CCE-DES-FM-17

**CLÁUSULAS EXCEPCIONALES – Noción – Exorbitantes**

A estas cláusulas también se les denomina «exorbitantes». Etimológicamente, esta palabra viene del latín: se compone del prefijo ex, que indica separación o movimiento de salida, y la raíz de la palabra orbita, relacionado con el curso de los astros, un derivado de la palabra orbis, que significa circunferencia. En esta medida, lo exorbitante es lo que se sale excesivamente de su ritmo o medida habitual. Para la doctrina, estas cláusulas son exorbitantes porque exceden el ámbito de libertad contractual del derecho privado, toda vez que su inclusión rompería el principio de igualdad que caracteriza a esas relaciones, donde no se autoriza la inclusión de estas atribuciones en favor de una de las partes del contrato.

**CLÁUSULAS EXCEPCIONALES – Fuente normativa – Reserva de ley – Norma superior – Jurisprudencia**

En este sentido, la jurisprudencia ha señalado que la facultad para incluir cláusulas excepcionales en los contratos estatales tiene reserva de ley o de una norma de superior jerarquía, por lo que solo aquellas pueden otorgar este tipo de facultades. En este sentido, el Consejo de Estado señaló en providencia del 20 de febrero de 2014, que:

«De acuerdo con los anteriores argumentos, 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».

**PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD – Excepción de ilegalidad – Improcedencia – Corte Constitucional**

Conforme a tal presunción, y a que el control de legalidad de los actos administrativos, incluyendo los de carácter general, se encuentra atribuido de manera específica en la referida jurisdicción, la Corte Constitucional ha considerado que no resulta posible en sede administrativa inaplicar los actos administrativos aparentemente contrarios a la ley, como sí resulta viable con los contrarios a las disposiciones constitucionales, en virtud de la habilitación contenida en el artículo 4 Superior […]

En ese orden de ideas, la presunción de legalidad y la improcedencia de la aplicación de la excepción de ilegalidad por parte de las autoridades administrativas, implica que hasta que el artículo 2.2.2.1.3. del Decreto 1081 de 2015 no sea anulado o suspendido provisionalmente por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, se presume su legalidad.

**AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA – Competencia – Juicios de legalidad o validez – Improcedencia**

[…] la competencia de la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente está atribuida en el Decreto 4170 de 2011, particularmente en los artículos 3, numeral 5 y 11, numeral 8, que la habilitan para absolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública, por lo que esta Agencia no tiene la competencia para decidir sobre la legalidad o validez de las normas jurídicas que regulan la contratación del Estado.

Bogotá D.C., **13/10/2020 Hora 9:24:40s**

**N° Radicado: 2202013000009723**

Señor

**Daniel Salazar Carrillo**

Ciudad

**Concepto C – 607 de 2020**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**   | CLÁUSULAS EXCEPCIONALES – Noción – Exorbitantes / CLÁUSULAS EXCEPCIONALES – Fuente normativa – Reserva de ley – Norma superior – Jurisprudencia / PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD – Excepción de ilegalidad – Improcedencia – Corte Constitucional / AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA – Competencia – Juicios de legalidad o validez – Improcedencia |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta 4202012000007667 |
|  |  |

Estimado señor Salazar:

En ejercicio de la competencia otorgada por los artículos 11, numeral 8º, y 3º, numeral 5º, del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública − Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 2 de septiembre de 2020.

1. **Problemas planteados**

Usted formula las siguientes preguntas: «¿Es posible, de acuerdo a la Ley y la Constitución, si o no, y por qué razón, que el Decreto 1081 de 2015, que no tiene rango de Ley, permita la inclusión de las cláusulas excepcionales, en su Artículo 2.2.2.1.3., en los actos, operaciones, contratos y convenios que celebre el Fondo de Programas Especiales para la Paz, cuyo régimen de contratación es el civil y comercial, según el mismo artículo?».

1. **Consideraciones**

Para pronunciarse frente a la pregunta planteada se analizarán los siguientes temas: i) la reserva de ley en la potestad para incluir cláusulas excepcionales en los contratos estatales, de acuerdo a la jurisprudencia; ii) antecedentes normativos sobre la atribución de potestades excepcionales en otras normas del ordenamiento jurídico y iii) la presunción de legalidad del artículo 2.2.2.1.3. del Decreto 1081 de 2015, donde también se analiza la competencia de la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente.

