES PROCEDENTE LA INCLUSIÓN DE LAS CLAUSULAS EXCEPCIONALES CONSAGRADAS EN LA LEY 80 DE 1993, EN LA CONTRATACION PUBLICA CELEBRADA POR UNIVERSIDADES PUBLICAS AÚN CUANDO ESTAS GOZAN DE AUTONOMIA DE RANGO CONSTITUCIONAL?

En virtud de la autonomía universitaria que el artículo 69 de la Constitución consagra en favor de las universidades, estos establecimientos tienen la facultad de darse sus directivas y regirse por sus propios estatutos, finalidad que, en el caso de las estatales, cobra mayor relevancia, por cumplir con el propósito de separar la injerencia gubernamental en sus decisiones (C. Const, 1997).

Uno de los elementos propios de la autonomía y régimen especial de las universidades estatales es el relacionado con su régimen contractual y la no sujeción al Estatuto General de la Contratación Pública. En efecto, el artículo 28 de la Ley 30 de 1992 señala que las instituciones de educación superior, tanto públicas como privadas, tienen derecho a gestionar y aplicar de forma autónoma sus recursos para el cumplimiento de su objeto social y de su función institucional. A su turno, los artículos 57 y 93 de la misma ley establecen, de manera puntual, que los entes universitarios del Estado contarán con un régimen contractual especial.

En ese orden de ideas, surge en este punto una pregunta clave para el desarrollo del presente trabajo: ¿Qué alcance tiene este régimen contractual especial? La respuesta, aparentemente pacífica, ha sido decantada por la jurisprudencia de todas las altas cortes del país, esto es del Consejo de Estado, de la Corte Constitucional (Sent. C-547-94) y de la Corte Suprema de

Justicia, al concluir, por un lado, que la actividad contractual de estas universidades se rige por el Derecho Civil y Comercial, lo que permite que en materia contractual se acojan por disposiciones distintas de las que se consagran en la ley 80 de 1993, salvo el régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto para la contratación estatal y aplicación de los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, que les es extensible, por disposición del artículo 13 de la Ley 1150 del 2007. Pero por otro lado, ha sido clara la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Penal, en establecer que esa autonomía en la actividad contractual es parcial, dado que, en sentencia con radicado No. 37083 de 2014 señaló que la aplicación de normativa civil o comercial sólo aplica para contratos que se relacionen con su objeto institucional:

Al analizar el ámbito de aplicabilidad del régimen contractual privado de las universidades estatales, previsto en el artículo 93 de la Ley 30 de 1992, ha sido enfática en precisar que este régimen solo aplica para la contratación que debe cumplirse en desarrollo de su objeto misional, y que la contratación ajena a estos propósitos debe someterse al régimen general de contratación previsto para las entidades públicas. (Sergio Manuel Hernandez Gamarra vs Tribunal Superior del Distrito Judicial de Yopal, 2014, págs. 36-37)

Ahora bien, respecto a lo relacionado con las cláusulas excepcionales en las universidades públicas la ley autoriza, pero no impone, que las partes del negocio jurídico acuerden su inclusión; el pacto de tales cláusulas, en estos casos, es opcional, tal y como lo expresa el artículo 14 numeral segundo inciso 2 de la Ley 80 de 1993.

El propósito de esta investigación consiste en establecer si las universidades públicas, como entidades estatales con un régimen de contratación propio, pueden hacer uso de las cláusulas excepcionales, entendidas como potestades unilaterales que tienen la finalidad de satisfacer el interés colectivo.

En ese orden de ideas, se justifica la presente investigación ya que aborda un tema que no es pacífico, el cual ayudará a establecer unas pautas o líneas generales sobre el alcance de la autonomía universitaria y la aplicación de reglas de la contratación estatal en la misma, teniendo claro, que la autonomía y el estatuto propio de contratación, sólo es aplicable a los contratos que celebren en desarrollo de su objeto institucional.

### **Estrategia Metodológica**

El tipo de investigación desarrollada fue analítica descriptiva, como técnica de recopilación de la información en principio se procedió a hacer un compendio de los diferentes postulados emitidos por las Altas Cortes de Colombia, respecto del tema, para luego proceder a efectuar comparaciones desde el punto de vista doctrinario y jurisprudencial sobre el alcance de la autonomía universitaria y la aplicación de reglas de la contratación estatal, en específico el de la aplicación de las cláusulas excepcionales por parte de las universidades públicas; en segundo lugar, el grupo de investigación, formuló la estructuración del artículo, a partir de los antecedentes encontrados teniendo en cuenta criterios argumentativos propios.

En cuanto a la Población y muestra se realizó un análisis general de la procedencia de las cláusulas exorbitantes en los contratos realizados por las 32 universidades públicas que componen el Sistema Universitario Estatal en Colombia, para obtener información válida y

confiable de la población objetivo, se tomó como muestra las universidades de la Costa Atlántica y la Universidad Nacional por ser una de las más representativas en total fueron 05 Entes universitarios.

Respecto a la hipótesis de la presente investigación, se plantea bajo la perspectiva de comprender y entender si efectivamente las potestades unilaterales excepcionales, como las denomina actualmente el Consejo de Estado son restringidas en su aplicación teniendo en cuenta el régimen especial consagrado para las universidades públicas en lo referente a los contratos realizados por estas.

### **La Aplicación De Las Clausulas Excepcionales En Los Contratos Estatales Según Jurisprudencia Del Consejo De Estado.**

Antes de entrar en detalle sobre el tema específico que nos ocupa, es importante tener claridad que la existencia de las cláusulas excepcionales ha sido justificada por la obtención de los fines del Estado y, en especial, del interés público, pero no se ha reflexionado sobre la esencia de la figura. La aplicación de la institución en las relaciones contractuales del Estado se ha desarrollado sin determinar la naturaleza de la figura, como verdaderas cláusulas, originadas por la autonomía de la voluntad de las partes del contrato, o si se trata de privilegios conferidos e impuestos por el legislador, a la administración pública, como concreción del principio de legalidad.

El artículo 3 de la Ley 80 de 1993 dispone que en la celebración de los contratos y en la ejecución de los mismos, las entidades y los servidores públicos deben tener en cuenta el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines (Congreso de la República, 1993). Los particulares, por su parte, también deben contribuir al logro y satisfacción del interés general, cumpliendo de esta forma una función social en desarrollo de sus obligaciones contractuales como colaboradores del Estado.

Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, en el marco de lo señalado en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 y con el único objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación de los mismos, dichas entidades podrán interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos contenidas, introducir modificaciones a lo pactado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado.

En la exposición de motivos del estatuto contractual de 1993 se establece que la administración debe estar dotada de mecanismos eficaces, así fueren excepcionales, que contribuyan a la adecuada realización de la finalidad contractual y de los fines estatales. Es por eso que cuando se presenten circunstancias que amenacen la paralización de los servicios, las

entidades públicas pueden tomar medidas que conduzcan a garantizar la continua y adecuada prestación del servicio, con fundamento en la prevalencia del interés público sobre el particular.

La exposición califica como excepcionales las circunstancias que generan el ejercicio de las cláusulas exorbitantes. Es importante tener en cuenta que aquellos motivos aducidos por la entidad estatal para ejercer la potestad discrecional que se aborda deben ser graves, ya que no cualquier hecho puede provocarla pues son inescindibles al interés público, sin que se pueda desconocer las compensaciones e indemnizaciones a que tendrán derecho las personas objeto de tales medidas, traducida en la contraprestación necesaria para mantener la igualdad contractual.

En la Ley 80 de 1993 existen tres grupos de contratos en torno a los cuales el régimen de dichos poderes exorbitantes es diferente.

En el primer grupo se encuentran los contratos en los cuales las cláusulas excepcionales se tienen que pactar, es decir que son legalmente obligatorias, razón por la cual, si no se incluyen, se entienden pactadas; -son las denominadas “cláusulas virtuales”-. Los contratos que pertenecen a este grupo son: el de obra, los que tienen por objeto la explotación y concesión de bienes del Estado, la prestación de servicios públicos y las actividades que constituyan monopolio estatal (Congreso de la República, 1993).

Al segundo grupo pertenecen los contratos en los cuales se encuentra prohibido pactar dichas cláusulas, de manera que, si se incluyen habrá nulidad absoluta de la cláusula. A este grupo pertenecen, según el parágrafo del art. 14 de la ley 80.

Los 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 2o. de este artículo, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguro tomados por las entidades estatales. (Congreso de la República, 1993, pág. 3)

El tercer grupo lo integran los contratos en los cuales la ley autoriza, pero no impone, que las partes del negocio jurídico acuerden su inclusión; el pacto de tales cláusulas, en estos casos, es opcional, de manera que la falta de estipulación significa que los poderes exorbitantes no existen. Este grupo está integrado por los contratos de prestación de servicios y suministro.

Es importante señalar, en relación con éste último grupo, aunque resulta obvio, que el acuerdo correspondiente sólo puede favorecer a las entidades estatales, es decir, que no es posible pactar tales poderes en favor del contratista.