 Previo al desarrollo de los temas indicados, debe señalarse de forma preliminar, como se desarrollará a profundidad en la respuesta del numeral 3, que la Agencia Nacional de Contratación Pública no tiene competencia para pronunciarse sobre la legalidad o validez de las disposiciones jurídicas que regulan la contratación estatal, como parece solicitarlo el peticionario. Sin perjuicio de ello, en este concepto se presentará información que se considera de utilidad para el peticionario, por tener relación directa con la pregunta planteada.

**2.1.** **Reserva de ley en la potestad para incluir cláusulas excepcionales en los contratos estatales. Desarrollo jurisprudencial**

Esta Subdirección expidió los conceptos C–251 del 27 de mayo de 2020 y C–280 del 6 de julio de 2020, donde estudió el régimen de las cláusulas excepcionales en los contratos estatales. La tesis propuesta en estos conceptos se reitera y amplía a continuación.

El artículo 14 de la Ley 80 de 1993 constituye la disposición central en el ordenamiento jurídico, que desarrolla el contenido y procedencia de la inclusión de las cláusulas excepcionales al derecho común, sin que dicha disposición agote todas las que existen en nuestro ordenamiento. En lo pertinente, esta norma dispone que:

Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:

[…]

2°. Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión.

Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios.

En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aún cuando no se consignen expresamente.

Parágrafo. En 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 2°. 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, se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales.

A estas cláusulas también se les denomina «exorbitantes». Etimológicamente, esta palabra viene del latín: se compone del prefijo *ex*, que indica separación o movimiento de salida, y la raíz de la palabra *orbita*, relacionado con el curso de los astros, un derivado de la palabra *orbis*, que significa circunferencia. En esta medida, lo exorbitante es lo que se sale excesivamente de su ritmo o medida habitual[[1]](#footnote-1). Para la doctrina, estas cláusulas son exorbitantes porque exceden el ámbito de libertad contractual del derecho privado, toda vez que su inclusión rompería el principio de igualdad que caracteriza a esas relaciones, donde no se autoriza la inclusión de estas atribuciones en favor de una de las partes del contrato[[2]](#footnote-2).

En este sentido, las cláusulas exorbitantes están prohibidas en contratos sometidos al derecho privado, ya que dichos contratos deben observar las normas de orden público –art. 16 del Código Civil–, pues existe objeto ilícito en todo lo que contraviene el derecho público de la nación –art. 1519 del Código Civil– y, por tanto, su inclusión en un contrato en que no exista autorización legal implicaría que estarían viciadas de nulidad absoluta –art. 1741 del Código Civil–. En este sentido, las cláusulas exorbitantes se reservan a los contratos autorizados por la ley, pues son poderes derogatorios del derecho común y requieren una norma excepcional como la citada *ut supra*.

Como explica la jurisprudencia frente a los contratos sometidos a la Ley 80 de 1993, el artículo 14 establece cuatro (4) grupos de contratos en los cuales es diferente el régimen de estas facultades[[3]](#footnote-3). El *primer grupo* corresponde a aquellos en los que es obligatorio incluir poderes exorbitantes, formado por aquellos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En estas tipologías, conforme a la clasificación del artículo 1501 del Código Civil, los poderes corresponden a cláusulas de la naturaleza, es decir, aquellas que –frente al silencio del pliego de condiciones o del contrato– forman parte del negocio en virtud de la ley[[4]](#footnote-4). Considerando la relación directa de estos contratos con la eficiente prestación de los servicios públicos, los poderes exorbitantes de este grupo son irrenunciables.

El *segundo grupo* está conformado por los contratos donde estas facultades son potestativas, lo cual aplica a los contratos de suministro y de prestación de servicios. Si bien todas las entidades deben cumplir con los fines del artículo 3 de la Ley 80 de 1993, en este caso existe una relación indirecta con la prestación de los servicios públicos, por lo que estas cláusulas no son obligatorias. En este grupo, la ley no suple el silencio del pliego de condiciones o del contrato, pues –conforme al artículo 1501 del Código Civil– son elementos accidentales que requieren pacto expreso.

El *tercer grupo* corresponde a los contratos del parágrafo del artículo 14 del Estatuto General donde la ley prohíbe pactar de estos poderes, so pena de nulidad absoluta por objeto ilícito. Finalmente, el *cuarto grupo* está conformado por las tipologías que no se encuentran en alguno de los tres (3) grupos comentados. Dado que la ley debe autorizar su ejercicio, no es posible fundamentar estos poderes en la autonomía de la voluntad. Por tanto, se entiende que también están prohibidos en este último grupo, ya que:

De un lado […], este tipo de poderes requiere, cuando menos, autorización legal para su inclusión y posterior utilización, debido a la naturaleza que tienen estas prerrogativas –por su carácter extraordinario e inusual, en relación con el derecho común–, y, de otro, […] 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[[5]](#footnote-5).

De la clasificación anterior de los contratos donde aplican las cláusulas exorbitantes de que trata el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, desarrollada ampliamente por la jurisprudencia, como se indicó previamente, se desprende una regla importante: solo en los supuestos donde exista una autorización normativa para usar estas cláusulas o potestades es posible utilizarlas.

Lo anterior, también se extiende a las multas y la cláusula penal, en lo que se refiere a la potestad exorbitante o cláusula excepcional de imposición unilateral, cuyo fundamento normativo está en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, autorizado únicamente para las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública[[6]](#footnote-6). En efecto, aunque las entidades sometidas al derecho privado pueden pactar las cláusulas de multas y penal pecuniaria, con fundamento en las disposiciones civiles y comerciales, y en su autonomía de la voluntad, tal como pueden hacerlo los particulares, la facultad de imposición unilateral, contenida en el artículo 17, se reservó para las entidades sujetas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –en adelante, también, EGCAP–[[7]](#footnote-7).

En este sentido, las entidades estatales que por disposición legal se rigen por el derecho privado –conocidas en el medio como entidades de régimen especial, por no someterse al EGCAP–, no pueden usar las cláusulas excepcionales, salvo que una norma particular les atribuya la potestad para utilizarlas, como sucede con las empresas de servicios públicos domiciliarios y las empresas sociales del Estado[[8]](#footnote-8).

 En este sentido, la jurisprudencia ha señalado que la facultad para incluir cláusulas excepcionales en los contratos estatales tiene reserva de ley o de una norma de superior jerarquía, por lo que solo aquellas pueden otorgar este tipo de facultades. En este sentido, el Consejo de Estado señaló en providencia del 20 de febrero de 2014, que:

De acuerdo con los anteriores argumentos, 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*[[9]](#footnote-9). (Cursiva fuera de texto).

De conformidad con la jurisprudencia citada, es posible sostener que la habilitación para incluir cláusulas excepcionales es un asunto que tiene reserva de ley, por lo cual una fuente de inferior jerarquía no podría atribuir estas potestades y tampoco podrían las partes en virtud de la autonomía de la voluntad pactarlas en sus contratos, pues estarían viciadas de nulidad.

**2.2. Antecedentes normativos sobre la atribución de potestades excepcionales en otras normas del ordenamiento jurídico**

Sin perjuicio de las ideas anteriores y con la finalidad de profundizar en el tema planteado por el peticionario, es necesario tener en cuenta que en nuestra historia normativa otras fuentes distintas a la ley han habilitado a entidades estatales para que en ciertos contratos pacten cláusulas excepcionales. En este sentido, con fines meramente expositivos, y como antecedentes normativos, debe tenerse en cuenta que anteriormente, con fundamento en reglamentos autónomos o constitucionales, se ha autorizado la inclusión de cláusulas exorbitantes en algunos de los contratos suscritos por entidades públicas.

 Previo a exponer los ejemplos anteriores, es necesario tener en cuenta que los reglamentos autónomos, independientes, constitucionales o *praeter legem*, como se conocen en la doctrina, gozan de la característica de que se originan en la Constitución y, en principio, solo se sujetan a ella, la que reserva a esa fuente del derecho la regulación de algún contenido particular.

 En este sentido el reglamento *praeter legem* o independiente no completa ni desarrolla una ley previa, sino que, como se indicó, surge en virtud de la Constitución que radica en él la competencia para regular un determinado asunto, lo que implica que tal espacio le queda vedado al legislador, quien tiene que respetar dicha reserva so pena de violar la Constitución.