Esta última hipótesis hace evidente una característica especial de los poderes exorbitantes que en ella se contienen; en efecto, sólo en estos dos tipos de contratos la ley autoriza a las partes del contrato a negociar la inclusión de los mismos, de manera que su existencia no deviene, en forma “inmediata”, de la ley, como ocurre con el primer grupo de contratos, sino de manera “mediata”,

porque si las partes no llegan a un acuerdo sobre la inclusión de dichos poderes, la ley no suple el vacío, y, por consiguiente, los mismos no existirán en el caso concreto.

Esta posibilidad abre un espacio al principio de la autonomía de la voluntad, en un tema donde la tradición administrativa había entendido que exclusivamente la ley, no las partes del contrato, podía disponer la inclusión de las cláusulas exorbitantes, sin perjuicio de que el origen de las potestades propias de tales cláusulas provenga siempre de la ley, en unos casos, porque las impone y, en otras, porque simplemente la autoriza.

En este contexto, y por exclusión, surge un cuarto grupo, constituido por todos aquellos negocios jurídicos que no pertenecen a ninguno de los grupos anteriores. Tal es el caso del contrato de consultoría, de comodato, de leasing, etc., los cuales no están incluidos en ninguno de los tres grupos a que alude expresamente la ley, de manera que, frente a ellos, es menester precisar el régimen a que deben sujetarse desde el punto de vista de las cláusulas excepcionales.

De acuerdo con la norma legal que se deja transcrita, para el ejercicio de las facultades excepcionales, los contratos estatales pueden clasificarse en cuatro (4) grupos bien diferenciados; **i)** Contratos estatales en los cuales las cláusulas excepcionales al derecho común son obligatorias; **ii)** contratos estatales en los cuales las cláusulas excepcionales al derecho común son facultativas; **iii)** contratos estatales en los cuales se encuentra prohibido incluir y, por tanto, ejercer cláusulas o estipulaciones excepcionales y **iv)** todos los demás contratos estatales no

previstos ni contemplados en alguno de los grupos anteriormente individualizados (Fandiño, 2014).

Se debe señalar que si una entidad estatal decide incluir cláusulas excepcionales o exorbitantes cuyos contenido y finalidad suponen y comportan el ejercicio del poder público por parte de las autoridades facultadas para ello en contratos en los cuales, por su tipo o naturaleza, la ley no ha dispuesto ni previsto y menos autorizado esa inclusión, con ello se está contrariando el derecho público de la nación que contiene, precisamente, el comentado régimen legal que se encarga de precisar cuáles son los únicos tipos contractuales en los cuales se deben incorporar obligatoriamente esas cláusulas excepcionales y en cuáles se autoriza su estipulación, amén de que ello también comporta un evidente abuso de las competencias o el poder que a esas entidades les han conferido las normas vigentes.

En ese sentido se tiene entonces que el desconocimiento del derecho público de la nación vicia de ilicitud el objeto de las cláusulas en examen, de conformidad con los dictados del artículo 1519 del Código Civil. Así mismo se impone registrar que el numeral 3º del comentado artículo 44 de la Ley 80 sanciona con nulidad absoluta los contratos estatales que se celebren, entre otras, con abuso de poder.

Así las cosas, si como se precisó en el parcialmente transcrito fallo de noviembre 30 de 2006, expediente 30.832, pronunciamiento que ahora se reitera, en los contratos de Consultoría, como el contrato que dio origen al litigio que aquí se decide en segunda instancia, no es legalmente válido convenir o pactar cláusulas excepcionales aunque las mismas se estipulen a favor de la

respectiva entidad estatal contratante entre otras razones porque según ya lo precisó la Sala desde aquella oportunidad

Este tipo de poderes requiere, cuando menos, autorización legal para su inclusión y posterior utilización... y además... porque el legislador es el único que puede disponer competencias para la expedición de actos administrativos en desarrollo de los contratos estatales, actos que, como es sabido, constituyen el mecanismo de ejercicio de las exorbitancias contractuales. (Consejo de Estado, 2006, pág. 29)

Precisiones que llevaron al Consejo de Estado a concluir que 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 (Consejo de Estado, 2006, pág. 34). Resulta evidente entonces que la inclusión de tales cláusulas excepcionales sin contar para ello con la requerida autorización expresa de la ley, necesariamente comporta el desconocimiento de la prohibición perentoria y categórica que la Constitución Política consagra en su artículo 121, a cuyo tenor Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley (Asamblea Nacional Constituyente, 1991).

De conformidad con el del numeral 2º del citado artículo 44 de la Ley 80, los contratos estatales son absolutamente nulos (...) cuando (...) se celebren contra expresa prohibición constitucional (Congreso de la República, 1993).

### **1.1. Potestades Exorbitantes Según el Tipo de Contrato**

Las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilateral, el numeral 2 del mencionado artículo 14 regulan su ejercicio en atención al tipo de contrato de que se trate. Así, el legislador exigió su imposición en aquellos contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituye monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión.

De igual forma, la normativa facultó a la administración para pactar dichas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios. Así mismo, la norma establece que las entidades podrán prescindir de la utilización de estipulaciones excepcionales en los contratos que se celebren con personas públicas internacionales o de cooperación, ayuda o asistencia y en los contratos interadministrativos, de empréstito, de donación, de arrendamiento y de aquellos que tengan por objeto actividades comerciales, industriales, científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguro tomados por las entidades estatales.

### **1.1.2. Terminación unilateral como Potestad exorbitante**

Respecto a la terminación unilateral del contrato, si bien la ley otorga a las entidades públicas la potestad de actuar en ejercicio de una facultad exorbitante, les impone el cumplimiento de presupuestos de forzosa aplicación y a la vez restringe la medida a los eventos previstos en la misma. Efectivamente, para declarar la terminación unilateral se requiere **i)** que la manifestación

de la voluntad de la administración se materialice en un acto administrativo, **ii)** que dicho acto debe ser el resultado de un análisis soportado en la realidad del contrato, es decir, debe estar debidamente motivado y **iii)** que la causal que se alegue en la decisión se encuentre enmarcada en los eventos que la ley ha dispuesto.

En lo que tiene que ver con los eventos, el artículo 17 de la Ley 80 de 1993 señala: 1) Cuando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo imponga. 2) Por muerte o incapacidad física permanente del contratista, si es persona natural, o por disolución de la persona jurídica del contratista. 3) Por interdicción judicial de declaración de quiebra del contratista. 4) Por cesación de pagos, concurso de acreedores o embargos judiciales del contratista que afecten de manera grave el cumplimiento del contrato (Congreso de la República, 1993).

En los casos a que se refieren los numerales 2º y 3º del mencionado artículo 17 de la Ley 80, la entidad pública contratante podrá continuar la ejecución del contrato con el garante de la obligación. La misma norma autoriza a la entidad para disponer medidas de inspección, control y vigilancia necesarias para asegurar el cumplimiento del objeto contractual e impedir la paralización del servicio.

### **1.1.3. Terminación Unilateral Potestad reglada y Motivación expresa**

La terminación unilateral, como facultad exorbitante que concede la ley a las entidades públicas, es una potestad reglada que sólo procede en casos excepcionales, por lo que se impone la manifestación expresa de los motivos que dieron lugar al acto que pone fin anticipadamente al contrato. Si bien el interés público o general reclama el uso de este tipo de medidas extraordinarias su interpretación, ha dicho uniformemente la jurisprudencia del Consejo de Estado, que su aplicación es restrictiva por corresponder a reglas de excepción (Consejo de Estado 1986).

Es dable establecer que en aquellos eventos en los que las entidades públicas, por disposición legal, celebran contratos sometidos a las reglas de derecho privado, no le es posible pactar a su favor las cláusulas excepcionales o exorbitantes establecidas en el Estatuto General de la Contratación Estatal, como lo serían las cláusulas de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales, de caducidad y de reversión.

En el ordenamiento jurídico colombiano se encuentra que el Estatuto General de la Contratación Estatal —Ley 80 de 1993, modificada por la Ley 1150 de 2007— estableció que únicamente las entidades públicas sometidas en su actividad contractual a sus disposiciones pueden pactar a su favor, bajo el cumplimiento de ciertos requisitos, las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales, de caducidad, de reversión y de imposición unilateral de multas, determinación que excluye de entrada el pacto de cláusulas excepcionales en contratos celebrados entre particulares o en contratos que no se encuentren sometidos a las reglas establecidas en el estatuto general de contratación estatal.

Conforme a lo expuesto, es posible llegar a las siguientes conclusiones relevantes: i) que las entidades públicas sometidas en su actividad contractual a las reglas de derecho común no pueden pactar las cláusulas excepcionales o exorbitantes previstas en el Estatuto General de Contratación Estatal, salvo que la ley o una norma superior lo autorice de manera clara y expresa, y ii) que la ejecución o cumplimiento unilateral de una cláusula excepcional o exorbitante en los contratos sometidos al derecho común es ilegal por comportar una potestad exclusiva del Estado, salvo que se ejerza bajo el amparo de una ley o norma superior (Union Temporal Arteaga - Zambrano vs Ecopetrol S.A., 2014).