Sin embargo, para evitar problemas que desfiguren o hagan incoherente el sistema normativo no es conveniente asimilar el reglamento autónomo a la ley –aunque ambos tienen la característica de solo someterse a la Constitución respecto a su contenido–, pues en todo caso aquel no tendrá la característica formal de la «fuerza de ley», que solo es exclusivo de dicha fuente normativa. Lo anterior en contraste con los decretos con fuerza de ley y los decretos legislativos, los cuales sí se asimilan a las leyes, particularmente para su control, siendo el Juez Constitucional el encargado de enjuiciarlos. Esto no sucede con el reglamento autónomo que, pese a no someterse jerárquicamente a la ley, le es aplicable el mismo régimen jurídico que a cualquier otro reglamento, por lo que su juez es el contencioso administrativo. En este sentido, resultan muy pertinentes las palabras de VEDEL, quien al citar a CHAPUS afirma que: «las leyes y los decretos autónomos tienen cada uno su propia esfera y su propio rango: son independientes y desiguales»[[10]](#footnote-10).

 Caracterizados sucintamente los decretos autónomos, cabe retomar la idea indicada previamente, en el sentido de que los reglamentos autónomos han autorizado la inclusión de cláusulas exorbitantes en ciertos contratos del Estado. Es lo que sucede con los contratos que se fundamentan en el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución, que reservó al Gobierno Nacional el desarrollo del régimen aplicable a los contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro[[11]](#footnote-11). En desarrollo de dicho mandato se profirió el Decreto 777 de 1992 –actualmente derogado–, que en el inciso primero del artículo 1 estableció la posibilidad de incluir en dichos contratos las cláusulas exorbitantes[[12]](#footnote-12). En desarrollo de la disposición anterior, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado señaló en relación con estos contratos, que:

En síntesis, los organismos y entidades públicos de los niveles nacional, departamental, distrital y municipal pueden celebrar los contratos de apoyo de programas y actividades de interés público, establecidos por el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución y reglamentados por el Decreto 777 de 1992 con sus modificatorios, los cuales tienen las siguientes características generales:

[…]

3. Pueden incluir las cláusulas exorbitantes o mejor, excepcionales previstas en la Ley 80 de 1993 y normas complementarias (art. 1º ib.).

Como se observa, dicho decreto autónomo, que actualmente está derogado y, por tanto, no se encuentra vigente, facultó a las entidades que celebraran contratos sometidos a su ámbito de aplicación para incluir las cláusulas excepcionales del derecho común, antecedente normativo que resulta relevante para estudiar el artículo 2.2.2.1.3. del Decreto 1081 de 2015.

**2.3. Presunción de legalidad del artículo 2.2.2.1.3. del Decreto 1081 de 2015**

El artículo 2.2.2.1.3. del Decreto 1081 de 2015, que compila el artículo 3 del Decreto 2429 de 1997 establece que: «Los actos, operaciones, contratos y convenios que celebre el Director del Fondo de Programas Especiales para la Paz, en virtud de la delegación conferida por el Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 716 de 1994, así como en desarrollo de su objeto, sólo se someterán a las normas que rigen la contratación entre particulares, sin perjuicio de la inclusión de las cláusulas excepcionales contempladas en la Ley 80 de 1993 y las que las modifiquen y adicionen».

 Como se observa, dicha disposición autoriza la inclusión de cláusulas excepcionales en los contratos objeto de su regulación. Sin embargo, también resulta relevante la remisión que efectúa al Decreto 716 de 1994, ya que se trata de un reglamento autónomo, sustentado en el artículo 13 transitorio de la Constitución[[13]](#footnote-13). En tal sentido, el artículo 1 del Decreto 716 de 1994 establece:

Artículo 1º De conformidad con lo previsto en los artículos 22, 95, numeral 6 y 13 transitorio de la Constitución Política, están excluidos de los reglamentos que se dicten en cumplimiento del segundo inciso del artículo 355 de la Constitución, así como de los requisitos establecidos en la Ley 80 de 1993, los convenios, contratos y pagos que se efectúen a personas naturales o jurídicas, en desarrollo de los acuerdos firmados o que se firmen con grupos guerrilleros desmovilizados, vinculados a un proceso de paz bajo la dirección del Gobierno Nacional.

Los contratos que se celebren para el cumplimiento de las obligaciones a que se refiere el inciso anterior, sólo se someterán a las normas que rigen la contratación entre particulares, sin perjuicio de que se puedan determinar la inclusión de las cláusulas excepcionales contempladas en la Ley 80 de 1993, o en las disposiciones que la reglamenten, sustituyan, modifiquen o adicionen.

Parágrafo. Los contratos de fiducia celebrados con anterioridad a la vigencia de la Ley 80 de 1993, continuarán sujetos en su formación, ejecución, efectos, liquidación y demás aspectos a las disposiciones vigentes al momento de su celebración.

Lo dispuesto en este Decreto es aplicable a los convenios, contratos y pagos que se realicen en desarrollo de acuerdos firmados o que se firmen con las milicias con carácter político vinculadas igualmente a un proceso de paz bajo la dirección del Gobierno Nacional.

El contexto anterior resulta relevante para analizar de forma completa el contenido del artículo 2.2.2.1.3. del Decreto 1081 de 2015, toda vez que este remite a la regulación del último artículo citado, que faculta la inclusión de cláusulas exorbitantes en los contratos que se enmarquen en su ámbito de aplicación. Con el panorama expuesto, que resulta imprescindible para analizar el artículo 2.2.2.1.3. no se pretende defender o cuestionar su legalidad o validez, simplemente se desarrolla con la finalidad de otorgar información útil al peticionario, relacionada con el contexto que rodea la disposición objeto de análisis.

 Sin perjuicio de las consideraciones anteriores, debe tenerse en cuenta que la competencia de la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente está atribuida en el Decreto 4170 de 2011, particularmente en los artículos 3, numeral 5 y 11, numeral 8, que la habilitan para absolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública, por lo que esta Agencia no tiene la competencia para decidir sobre la legalidad o validez de las normas jurídicas que regulan la contratación del Estado, como parece solicitarlo el peticionario[[14]](#footnote-14).

 Además de lo anterior, debe tenerse presente que el Decreto 1081 de 2015 –lo que incluye su artículo 2.2.2.1.3.– goza de la presunción de legalidad, de conformidad con lo establecido en la Ley 1437 de 2011, por lo que se presume ajustado al ordenamiento jurídico hasta tanto no sea anulado o suspendido provisionalmente por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo[[15]](#footnote-15).

 Conforme a tal presunción, y a que el control de legalidad de los actos administrativos, incluyendo los de carácter general, se encuentra atribuido de manera específica en la referida jurisdicción, la Corte Constitucional ha considerado que no resulta posible en sede administrativa inaplicar los actos administrativos aparentemente contrarios a la ley, como sí resulta viable con los contrarios a las disposiciones constitucionales, en virtud de la habilitación contenida en el artículo 4 Superior, conforme lo determinó en la Sentencia C-037 del 2000:

El orden jerárquico que emana de la Constitución, a pesar de no impedir la penetración de los principios constitucionales en todas las dimensiones del quehacer judicial, da soporte a la existencia de la excepción de ilegalidad y a que su consagración por el legislador resulte acorde con la Carta. Sin embargo, su aplicación o invocación no pueden ser generales, ni la obligatoriedad de los actos administrativos normativos ha sido dejada por el constituyente al libre examen de las autoridades y los particulares. Tal facultad de inaplicar actos administrativos contrarios a las normas superiores, se reserva a la jurisdicción contencioso administrativa.

[…]

No hay en la Constitución un texto expreso que se refiera al ejercicio de la excepción de ilegalidad, ni a la posibilidad de que los particulares o la autoridades administrativas, por fuera del contexto de un proceso judicial, invoquen dicha excepción para sustraerse de la obligación de acatar los actos administrativos, sino que la Carta puso en manos de una jurisdicción especializada la facultad de decidir sobre la legalidad de los mismos, ilegalidad que debe ser decretada en los términos que indica el legislador.

[…]

La llamada excepción de ilegalidad se circunscribe entre nosotros a la posibilidad que tiene un juez administrativo de inaplicar, dentro del trámite de una acción sometida a su conocimiento, un acto administrativo que resulta lesivo del orden jurídico superior. Dicha inaplicación puede llevarse a cabo en respuesta a una solicitud de nulidad o de suspensión provisional formulada en la demanda, a una excepción de ilegalidad propiamente tal aducida por el demandado, o aun puede ser pronunciada de oficio. Pero, en virtud de lo dispuesto por la norma sub exámine tal y como ha sido interpretado en la presente decisión, tal inaplicación no puede ser decidida por autoridades administrativas, las cuales, en caso de asumir tal conducta, podrían ser demandadas a través de la acción de cumplimiento, que busca, justamente, hacer efectivo el principio de obligatoriedad y de presunción de legalidad de los actos administrativos.