En este orden de ideas se pueden relacionar las siguientes características de este tipo particular de instrumentos en manos de la administración estatal:

- a) Su objetivo es la protección de los intereses generales, en armonía con los fines del Estado.
- b) Buscan la salvaguardia en la prestación de los servicios públicos.
- c) Fueron creadas para corregir las acciones de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista.
- d) Sólo estas se estipulan a favor de la administración y no del contratista.
- e) En algunos contratos estatales, la ley permite que las mismas pueden ser pactadas entre las partes contratantes.

f) Las cláusulas exorbitantes sólo pueden aplicarse en los casos en que la ley lo establece, de lo contrario vicia de nulidad el contrato.

g) La característica de exorbitancia tiene como fundamento una prerrogativa de carácter público.

h) Tienen un carácter extraordinario e inusual con referencia al derecho común, ordinario.

De acuerdo a la última clasificación de los grupos, ya expuesto, nos permitimos referirnos a lo que en sentencia del Consejero Dr. Mauricio Fajardo Gómez, respecto a la legalidad de la estipulación de cláusulas exorbitantes, el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, explica que:

**Contratos estatales no previstos o contemplados en el artículo 14 de la Ley 80 y, por tanto, sometidos en mayor medida a los regímenes legales consagrados en los Códigos Civil y/o de Comercio.** Este importante grupo de contratos estatales, integrado por todos aquellos tipos contractuales que no encajan en una sola de las hipótesis contempladas en el artículo 14 de la Ley 80 y ni siquiera mencionados a lo largo de sus diferentes preceptos, sin duda deberán seguirse por las mismas pautas o derroteros que se dejan indicados para los contratos que integran el grupo inmediatamente anterior, esto es el iii). (Consejo de Estado, 2012, págs. 41-42)

Bajo este criterio, lo anterior significa como en reiteradas ocasiones se ha pronunciado este Alto Tribunal, en tratándose de contratos donde se aplique las reglas del derecho privado, esto es civil y mercantil, que no se encuentren dentro de las prerrogativas del numeral 2º, inciso primero del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, no podrán las partes, especialmente, la administración pública hacer inclusión, esto es, dejar consignadas cláusulas excepcionales, ya que las mismas contravienen los principios de igualdad entre las partes contratantes, así como la seguridad jurídica del negocio jurídico.

No obstante lo anterior, haciendo eco de la postura de la Corte Constitucional, el Consejo de Estado, requiere a los operadores jurídicos, encargados de la contratación estatal, efectuar los respectivos ajustes y previsiones para alcanzar los objetivos de la misma, esto es el interés general y la adecuada prestación de los servicios, por parte del Estado, haciendo uso de la normatividad tanto del derecho público como privado:

En consonancia con el libre ejercicio de la actividad económica y la iniciativa privada el primer inciso del artículo 13 de la ley 80 establece un orden de precedencia normativo para la celebración de los contratos por parte de las entidades estatales, fijando al efecto la regla general según la cual los contratos estatales se rigen por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esa ley. De lo cual se sigue que en cada hipótesis contractual el ordenador del gasto deberá indagar primero sobre la eventual existencia de reglas especialmente previstas en el

Estatuto de Contratación Pública para el mejor desarrollo de su gestión, para luego sí, en caso positivo, aplicar los respectivos dispositivos de este Estatuto, y sólo de manera subsidiaria y residual, las normas comerciales y civiles. **De este modo el Legislador estableció un Estatuto mixto** que a un tiempo le da cabida tanto a principios y reglas protectoras de la gestión estatal como a dispositivos abiertos a la iniciativa privada y la libre empresa. Así, nos encontramos con que nuestro ordenamiento jurídico provee a un mismo tiempo disposiciones de derecho público y de derecho privado a la contratación estatal, a cuyos efectos deben articularse adecuadamente los respectivos contenidos normativos, en la perspectiva de la legalidad, oportunidad y conveniencia del gasto.

Por lo tanto, conforme al primer inciso del artículo **le corresponde al operador jurídico realizar una labor de interpretación sistemática en orden a la aplicación de las reglas pertinentes, que bien pueden corresponder simultáneamente a las de la ley 80 de 1993 y a las de los códigos de comercio y civil; sin que por otra parte ello pueda llegar a propiciar algún tipo de intangibilidad o dispensa frente a los controles estatales que la Constitución y la ley estipulan en torno al gasto público. Consecuentemente, cada hipótesis contractual del Estado es susceptible de gobernarse por principios y reglas tanto de orden público como de orden privado, donde la intensidad de la preeminencia del primero sobre el segundo dependerá del grado de regulación normativa que el Estatuto Contractual Estatal establezca para el respectivo caso.** Y al decir Estatuto Contractual Estatal debe entenderse la ley 80 de 1993 junto con todas las demás disposiciones que válidamente la complementan, modifican y derogan. (Cursiva propia del texto) (Consejo de Estado, 2012, págs. 41-42)

## 1.2. **Contrato de entidades estatales de tipo privado y Aplicación del régimen legal privado a contratos estatales**

Siguiendo con la línea argumentativa, a manera de ilustración, se hará una breve enunciación de aquellos contratos celebrados por entidades estatales que se encuadran o celebran conforme al régimen privado de contratación; para ello se traerá a colación la exposición que hace el jurista colombiano en contratación estatal Álvaro Darío Becerra Salazar, quien clasifica el régimen privado de contratación estatal en dos grandes grupos, a saber:

### **A. Por la naturaleza de ciertas entidades estatales**

Dentro de este grupo, el jurista incluye a entidades públicas tales como: Las Empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios, las **Universidades estatales u oficiales** (Objeto de estudio del presente trabajo), las Empresas sociales del Estado, las Entidades financieras de carácter estatal, el Banco de la República, las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y ciertas Sociedades de Economía Mixta, entre otras.

### **B. Por el objeto contractual**

Dentro de este grupo incluye los siguientes tipos de contratos: Contratación de la administración del subsidio de salud, Contratos y asociaciones con entidades sin ánimo de lucro, Contratos para el desarrollo de proyectos culturales, Contratación del servicio público educativo,

Contrato de asociación para actividades científicas y tecnológicas, Contratos de recuperación y/o conservación de antigüedades y valores náufragos, Enajenación de acciones del estado, Contratación para el ejercicio de funciones administrativas por particulares, entre otros.

En este punto, es importante aclarar que bajo la vigencia del decreto ley 222 de 1983, se suscitaron importantes discrepancias en la doctrina y en la jurisprudencia respecto a la distinción entre las categorías de contrato administrativo y contrato de derecho privado de la administración, debido a la diversidad de criterios legales adoptados, los cuales adolecieron del exigido rigor técnico conceptual. En efecto, la distinción podía establecerse, según la entidad pública que celebra el contrato, en razón de la clase de contrato o por efectos de la inclusión de cláusulas exorbitantes, lo cual en la práctica generó no pocos conflictos en la determinación de la naturaleza contractual y del juez del contrato.

En virtud de lo anterior, el legislador decidió crear una única categoría que comprenda a todos los negocios jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades estatales, los cuales deben ser regulados y regidos por la autonomía de la voluntad como principio rector, por la protección del interés público y por el estricto manejo y vigilancia de los recursos fiscales que se comprometen en su celebración.

Coherente desde el punto de vista de la semántica jurídica con el órgano público contratante, se acuñó la categoría “contratos estatales”, los cuales, de conformidad con el art. 32 de la ley 80 de 1993, son todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades estatales que el mismo ordenamiento enumera.

Respecto del Régimen Jurídico Mixto en Colombia, podemos decir que, como ya lo ha expresado la H. Corte Constitucional, mediante la expedición de la Ley 80 de 1993, la actividad contractual del Estado quedó bajo la denominación genérica de contrato estatal, caracterizado por tener un régimen jurídico mixto, integrado por normas de derecho público y derecho privado<sup>3</sup>. En efecto, el precitado artículo 32 de la Ley 80 prescribe que los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere dicho estatuto, se encuentran “previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad” (1993, pág. 8), así como los que, a título enunciativo, allí se establecen.

Lo anterior significa que el estatuto contractual reconoce e incorpora regímenes provenientes de otras áreas diferentes del derecho público, como son el derecho civil y comercial o de naturaleza especial, e igualmente lo pactado en ejercicio del principio de autonomía de la voluntad de las partes contratantes, siempre y cuando no vayan contra ley o derecho ajeno.

Sin menoscabo del interés público y de los fines estatales que todo acto contractual está llamado a cumplir, razón por la cual la entidad contratante está investida de una posición especial y privilegiada en la relación contractual, el contrato estatal es en esencia una institución que se inscribe dentro de los negocios jurídicos bilaterales: éstos se constituyen en fuentes generadoras de derechos y obligaciones, en ejercicio del principio de autonomía de la voluntad de las partes para obligarse recíprocamente. Por esta razón le son aplicables principios y regulaciones

---

<sup>3</sup> Cf. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de septiembre 23 de 1997, Exp. S-701-Contractual, Actor: Diego Giraldo Londoño, Ponente: Dr. Carlos Betancur Jaramillo.

provenientes del derecho privado, siempre y cuando no entren en contradicción con el régimen público.

Así, por ejemplo, el artículo 14 de la ley 80 de 1993 establece de manera expresa cuáles son los contratos en los que se deberán pactar las cláusulas exorbitantes al derecho común; de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad; en cuáles dicha inclusión es meramente facultativa de la entidad pública, y en cuáles contratos se prescindirá de dicha utilización, como sucede con los que se celebren con personas públicas internacionales, en los de empréstito, donación, arrendamiento, etc (Congreso de la República, 1993).