En ese orden de ideas, la presunción de legalidad y la improcedencia de la aplicación de la excepción de ilegalidad por parte de las autoridades administrativas, implica que hasta que el artículo 2.2.2.1.3. del Decreto 1081 de 2015 no sea anulado o suspendido provisionalmente por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, se presume su legalidad, por lo que goza de plena aplicación en el ordenamiento jurídico.

 De conformidad con lo anterior, se concluye que el artículo 2.2.2.1.3. del Decreto 1081 de 2015 goza de la presunción de legalidad y no es posible que la Agencia emita juicios sobre su validez.

1. **Respuesta**

«¿Es posible, de acuerdo a la Ley y la Constitución, si o no, y por qué razón, que el Decreto 1081 de 2015, que no tiene rango de Ley, permita la inclusión de las cláusulas excepcionales, en su Artículo 2.2.2.1.3., en los actos, operaciones, contratos y convenios que celebre el Fondo de Programas Especiales para la Paz, cuyo régimen de contratación es el civil y comercial, según el mismo artículo?»

La pregunta planteada por el peticionario se encuentra dirigida a determinar la validez o legalidad del artículo 2.2.2.1.3. del Decreto 1081 de 2015, por lo que debe tenerse en cuenta que la competencia de la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente está atribuida en el Decreto 4170 de 2011, particularmente en los artículos 3, numeral 5 y 11, numeral 8, que la habilitan para absolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública, por lo que esta Agencia no tiene la competencia para decidir sobre la legalidad o validez de las normas jurídicas que regulan la contratación del Estado.

De otro lado, debe tenerse en cuenta que, como se señaló en las consideraciones, el artículo indicado goza de la presunción de legalidad y su contenido es vinculante hasta tanto no sea suspendido provisionalmente o anulado por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. De manera que por esta razón y especialmente por los términos en que fue otorgada la competencia a la Agencia por el Decreto-Ley 4170 de 2011, no es posible que emitamos juicios sobre la validez o legalidad de la norma cuestionada por el peticionario.

En todo caso, en aras de garantizar al máximo el derecho fundamental de petición, se consideró procedente realizar las consideraciones generales del numeral 2 de este concepto, vinculadas a la aplicación de las normas de carácter general relacionadas con la contratación pública, asociadas a la problemática expuesta por el peticionario y que consideramos que le pueden resultar útiles.

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Sebastián Ramírez GrisalesGestor T1 – Grado 15 Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Jorge Augusto Tirado NavarroSubdirector Gestión Contractual ANCP – CCE |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado NavarroSubdirector Gestión Contractual ANCP – CCE |

1. Cfr. <http://etimologias.dechile.net/?exorbitante>. Consultado el 9 de octubre de 2020. [↑](#footnote-ref-1)
2. En efecto, «Se llaman así porque son evidentemente diferentes del derecho común. No se concebirían en los contratos civiles porque quedaría roto el principio de igualdad entre las partes y el de libertad contractual. Estas cláusulas exorbitantes del derecho común sobrepasan el ámbito de este derecho, ya sea porque son inusuales o porque incluidas en los contratos de derecho privado resultarían ilícitas por exceder el ámbito de la libertad contractual. Vale decir, en consecuencia, que las cláusulas exorbitantes pueden ser inusuales o ilícitas y en este caso por afectar el orden público» (DÍEZ, Manuel María. Manual de derecho administrativo. Tomo I. Décima Edición. Buenos Aires: Editorial Plus Ultra. p. 293. En el mismo sentido, RIVERÓ, Jean. Derecho Administrativo. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1984. pp. 128-129. VEDEL, George. Derecho administrativo. Madrid: Editorial Aguilar, 1980. p. 191). [↑](#footnote-ref-2)
3. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 30 de noviembre de 2006. Exp. 30.832. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Idea reiterada en la Subsección A. Sentencia del 16 de agosto de 2012. Exp. 22.822. C.P. Mauricio Fajardo Gómez; Subsección A. Sentencia del 12 de noviembre de 2014. Exp. 30.251. C.P. Hernán Andrade Rincón; Subsección C. Sentencia del 13 de mayo de 2015. Exp. 32.492. C.P. Olga Mélida Valle de De La Hoz (E), entre otras. [↑](#footnote-ref-3)
4. El artículo 1501 del Código Civil prescribe lo siguiente: «Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente; *son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial*; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales» (Énfasis fuera de texto). [↑](#footnote-ref-4)
5. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 30 de noviembre de 2006. Exp. 30.832. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. [↑](#footnote-ref-5)
6. «Artículo 17. Del derecho al debido proceso. El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.

»En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a *las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones*. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. *Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato*.

»Parágrafo. La cláusula penal y las multas así impuestas, se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva» (Cursivas fuera de texto). [↑](#footnote-ref-6)
7. Esta postura también es defendida por la doctrina. Concretamente por el profesor David Suárez Tamayo, quien expresa: «Dado que el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, se refiere (sic) exclusivamente a las entidades sometidas al estatuto de contratación pública, quiere ello decir, que las demás entidades que no estén sometidas a la Ley 80 de 1993, sino a las normas del derecho privado, no están autorizadas, ni tienen la competencia para hacer uso de manera unilateral de cláusulas excepcionales, ni para imponer multas o hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, y por tanto deberán acudir al juez del contrato cuando requieran hacer uso de las mismas» (SUAREZ TAMAYO, David. Cláusula de multas y penal pecuniaria. Serie: Las cláusulas del contrato estatal. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. y Centro de Estudios de Derecho Administrativo –CEDA—, 2014. p. 202). [↑](#footnote-ref-7)
8. Cfr. Ley 142 de 1994, artículo 31, para el caso de los servicios públicos domiciliarios; y Ley 100 de 1993, artículo 195, numeral 6, para el caso de las empresas sociales del Estado. [↑](#footnote-ref-8)
9. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 20 de febrero de 2014. Exp. 45.310. M.P. Ramiro Pazos Guerrero. [↑](#footnote-ref-9)
10. VEDEL, Georges. *Derecho administrativo.* Ed. Biblioteca jurídica Aguilar, edición española, Madrid, 1980, p. 175. [↑](#footnote-ref-10)
11. El inciso segundo del artículo 355 de la Constitución establece: «El Gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal podrá, con recursos de los respectivos presupuestos, celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los planes seccionales de Desarrollo. *El Gobierno Nacional reglamentará la materia*» (Cursiva fuera de texto). [↑](#footnote-ref-11)
12. El inciso aludido establecía: Los contratos que en desarrollo de lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 355 de la Constitución Política celebren la Nación, los Departamentos, Distritos y Municipios con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, con el propósito de impulsar programas y actividades de interés público, deberán constar por escrito y *se sujetarán a los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre los particulares, salvo lo previsto en el presente Decreto y sin perjuicio de que puedan incluirse las cláusulas exorbitantes previstas por el Decreto 222 de 1983*. (cursiva fuera de texto). [↑](#footnote-ref-12)
13. El artículo transitorio establece: «Dentro de los tres años siguientes a la entrada en vigencia de esta Constitución, el Gobierno podrá dictar las disposiciones que fueren necesarias para facilitar la reinserción de grupos guerrilleros desmovilizados que se encuentren vinculados a un proceso de paz bajo su dirección; para mejorar las condiciones económicas y sociales de las zonas donde ellos estuvieran presentes; y para proveer a la organización territorial, organización y competencia municipal, servicios públicos y funcionamiento e integración de los cuerpos colegiados municipales en dichas zonas». [↑](#footnote-ref-13)
14. Decreto-Ley 4170 de 2011: «Artículo 3°. Funciones. La Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente– ejercerá las siguientes funciones:

[…]

»5. Absolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general y expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública».

«Artículo 11. Subdirección de Gestión Contractual. Son funciones de la Subdirección de Gestión Contractual las siguientes:

»[…]

»8. Absolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general». [↑](#footnote-ref-14)
15. Ley 1437 de 2011 «Artículo 88. Presunción de legalidad del acto administrativo. Los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Cuando fueren suspendidos, no podrán ejecutarse hasta tanto se resuelva definitivamente sobre su legalidad o se levante dicha medida cautelar». [↑](#footnote-ref-15)