Por otra parte, existen contratos estatales que por disposición legal son regulados por el derecho privado sin perder tal condición, por ejemplo el contrato de Fiducia pública al cual, por virtud del artículo 32, numeral 5° del estatuto contractual, “le serán aplicables las normas del Código de Comercio sobre fiducia mercantil” (1993, pág. 8), en cuanto sean compatibles con dicho estatuto.

Lo anterior es perfectamente comprensible, por cuanto las grandes tareas y responsabilidades que el Estado en materia social y económica está llamado a cumplir, los desafíos del desarrollo tecnológico y comercial, las políticas económicas de globalización, exigen del Estado una respuesta ágil, oportuna y eficaz que no podría producirse convenientemente dentro de los procedimientos del derecho público, por lo cual se ve precisado a acudir a instituciones del derecho privado que le permiten cumplir tales propósitos.

En consecuencia, la aplicación del régimen jurídico proveniente del derecho privado a un contrato celebrado por una entidad estatal, no tiene la virtualidad de modificar la naturaleza pública del contrato, puesto que ésta se define desde el punto de vista orgánico (entidad contratante) o funcional (materialidad del negocio jurídico bilateral).

## **APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA EN LOS CONTRATOS DE LAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS**

Para dar inicio a este capítulo es importante señalar que el Congreso de la República expidió la ley 30 de 1992 “Por la cual se organiza el servicio público de la Educación Superior”; el cual establece en su artículo 57, que las universidades estatales u oficiales deben constituirse como entes universitarios autónomos, con régimen especial y vinculado al Ministerio de Educación Nacional en lo que se refiere a las políticas y a la planeación del sector educativo. Dichos entes estarán dotados de personería jurídica, autonomía académica, administrativa y financiera, patrimonio independiente y podrán elaborar y manejar su presupuesto de acuerdo con las funciones que les corresponden (Congreso de la República, 1992).

El capítulo IV de la precitada ley que trata sobre el régimen de contratación y control fiscal prescribe:

Artículo 93.- Salvo las excepciones consagradas en la presente ley, los contratos que para el cumplimiento de sus funciones celebren las universidades estatales u oficiales, se regirán por las normas del derecho privado y sus efectos estarán sujetos a las normas civiles y comerciales, según la naturaleza de los contratos.

Parágrafo. Se exceptúan de lo anterior los contratos de empréstito, los cuales se someterán a las reglas previstas para ellos por el Decreto 222 de 1983 y demás disposiciones que lo modifiquen, complementen o sustituyan.

Artículo 94.- Para su validez, los contratos que celebren las universidades estatales u oficiales, además del cumplimiento de los requisitos propios de la contratación entre particulares, estarán sujetos a los requisitos de aprobación y registro presupuestal, a la sujeción de los pagos según la suficiencia de las respectivas apropiaciones, publicación en el Diario Oficial y pago del impuesto de timbre nacional cuando a este haya lugar.

Artículo 95.- En razón de su régimen especial, autoriza a las universidades estatales u oficiales para contratar con empresas privadas colombianas los servicios de control interno a que se refiere el artículo 269 de la Constitución Política de Colombia.

Parágrafo. La anterior autorización se hará extensiva a las demás instituciones estatales u oficiales de Educación Superior que de conformidad con la presente ley no tienen el carácter de universidad. (Congreso de la República, 1992, págs. 15-16)

La Corte Constitucional, al declarar la exequibilidad de los arts. 93 y 94 de la ley 30 de 1992, antes transcritos, expresó:

El constituyente autoriza a la ley para crear un "régimen especial" para las universidades del Estado, lo que significa que estas instituciones se regularán por normas especiales que pueden ser iguales o distintas a las aplicables a otras entidades de educación superior, públicas y privadas, o a las demás entidades estatales, siempre y

cuando con ellas no se vulnere su autonomía. En consecuencia, bien podía la ley, sin infringir la Constitución, establecer un régimen contractual diferente para tales entes universitarios, como lo hizo en las normas acusadas, al determinar en el inciso tercero del artículo 57, que el carácter especial del régimen de las universidades estatales u oficiales comprende el régimen contractual; y consagrar en el artículo 93 que los contratos que celebren dichas instituciones se regirán por las normas del derecho privado, y sus efectos estarán sujetos a las normas civiles y comerciales, según la naturaleza de los contratos, exceptuando los de empréstito, que deben someterse a las reglas del "decreto 222 de 1983, o a las normas que lo modifiquen o deroguen". Y como este ordenamiento fue derogado por la ley 80 de 1993, ha de entenderse que la normatividad a la cual se remite el precepto demandado, es la citada ley.

Al tener el legislador la facultad de establecer el precitado régimen especial en materia contractual, resulta apenas obvio que se hubiera consagrado en el artículo 94 demandado, algunos requisitos adicionales para la celebración de contratos con las universidades estatales u oficiales, los cuales son necesarios para la validez de los mismos, como son: aprobación y registro presupuestal, sujeción de los pagos a las respectivas apropiaciones, publicación en el Diario Oficial y pago del impuesto de timbre nacional en los casos que exija la Ley, sin lesionar mandato alguno del Estatuto Superior.

En este orden de ideas, la Corte considera que no le asiste razón al demandante, pues los mandatos acusados no infringen el inciso final del artículo 150 de la Carta, y por el contrario son pleno desarrollo del artículo 69 íbidem, que garantiza la autonomía

universitaria y autoriza al legislador para expedir un régimen especial aplicable a las universidades estatales, lo que permite que en materia contractual se rijan por disposiciones distintas de las que se consagran en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública - Ley 80 de 1993, el cual es aplicable a los entes públicos que en párrafos anteriores se mencionaron. (Subrayas fuera de texto). (C. Const, 1994, págs. 22-23)

## **2.1. Atribuciones que se generan del principio de autonomía universitaria**

En virtud del principio de autonomía universitaria, ha señalado la Corte Constitucional<sup>4</sup> que estos entes tienen la potestad para:

1. Autorregularse filosóficamente: opera dentro del marco de libertad de pensamiento y pluralismo ideológico previamente adoptado por la institución para transmitir el conocimiento.
2. Auto determinarse administrativamente: orientada básicamente a regular lo relacionado con la organización interna de las Universidades Publicas.
3. Darse y modificar sus estatutos.
4. Establecer los mecanismos que faciliten la elección, designación y períodos de sus directivos y administradores.
5. Desarrollar sus planes de estudio y sus programas académicos, formativos, docentes, científicos y culturales.

---

<sup>4</sup> Corte Constitucional Sentencia C-1435 de 2000 M.P. Cristina Pardo de Schlesinger

6. Seleccionar a sus profesores y admitir a sus alumnos.
7. Asumir la elaboración y aprobación de sus presupuestos.
8. Administrar sus propios bienes y recursos.

Respecto a uno de los elementos propios de la autonomía y régimen especial de las universidades estatales es el relacionado con su régimen contractual y la no sujeción al Estatuto General de la Contratación Pública (EGCP). En efecto, el artículo 28 de la Ley 30 de 1992 señala que las instituciones de educación superior, tanto públicas como privadas, tienen derecho a gestionar y aplicar autónomamente sus recursos para el cumplimiento de su objeto social y de su función institucional. A su turno, los artículos 57 y 93 de la misma ley establecen, de manera puntual, que los entes universitarios del Estado contarán con un régimen contractual especial.

Sobre las implicaciones que podrían tener estos entes Universitarios con tratamiento de régimen contractual especial ha sido decantada tanto por la jurisprudencia del Consejo de Estado como por la Corte Constitucional<sup>5</sup>, al concluir que la actividad contractual de estas universidades se rige por el Derecho Civil y Comercial, lo que permite que en materia contractual se acojan por disposiciones distintas de las que se consagran en el Estatuto General de Contratación Pública, salvo el régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto para la contratación estatal y aplicación de los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, que les es extensible, por disposición del artículo 13 de la Ley 1150 del 2007, como ya habíamos explicado.

---

<sup>5</sup> Sentencia. C-547-94 M.P. Carlos Gaviria Díaz

Dado lo anterior, resulta curioso, por no decir contradictorio, que en algunos estatutos contractuales de varias universidades se contemple que en lo no regulado por sus normas se aplique el Estatuto General de Contratación Pública y sus reglamentos, y, más aún, en algunas de estas instituciones, sin estipularlo, se aplique para casos “análogos” dicha reglamentación. Un ejemplo recurrente es que exigen a sus oferentes estar inscritos en el Registro Único de Proponentes que administra la cámara de comercio, el cual aplica a quienes aspiran a celebrar contratos con las entidades sometidas por el Estatuto General, restando flexibilidad y pluralidad de oferentes en los procesos de contratación.

Un ejemplo más claro y evidente para nosotros ocurre dentro de un órgano de nivel nacional como la Agencia Colombia Compra Eficiente que, desde el año 2013, viene exhortando a la publicación en el Sistema Electrónico de Contratación Pública (SECOP) de los documentos de los procesos de contratación de las entidades exceptuadas del Estatuto General de Contratación Pública por considerar que son recursos públicos. En efecto, mediante la Circular Externa 01 del 21 de junio del 2013, se estableció que: “Las entidades que contraten de acuerdo con regímenes especiales deben publicar la actividad contractual en el Sistema de Contratación Pública (SECOP); utilizando la clasificación régimen especial” (Agencia Colombia Compra Eficiente, 2013). Inclusive, para el caso de las universidades estatales, mediante concepto jurídico de mayo del 2015, estimó: “El caso particular de las instituciones educativas tienen la obligación de publicar su actividad en el Secop” (Agencia Colombia Compra Eficiente, 2015). Vale la pena involucrarse en el debate que se adelanta en el proceso de nulidad contra esas circulares en el Consejo de Estado<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> Consejo de Estado Rad. 2016-00003.

Por lo anterior, es claro que el régimen contractual previsto para las universidades estatales y las instituciones educativas de nivel superior de carácter estatal u oficial es un régimen especial, pues al tramitar, celebrar, perfeccionar, ejecutar y liquidar contratos, en cumplimiento de sus finalidades, deberán sujetarse a lo previsto en el régimen de Derecho privado para los negocios jurídicos celebrados entre particulares, esto es a la disposiciones mercantiles y civiles que fueren pertinentes al igual que a los principios del derecho privado que no resulten incompatibles con los presupuestos básicos del interés general que dicha contratación entraña.

Ahora, si bien la misma ley dispuso que las universidades en ejercicio de su actividad contractual se sujetarían a un régimen especial, y que éste sería el previsto en el derecho privado, éstas disposiciones no modifican su naturaleza de entidades estatales, que como tal deben sujetar el ejercicio de sus funciones a los principios que rigen la función administrativa en los términos del artículo 209 constitucional, al igual que a los principios generales de la contratación estatal.

En este sentido, los procesos de contratación y los contratos de las universidades públicas, no están desligados de principios vitales tales como los de transparencia, selección objetiva, legalidad, conmutatividad, sujeción a la economía del mercado, buena fe objetiva, interés general, planeación, estructuración conforme a los intereses generales de la colectividad, y en fin, a todos aquellos que consoliden el interés general que es inherente a dicha contratación, sin que por ello se desconozcan o se mengüen los intereses subjetivos de los proponentes y

contratistas que colaboran con el cumplimiento de los propósitos y las finalidades para los cuales han sido instituidas las universidades y entidades educativas en la Ley 30 de 1992.

En efecto, respecto de los contratos celebrados por universidades públicas se ha señalado:

Dichos entes estarán dotados de personería jurídica, autonomía académica, administrativa y financiera, patrimonio independiente, y podrán elaborar y manejar u presupuesto de acuerdo con las funciones que les corresponden.

La Corte Constitucional al declarar ajustadas al texto constitucional las normas relativas a la contratación de estas entidades admitió que el derecho privado constituye la regla general en la contratación de estas entidades públicas. El Consejo de Estado de manera reiterada ha consolidado la anterior jurisprudencia y determinado que es la jurisdicción contencioso administrativa la llamada a juzgar las controversias que surjan de estos contratos así el régimen aplicable a los mismos sea el del derecho privado, en virtud de que son entidades públicas (...) La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado al definir la aplicación preferente de la Ley 30 de 1992 sobre la Ley 80 de 1993 coadyuva en esta situación jurídica. En últimas, no obstante la aplicación del derecho privado lo que resulta cierto para efectos procesales es que las controversias contractuales de estos entes tienen tratamiento contencioso administrativo. (Santofimio, 2004, págs. 119-120)

Siendo claro que a los contratos celebrados por las universidades estatales se les aplican las disposiciones previstas en el derecho privado, se reitera, dicha circunstancia no altera o modifica su carácter de entidades públicas, así como tampoco la naturaleza pública de los negocios jurídicos o contratos que éstas celebran, debiendo entonces sujetar su actividad contractual no sólo a las disposiciones previstas en el Código Civil, sino también a los principios que rigen la actividad contractual del Estado.

La no claridad en esta temática conlleva a que algunos estudiosos doctrinantes del tema (Grueso, M., 2014, 195), consideren que esta circunstancia no ofrece seguridad jurídica dado que, por un lado, la Constitución de 1991 dice una cosa y las producciones legislativas ofrecen otras regulaciones que oscurecen la determinación sobre cuál derecho se debe aplicar para el caso en concreto, qué principios regulan las actuaciones de la administración pública en estas entidades, más si se tiene en cuenta la gran cantidad de empresas del Estado que tiene esta regulación especial, como son *las universidades públicas (Ley 30 de 1992)*, las empresas prestadores de servicios públicos domiciliarios (Ley 142 de 1994), las empresas industriales del Estado (Ley 143 de 1994 y Ley 142 de 1998), por citar algunas.

En cuanto el marco jurídico explícito que debe regir la contratación en las entidades sometidas a regímenes especiales, aspecto que como señalan doctrinantes, “Este tipo de entidades terminan entonces desenvolviéndose en una especie de nebulosa jurídica, en donde el Derecho Privado y el Derecho Público conviven e interactúan en una atmósfera bastante confusa.” (Ballesteros, 2013, p.6)

En este punto, es clave traer a colación lo expuesto por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, sobre el ámbito de aplicabilidad del régimen contractual privado de las universidades estatales, para desembocar en la explicación de cuando estos entes contratan en cumplimiento de sus funciones y cuando no; análisis que se hizo en la sentencia identificada con radicado No. 29726 del 10 de octubre de 2012, la cual señaló:

Este régimen (estatuto general de la contratación, se aclara), no varía porque el contratista, en este caso la Universidad de Cartagena, esté sometido a las previsiones de los artículos 57.3, 93 y 94 de la Ley 30 de 1992, dado que estas disposiciones se orientan a regular la contratación de las universidades públicas necesaria para el cumplimiento de los fines misionales e institucionales que les son propios, a cuya identificación confluyen los artículos 1° a 6° de dicha normativa.

Así surge del artículo 93 del estatuto citado, según el cual *‘salvo las excepciones consagradas en la presente ley, los contratos que para el cumplimiento de sus funciones celebren las universidades estatales u oficiales, se regirán por las normas del derecho privado y sus efectos estarán sujetos a las normas civiles y comerciales, según la naturaleza de los contratos’*.

Agréguese que si como precisó la Corte Constitucional en sentencia C-547 de 2004, al concluir la exequibilidad del régimen de contratación de las universidades públicas, éste se justifica en la necesidad de garantizar la autonomía universitaria, mal puede pensarse

que dicho régimen puede regular la contratación de otras entidades estatales respecto de quienes no es predicable tal principio.

Recuérdese, además, que de conformidad con el artículo 28 de la Ley 30 de 1992, la autonomía universitaria se traduce en que las universidades tienen derecho “*a darse y modificar sus estatutos, designar sus autoridades académicas y administrativas, crear, organizar y desarrollar sus programas académicos, definir y organizar sus labores formativas, académicas, docentes, científicas y culturales, otorgar los títulos correspondientes, seleccionar a sus profesores, admitir a sus alumnos, adoptar sus correspondientes regímenes y establecer, arbitrar y aplicar sus recursos para el cumplimiento de su misión social y su función institucional.* (Corte Suprema de Justicia, 2012, págs. 28-29)

## **2.2. Análisis general del Estatuto Interno de Contratación en algunas de las Universidades públicas, y su aplicación frente al tema**

### **2.2.1. Universidad Nacional**

La Universidad Nacional de Colombia, una de las más destacadas del país, cuenta con un régimen orgánico especial consagrado en el Decreto - Ley 1210 de 1993, el cual le confiere, entre otros, autonomía académica para decidir con plena independencia sobre sus programas de estudio, investigativos y de extensión. Vemos un amplio ejemplo sobre autonomía Universitaria en la resolución No. 1551 de 2014 (19 de Diciembre) “*Por medio de la cual se adopta el Manual*

*de Convenios y Contratos de la Universidad Nacional de Colombia*”, la cual en su introducción plantea lo siguiente;

El Decreto Extraordinario 1210 de 1993 contempla la posibilidad de que la Universidad pueda aplicar las normas generales de contratación administrativa; sin embargo, la Universidad haciendo uso de su autonomía, debe establecer criterios normativos propios y adaptados a las necesidades de su actividad contractual orientada al cumplimiento de los fines misionales.

En síntesis, la Universidad está facultada para actuar como contratante y contratista en la suscripción de toda clase de negocios jurídicos generadores de obligaciones, previstos en el derecho público o privado, típico o atípico, originados en la autonomía de la voluntad de las partes, de acuerdo con sus estatutos y con el presente Manual, siempre que no sean contrarios a la ley.

(...)

En correspondencia con las normas generales de investigación, ciencia y tecnología, no es necesario la incorporación de cláusulas excepcionales y se permite seleccionar al contratista mediante la modalidad de contratación directa, para lo cual se considera un capítulo especial que permite con mayor fluidez, celeridad y economía, participar adecuadamente en la política de Estado en estas materias, incrementando la capacidad de acción y de respuesta para generar y usar conocimiento científico y tecnológico.

(...)

En los procesos de compraventa internacional debe tenerse en cuenta la autonomía de la voluntad, el orden público y la facultad de las partes (Lex mercatoria), en otros términos, el Derecho Interno y el Derecho Internacional Público. (Universidad Nacional de Colombia, 2014, págs. 5-6)

Así mismo, vemos en la misma resolución sobre Manual de Convenios y Contratos de la Universidad Nacional de Colombia (resolución No. 1551 de 2014), regula la aplicación de las Cláusulas de Caducidad (artículo 78), Modificación Unilateral (artículo 79), Interpretación Unilateral (artículo 80), Procedimiento para la aplicación de Cláusulas de Modificación e Interpretación Unilateral (artículo 81), Terminación Unilateral (artículo 82), establecen lo siguiente:

#### **Artículo 78. Cláusula de caducidad**

Es la facultad que tiene la Universidad de dar por terminada una orden contractual o contrato y ordenar su liquidación, en aquellos casos en los cuales advierta que hay claras evidencias de que el contratista está incumpliendo con las obligaciones contractuales y que esta circunstancia afecta de manera grave y directa la ejecución del mismo, hasta el punto de considerar que se puede presentar su parálisis.

Se pactará la cláusula de caducidad en órdenes contractuales o contratos de obra, concesión, suministro o prestación de servicios. Esto sin perjuicio de que la Universidad pueda pactarla en otro tipo de órdenes contractuales o contratos cuando lo estime conveniente en razón del objeto contratado.

El procedimiento para su aplicación será el siguiente:

(...)

#### **Artículo 79. Cláusula de modificación unilateral**

Si durante la ejecución de la orden contractual o contrato y para evitar la paralización o la afectación grave del servicio que se deba satisfacer con él, fuere necesario introducir variaciones en la orden contractual o contrato y previamente las partes no llegan al acuerdo respectivo, la entidad en acto administrativo debidamente motivado, lo modificará mediante la supresión o adición de obras, trabajos, suministros o servicios, siempre que ello no implique la modificación del objeto contractual.

Si las modificaciones alteran el valor de la orden contractual o contrato en un veinte por ciento (20%) o más del valor inicial, el contratista podrá renunciar a la continuación de la ejecución. En este evento, se ordenará la liquidación de la orden contractual o contrato y la entidad adoptará de manera inmediata las medidas necesarias para garantizar la terminación del objeto del mismo.

Debe tenerse en cuenta que la aplicación de esta cláusula especial, no es discrecional sino regulada y por lo tanto deben existir justos motivos para hacer uso de ella y garantizar los derechos del contratista, así como también deberá observarse el debido proceso, especialmente en cuanto al derecho de audiencia y de defensa del contratista”.

#### **Artículo 80. Cláusula de interpretación unilateral**

Cuando en la ejecución de la orden contractual o contrato se presenten divergencias respecto a la interpretación del clausulado, que no puedan ser subsanadas acudiendo a las normas de interpretación generales, el pliego de condiciones que dieron origen a la contratación o la oferta presentada por el contratista, la Universidad interpretará en acto administrativo debidamente motivado, las estipulaciones o cláusulas objeto de la diferencia”.

(...)

#### **Artículo 82. Cláusula de terminación unilateral**

La Universidad podrá terminar unilateralmente las órdenes contractuales y los contratos que haya celebrado en los siguientes casos:

1. Cuando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo imponga.
2. Por muerte o incapacidad física permanente del contratista, si es persona natural o por disolución de la persona jurídica del contratista.
3. Por interdicción judicial o liquidación obligatoria del contratista.
4. Por cesación de pagos, concurso de acreedores o embargos judiciales al contratista que afecten de manera grave el cumplimiento de la orden contractual o contrato.

Cuando dichas causales se presenten, el ordenador del gasto deberá expedir el acto administrativo mediante el cual se dé aplicación a la terminación unilateral de la orden

contractual o contrato, sin que sea necesario procurar acuerdos previos con el contratista para poder declararla.

El acto administrativo debe contener entre otros, los hechos y circunstancias que dan lugar a la terminación unilateral, las pruebas en que se fundamenta, la causal invocada, las multas y sanciones en caso que haya habido lugar a su aplicación, la declaración del siniestro, la decisión de dar por terminado unilateralmente la orden contractual o contrato, la fecha a partir de la cual rige la terminación, la orden de liquidarlo, el reconocimiento de compensaciones económicas e indemnizaciones a que tenga derecho el contratista, su cuantía, la orden de pagarlos y los recursos que contra este acto administrativo proceden. (Universidad Nacional de Colombia, 2014, págs. 19-20)

Hacen parte de la clara manifestación de la autonomía Universitaria y la excepcionalidad o exorbitante que puede ejercer la entidad cuando así lo considere dentro de la valoración del riesgo previsto, y de acuerdo a la clase de contrato.

### **2.2.2. Universidad de Cartagena**

La Universidad de Cartagena, entidad de orden departamental creada por el decreto del 6 de octubre de 1827 expedido por el Libertador Simón Bolívar y reconocida por disposiciones legales posteriores, entre ellas, la ordenanza No. 12 de 1956 del Consejo Administrativo de Bolívar, el Decreto No 166 del 24 de febrero de 1983 de la Gobernación de Bolívar. Dentro de la contratación a la vista celebrada y publicada en el Sistema Electrónico de Contratación Pública de los años 2018, 2017, 2016, 2015, 2014 y 2013 (Ver: <https://www.contratos.gov.co/consultas/inicioConsulta.do>), observamos que en los contratos de

prestación del servicio, obra pública y suministro e instalación se encuentra dispuesta la Terminación Unilateral, específicamente en las Clausulas Novena a Décima Tercera dentro de los modelos de contratos establecidos por la Universidad de Cartagena, lo anterior, en virtud de la potestad exorbitante establecida para decretar la terminación unilateral, tal y como dispone en el numeral **iii)** que la causal que se alegue en la decisión se encuentre enmarcada en los eventos que la ley ha dispuesto. Y en lo que tiene que ver con los eventos, el artículo 17 de la Ley 80 de 1993 señala: 1) Cuando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo imponga. 2) Por muerte o incapacidad física permanente del contratista, si es persona natural, o por disolución de la persona jurídica del contratista.

Tal y como igualmente lo dispone el segundo párrafo del artículo 44 del Acuerdo No. 04 (20 de abril de 2018) “*Por el cual se expide el manual de contratación de la Universidad de Cartagena*”, el cual establece lo siguiente;

**ARTICULO 44. TERMINACION DEL CONTRATO.** El contrato terminara en forma normal por cumplimiento del objeto contractual, vencimiento del término o cumplimiento de la condición, por lo cual se procederá a su liquidación en forma señalada en el presente reglamento.

En forma anormal por imposibilidad del cumplimiento, por terminación unilateral, por inhabilidad o incompatibilidad sobreviviente, por decisión judicial, por cesión sin autorización previa de la Universidad de Cartagena, por lo cual se procederá a su liquidación en forma señalada en el presente Reglamento. (Subrayado fuera del texto original) (Universidad de Cartagena, 2018, pág. 16)

### 2.2.3. Universidad de Córdoba

La Universidad de Córdoba, creada en el año 1966 el Congreso de República expidió la Ley 37 de 1966 y regulado por la ley 30 de 1992 y por el Acuerdo 0021 de 1994 emanado del Consejo Superior Universitario. Dentro de la contratación a la vista celebrada y publicada en el Sistema Electrónico de Contratación Pública de los años 2018, 2017, 2016 (Ver: <https://www.contratos.gov.co/consultas/inicioConsulta.do>), observamos que en los contratos celebrados por la Universidad se encuentra establecida la *Cláusula Decima – Interpretación, Modificación y Terminación Unilateral* y *Clausula Decima Primera – Terminación Anticipada* específicamente en los modelos de contrato de Prestación de Servicio, Suministro, en los *contratos de obra* la *Terminación del Contrato* se encuentra en la *Cláusula Vigésima*.

Así igualmente lo establece el Acuerdo 099 del 27 de Diciembre de 2006 “Por el cual se adopta el Estatuto de Contratación de la Universidad de Córdoba”. Su artículo 5 REGIMEN ESPECIAL establece, lo siguiente;

**ARTÍCULO 5°. RÉGIMEN ESPECIAL:** Por disposición del artículo 93 de la ley 30 de 1992, los contratos que suscriba la Universidad de Córdoba para el cumplimiento de sus funciones se registrarán por las normas del derecho privado, y sus efectos estarán sujetos a las normas civiles y comerciales, según la naturaleza de los contratos. Se exceptúan de lo anterior, los contratos de empréstitos, los cuales se someterán a las reglas

previstas para ellos en el Decreto 222 del 1983 y demás disposiciones que lo complementen, modifiquen y sustituyan.

**Parágrafo 1:** Los contratos celebrados con personas extranjeras, podrán regirse por las reglas o normas del país extranjero, siempre y cuando no sea lesivo a la Universidad, y en su defecto por el presente Estatuto.

**Parágrafo 2:** Los contratos financiados con fondos de los organismos multilaterales de crédito, o celebrados con personas extranjeras de derecho público u organismos de cooperación, asistencia y ayudas internacionales, podrán someterse a lo definido en el convenio, contrato o acuerdo que se firme o a los reglamentos de tales entidades, de acuerdo con la voluntad de las partes, en todo lo relacionado con procedimientos de formación y escogencia, ejecución, cumplimiento, pago y ajustes. (Universidad de Cordoba, 2006, pág. 2)

**El Capítulo V** que habla sobre la Vigilancia y Control de la Ejecución del Contrato en su artículo 28 establece de qué forma se dará aplicación a las Clausulas Excepcionales en los Contratos suscritos por la entidad, así;

**ARTICULO 28. CLÁUSULAS EXCEPCIONALES:** La Universidad podrá decretar la caducidad del contrato, la terminación, interpretación y modificación unilateral, de acuerdo a las normas que regulen la materia. (Universidad de Cordoba, 2006, pág. 8)

Así mismo el **artículo 34** del mismo Estatuto Interno de Contratación establece lo siguiente:

**ARTICULO 34. TERMINACIÓN:** El contrato terminará:

a) En forma normal por cumplimiento del objeto contractual, vencimiento del término o cumplimiento de la condición, por lo cual se procederá a su liquidación en la forma señalada en el presente estatuto.

b) En forma anormal por imposibilidad de cumplimiento, por terminación unilateral, por inhabilidad o incompatibilidad sobreviniente, por decisión judicial, por cesión sin autorización previa de la Universidad de Córdoba, por mutuo acuerdo, por lo cual se procederá a su liquidación en la forma señalada en el presente Estatuto. (Subrayado fuera del texto original) (Universidad de Cordoba, 2006, pág. 9)

#### **2.2.4. Universidad de La Guajira**

La Universidad de la Guajira es una Institución de Educación Superior colombiana, creada en 1976 en Riohacha, extendida en varios municipios, adquiriendo el carácter de Alma Máter de La Guajira. Desde su apertura, ha sido una Universidad pública de régimen departamental. Dentro de la contratación a la vista celebrada y publicada en el Sistema Electrónico de Contratación Pública de los años 2018, 2017, 2016 (Ver: <https://www.contratos.gov.co/consultas/inicioConsulta.do>), observamos que en los contratos celebrados por la Universidad se encuentra establecida la Cláusula Decima – Interpretación, Modificación y Terminación Unilateral y Clausula Decima Primera – Terminación Anticipada específicamente en los modelos de contrato de Prestación de Servicio, Suministro, en los contratos *de obra* la *Terminación del Contrato* se encuentra en la *Cláusula Vigésima*.

Que lo anterior en base a la resolución No. 2505 de 2013 (*“Por medio del cual se modifica el Estatuto de Contratación de la Universidad de La Guajira*), se modifica el Acuerdo 015 de 2006, el Acuerdo 006 de 2007 y el Acuerdo 010 de 2007, y se deja sin efectos la resolución 0589 de 2009”. Así mismo, se resuelve en el Capítulo Primero (Disposiciones Generales) artículo 2 Objeto, lo siguiente:

### **ARTÍCULO 2º OBJETO.**

*Disponer los principios, las competencias, las cláusulas excepcionales, los procedimientos para la formación del contrato y en general, las reglas que rigen la contratación en la Universidad de la Guajira, tendientes a asegurar la transparencia en la selección de contratistas, el cumplimiento de las obligaciones y la correcta ejecución de los contratos. (Subrayado y negrilla fuera del texto original) (Universidad de La Guajira, 2013, pág. 2)*

De igual modo en el artículo siguiente se establece la definición del Régimen al cual aplica la Universidad de la Guajira, así;

### **ARTÍCULO 3. RÉGIMEN ESPECIAL.**

Por lo estipulado en la ley 30 de 1993, los contratos que para el cumplimiento de sus funciones suscriba la Universidad se rigen por las normas del derecho privado y, según su naturaleza, sus efectos están sujetos a las normas civiles y comerciales vigentes. Se exceptúan los contratos de empréstito, los cuales se someten a las reglas previstas para

ellos en las disposiciones legales, y aquellos que según este Manual requieren cláusulas excepcionales.

Los contratos celebrados en el exterior podrán regirse en su ejecución por las reglas del país donde se han suscrito, a menos que deban cumplirse en Colombia.

Los contratos que se celebren en Colombia y deban ejecutarse o cumplirse en el extranjero, pueden someterse a la ley extranjera.

Los contratos financiados con fondos de los organismos multilaterales de crédito, o celebrados con personas extranjeras de derecho público u organismos de cooperación, asistencia y ayudas internacionales, podrán someterse a los reglamentos de tales entidades en todo lo relacionado con procedimientos de formación y de adjudicación, y a las cláusulas especiales de ejecución, cumplimiento, pago y ajustes. (Universidad de La Guajira, 2013, pág. 2)

Para el caso de las modificaciones al contrato, el Estatuto de Contratación Interno de la Universidad de la Guajira establece lo siguiente:

#### **ARTÍCULO 43°. MODIFICACIONES Y CONTRATOS ADICIONALES.**

La Universidad, en su calidad de contratante, podrá de manera excepcional modificar unilateralmente los contratos, con sujeción a las reglas establecidas en este estatuto.

También podrán modificarse los contratos de común acuerdo entre las partes y se requerirá elaborar un contrato adicional, el cual será parte del contrato principal.

Si la adición implica incremento del valor, debe tenerse en cuenta además de lo anterior, lo siguiente:

- Acta de justificación de la adición del contrato suscrita por el interventor o supervisor
- Existencia del certificado de disponibilidad presupuestal, registro presupuestal y ampliación de la garantía.
- En caso de requerir vigencias futuras, se cumplirá con los requisitos previstos por las normas presupuestales establecidas por el Gobierno Nacional y la normatividad propia que para el efecto disponga la Universidad.
- Se incrementará proporcionalmente el amparo de los recursos adicionales en la garantía única.
- Los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor total inicial, expresado en salarios mínimos legales mensuales vigentes, al momento de suscripción, salvo para el caso de los contratos de comisión de estudios los cuales por su naturaleza especial no estarán sujetos a este límite.
- Si se trata de ampliación del plazo de ejecución del contrato, debe considerarse lo siguiente: Este tipo de adición o prórroga no tiene límite legal o estatutario alguno,

pero en caso de comportar adición en el valor, se fijará el límite prudencial a la adición en plazo.

- La vigencia de las garantías debe ampliarse en la misma proporción en que se haya adicionado o prorrogado el contrato principal o sus respectivas adiciones, en caso de haberlas. (Universidad de La Guajira, 2013, pág. 19)

Sobre la terminación de los contratos el régimen del mismo estatuto en su artículo 47 establece lo siguiente:

**ARTÍCULO 47º. TERMINACIÓN: LOS CONTRATOS TERMINARAN EN FORMA NORMAL O ANORMAL.**

1.- Terminación normal: El contrato terminará en forma normal por cumplimiento del objeto contractual, vencimiento del término o cumplimiento de la condición.

2.- Por Terminación anormal: El contrato termina en forma anormal y de acuerdo con lo establecido en el presente Estatuto de contratación, cuando se de alguna de las siguientes circunstancias:

- Por Imposibilidad de cumplimiento: Siempre que ocurran circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito o conveniencia justificada de las partes, que no permitan la culminación o ejecución del contrato, éste se dará por terminado de mutuo acuerdo entre las partes, mediante un acta elaborada por el interventor o quien haga sus veces y suscrita por el mismo y las partes contratantes, la cual servirá de liquidación del contrato, en

donde se expliquen las causales, se resuman los montos debidos por las partes y se describa el estado en que quedan las obligaciones contraídas entre ellas.

- Por caducidad o terminación unilateral. En el caso de los contratos de prestación de servicios solo podrá haber terminación unilateral o caducidad, si se pacta expresamente en el contrato u orden respectiva.

**PARÁGRAFO:** La terminación unilateral de los contratos estará a cargo de la Oficina Jurídica. (Universidad de La Guajira, 2013, págs. 20-21)

En artículo aparte, el Estatuto de Contratación de la Universidad de la Guajira, prevé la Clausulas Excepcionales y Declaratoria de incumplimiento en el artículo 48 del mismo y establece lo siguiente:

#### **ARTÍCULO 48° CLÁUSULAS EXCEPCIONALES Y DECLARATORIA DE INCUMPLIMIENTO.**

La Universidad en los contratos que celebre podrá pactar cláusulas excepcionales. Su estipulación, en los casos en que dichas facultades sean jurídicamente procedentes, hace prevalecer la voluntad de la Universidad sobre la del contratista particular.

Las cláusulas excepcionales que podrá utilizar la Universidad son la interpretación unilateral, modificación unilateral, terminación unilateral y caducidad. La Universidad de la Guajira, podrá declarar el incumplimiento adelantando una actuación administrativa. En lo relativo a estas cláusulas, si se pactaren, y a la declaratoria de incumplimiento, se aplicará la regulación prevista en la ley 80 de 1993 y demás normas que la modifiquen y

complementen. (Subrayado fuera del texto original) (Universidad de La Guajira, 2013, pág. 21)

Ahora bien, la autonomía universitaria no consiste en la autorregulación absoluta de los centros de enseñanza superior hasta el punto de desconocer el contenido esencial del derecho fundamental a la educación, ya que dicha autonomía se entiende que debe estar encauzada siempre en aras del objetivo para el cual la consagró el constituyente, esto es la educación, concebida por él como un servicio público que tiene una función social (Artículo 67); siendo ello así, jamás puede el medio ir contra el fin.

El sentido de la autonomía universitaria no es otro que brindar a las universidades la discrecionalidad necesaria para desarrollar el contenido académico de acuerdo con las múltiples capacidades creativas de aquellas, con el límite que encuentra dicha autonomía en el orden público, el interés general y el bien común. La autonomía es, pues, connatural a la institución universitaria desde su inicio en Bolonia, en las postrimerías del siglo XI; pero siempre debe estar regida por criterios de racionalidad, que impiden que la universidad se desligue del orden social justo. Por el contrario, con la autonomía que se le reconoce, debe desplegar su iniciativa como un aporte a la sociedad. En términos jurídicos concretos la autonomía se materializa en la posibilidad de regirse por autoridades propias e independientes, y fundamentalmente, de darse – dentro del ámbito académico – sus propias normas, en desarrollo de la libertad científica mencionada.

Las universidades públicas y privadas gozan, por virtud de lo dispuesto en el Artículo 69 de la Carta Política de un ámbito de libertad dentro de la cual pueden adoptar de manera autónoma

las decisiones que afecten el desarrollo de su función docente e investigativa. Esta garantía institucional surge como desarrollo natural y necesario de un Estado fundado en el valor de la libertad y en los principios del pluralismo y la participación.

La finalidad de la autonomía universitaria es la de evitar que el Estado, a través de sus distintos poderes, intervenga de manera ilegítima en el proceso de creación y difusión del conocimiento. Con ello se asegura un espacio de plena autonomía en el que el saber y la investigación científica se ponen al servicio del pluralismo y no de visiones dogmáticas impuestas por el poder público, que coartarían la plena realización intelectual del ser humano e impedirían la formación de una opinión pública crítica que proyecte el conocimiento en el proceso de evolución social, económica y cultural.

## **CONCLUSIONES**

El estudio de la procedencia de la inclusión de las cláusulas excepcionales de la contratación pública en los contratos celebrados por las Universidades Públicas, y la armonización de ellas frente al principio de la autonomía universitaria, adquieren un análisis preponderante en el desarrollo del objeto social por el cual fueron creadas las Instituciones Públicas de Educación Superior; pues el poder discrecional de aplicar dichas cláusulas extrañas al derecho común, podría constituirse en una herramienta eficaz para el logro y cumplimiento de la visión y misión de estos entes descentralizados y autónomos con personería jurídica.

Sin duda el interés general prima sobre el particular, y para las universidades públicas, dicho principio fundante del Estado Social de Derecho no es la excepción pues “la autonomía universitaria”, comprende, de una parte la posibilidad de disponer la designación de sus propias

directivas, norma que se encuentra complementada con el inciso 2o. del Artículo 68, donde se preceptúa que la “comunidad educativa participará en la dirección”; y de otra parte, la posibilidad de “regirse por sus propios estatutos”; todo, sin perjuicio de acordar sus actuaciones a la ley, como resultado no sólo de la expresión del texto citado, sino también de la lógica que impone a la institución universitaria el Estado Social de Derecho, que implica, en lo concerniente, la sumisión tanto de las autoridades públicas como de la sociedad a los mandatos legales.

Esta concepción de autonomía, que se traduce en la facultad de producir acciones lícitas no contrarias a la obligación esencial de la persona o la institución (en el caso de la universidad la de formar y educar en una profesión o disciplina), es la que subyace en nuestro ordenamiento jurídico. La autonomía universitaria entendida como la capacidad de autodeterminación de un colectivo de pares, que coinciden en el ejercicio de un quehacer fundamental para el estado, sin perder por ello su identidad y consecuente diversidad.

Dentro de la actividad contractual de la Administración Pública en Colombia, se aplica la figura denominada cláusulas excepcionales, con fundamento en lo dispuesto en los artículos 14, 15, 16, 17, 18 y 19 de la Ley 80 de 1993, entendidas como prerrogativas o poderes especiales conferidos a favor de las entidades públicas, con la finalidad de salvaguardar el cumplimiento del objeto contractual y, en especial, la satisfacción del interés general, que se encuentra ínsito en las actuaciones contractuales del Estado.

Teniendo en cuenta que en Colombia existan dos regímenes legales de contratación, uno de tendencia del derecho público y otro de orientación del derecho privado, se pudo establecer las pautas que exigen de la inclusión o consignación de las cláusulas exorbitantes o excepcionales. A su vez, siguiendo la ilustración de la Corporación Contenciosa Administrativa, se ampliaron los parámetros de clasificación, de acuerdo a la ley 80 de 1993, donde se concibe un catálogo más integral que cobija cualquier tipo de contrato estatal.

Luego de todo ese amplio análisis y estudio de todas las normas de rango constitucional y legal que aplican al caso de estudio en particular, así como de la Jurisprudencia de la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, hay que evidenciar 2 estadios distintos previos a la resolución de la pregunta problema. Uno de ellos es las Universidades Estatales celebrando contratos en desarrollo de sus fines, entendida como un particular más; y por el otro lado, las Universidades Estatales contratando servicios que no guardan relación con sus fines misionales; concepto de fin misional que sin dudas se puede prestar para diversas interpretaciones, pero no obstante se marca como el derrotero para indicar cuando se entiende a la Universidad como obligada a contratar bajo el Estatuto de la Ley 80 y cuando no.

En ese sentido, podemos decir que cuando la Universidades Públicas contratan bienes y servicios por fuera de sus fines institucionales, se deben apegar al Estatuto General de Contratación Pública establecido en Ley 80 y demás normas concordantes, habilitándose de esta manera, la posibilidad de incluir cláusulas excepcionales de ser necesarias. Caso opuesto a cuando la contratación se efectúa dentro de sus fines misionales, por cuanto su deber es contratar como si fuese otro particular más, cobijada bajo los parámetros y principios de las leyes civiles y

comerciales; por cuanto los autores de este trabajo consideramos que en ese tipo de contratación, no lo es dable a las Universidades Públicas incluir las cláusulas excepcionales al derecho común.

Lo anterior en razón a que el principio de autonomía de la voluntad de las partes, así como el de igualdad jurídica, se verían vulnerados, y no tendría sentido que entonces las Universidades tuviesen un régimen exceptuado, toda vez que, si bien es cierto ellas como parte de la arquitectura del Estado, pretenden la prestación eficiente de un servicio público como lo es la educación, no es menos cierto que los particulares en el desarrollo de sus relaciones jurídico negociales no pueden tener ventajas o prerrogativas sobre sus co-contratantes, por lo que se considera que les está vedado a las Universidades Públicas que contratan bajo el cumplimiento de sus fines misionales, acogiéndose a las leyes civiles y comerciales, la inclusión de cláusulas excepcionales en ese tipo de contratos.

## **BIBLIOGRAFÍA**

- C. Const, C-547 de 1994 (Corte Constitucional 1 de Diciembre de 1994).
- C. Const, Sentencia C-220 de 1997 (Corte Constitucional 29 de Abril de 1997).
- Consejo de Estado, 30832 (Consejo de Estado 30 de Noviembre de 2006).
- Consejo de Estado, 20968 (Consejo de Estado 9 de Mayo de 2012).
- Corte Suprema de Justicia, 29726 (Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal 10 de Octubre de 2012).
- Sergio Manuel Hernandez Gamarra vs Tribunal Superior del Distrito Judicial de Yopal, 37083 (Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal 9 de Julio de 2014).

Union Temporal Arteaga - Zambrano vs Ecopetrol S.A., 45310 (Consejo de Estado 20 de Febrero de 2014).

Agencia Colombia Compra Eficiente. (21 de Junio de 2013). Circular externa 01 de 2013. Bogotá, Colombia.

Agencia Colombia Compra Eficiente. (Mayo de 2015). Concepto jurídico. Bogotá, Colombia.

Asamblea Nacional Constituyente. (4 de Julio de 1991). Constitución política de Colombia. Bogotá, Colombia: Gaceta oficial.

Congreso de la República. (28 de Diciembre de 1992). Ley 30 de 1992. *Por la cual se organiza el servicio público de la Educación Superior*. Bogotá, Colombia: Gaceta Oficial.

Congreso de la República. (28 de Octubre de 1993). Ley 80 de 1993. *Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*. Bogotá, Colombia: Gaceta Oficial.

Fandiño, J. (2014). *La contratación estatal*. Bogotá: Leyer.

Santofimio, J. (2004). *Tratado de Derecho Administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Universidad de Cartagena. (20 de Abril de 2018). Acuerdo No. 04 del 20 de abril de 2018. *Por el cual se expide el manual de contratación de la Universidad de Cartagena*. Cartagena, Colombia.

Universidad de Cordoba. (27 de Diciembre de 2006). Acuerdo 099 del 27 de Diciembre de 2006. *Por el cual se adopta el Estatuto de Contratación de la Universidad de Córdoba*. Montería, Colombia.

Universidad de La Guajira. (20 de Diciembre de 2013). Resolución No. 2505 de 2013. *Por medio de la cual se modifica el Estatuto de Contratación de la Univerisdad de la Guajira*. Rioacha, Colombia.

Universidad Nacional de Colombia. (19 de Diciembre de 2014). Resolución No. 1551 de 2014. *Por medio de la cual se adopta el Manual de Convenios y Contratos de la Universidad Nacional de Colombia*. Bogotá, Colombia.