

**ANALISIS SOBRE LA INCLUSIÓN DE LAS CLAUSULAS EXCEPCIONALES EN
LOS CONTRATOS ESTATALES DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PUBLICOS
DOMICILIARIOS**

**NELSON BISMARCK RESTREPO JAIMES C.C 88.198.651
YELINETH PEREZ GARCIA C.C1.090.427.117**

**TRABAJO PRESENTADO COMO REQUISITO DE GRADO DE LA
ESPECIALIZACIÓN EN CONTRATACIÓN ESTATAL**

**DOCENTE DE INVESTIGACIÓN
DOCTOR DARWIN CLAVIJO CACERES**

**UNIVERSIDAD LIBRESECCIONAL CÚCUTA
FACULTAD DE DERECHO, CIENCIA POLÍTICA Y SOCIALES
ESPECIALIZACIÓN EN CONTRATACIÓN ESTATAL**

RESUMEN:

El presente artículo es resultado de la investigación realizada en torno a la inclusión de cláusulas excepcionales en los contratos de prestación de servicios públicos domiciliarios, el objeto principal del mismo se centra en el análisis descriptivo de los diferentes parámetros que se deben tener en cuenta a fin de que, dichas cláusulas sean incluidas o no en los diferentes contratos que se celebran en este régimen que se rige por la Ley 142 de 994, y es que se debe señalar que la prestación de los servicios públicos domiciliarios generalmente está en cabeza de empresas privadas y en este sentido, *prima facie* se debe acudir al derecho privado en donde no sería jurídicamente viable la aplicación de cláusulas excepcionales que vulnerarían la buena fe, la seguridad jurídica e igualdad de las partes, sin embargo, se debe tener en cuenta que al tratarse de la prestación de un servicio de carácter público, el ordenamiento jurídico permite que en algunos contratos se aplique las disposiciones del derecho público en donde el Estatuto de Contratación Estatal (Ley 80 de 1993) establece la aplicación de las mencionadas cláusulas a fin de proteger el interés público y los fines del Estado.

PALABRAS CLAVE: Clausulas excepcionales, servicios públicos, contratos estatales, derecho privado, régimen especial.

ABSTRACT

This article is the result of research carried out on the inclusion of exceptional clauses in contracts for the provision of public home services. The main purpose of this article focuses on the descriptive analysis of the different parameters that must be taken into account so that these clauses are included or not in the different contracts that are concluded under this regime governed by Law 142 of 994, and it should be noted that the provision of public home services is generally led by private companies and in this sense, *prima facie*, private law should be used where it would not be legally feasible to apply exceptional clauses that would violate good faith, legal certainty and the equality of the parties. However, it should be borne in mind that when it comes to the provision of a service of a public nature, the legal system allows for the application in some contracts of the provisions of public law where the State Contracting Statute (Law 80 of 1993) provides for the application of the aforementioned clauses in order to protect the public interest and the purposes of the State.

KEY WORDS: Exceptional clauses, public services, state contracts, private law, special regime

INTRODUCCIÓN

Como lo consagra el artículo 365 de la Constitución Política de Colombia (en adelante, CPC o Carta Magna), “Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional...” esta misma norma establece que para ello, “Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares”.

A partir de lo anterior, y ante la ineficiente capacidad del Estado para cumplir de manera directa con el mandato constitucional, se incorporó a nuestra Carta Magna, el artículo 48 transitorio, artículo que serviría para que el Congreso creara el Régimen Especial de los Servicios Públicos Domiciliarios, mediante la Ley 142 de 1994 la cual a través del artículo 10 establece el “derecho de todas las personas organizar y operar empresas que tengan por objeto la prestación de los servicios públicos domiciliarios, dentro de los límites de la Constitución y la ley” e introdujo las nociones del derecho privado como aplicable a los parámetros contractuales de las empresas prestadoras de dichos servicios.

No obstante, las disposiciones del derecho privado aplicadas en el régimen de los Servicios Públicos Domiciliarios (en adelante, SPD), no pueden ser absolutas, pues no se puede dejar a un lado el Estatuto de Contratación Estatal que se rige por la Ley 80 de 1993 y el cual se hace aplicable de manera excepcional en algunos contratos que sean celebrados por entidades prestadoras de los SPD y en los cuales predomina las disposiciones del derecho público cuando en estos se incluyen cláusulas excepcionales.

Las cláusulas excepcionales se encuentran establecidas en la Ley 80 de 1993 y como lo señala Osorio (2013) “son prerrogativas que ostenta la administración pública, dentro de la relación jurídica contractual, y que conllevan a privilegiar a uno de los sujetos de la relación negocial, bajo criterios de interés público” (p. 102), estas cláusulas son facultativas de la administración pública y buscan salvaguardar el interés público o garantizar el cumplimiento de las finalidades del Estado.

A partir de lo antes dicho, el problema se centra desde la noción de que, en los contratos estatales se incluyen cláusulas exorbitantes hoy establecidas como excepcionales y estas permiten a las Empresas prestadoras de los SPD, ejecutar ciertos poderes potestativos sobre el particular que, *prima face* deja entrever un rompimiento de los principios de buena fe, equilibrio de las partes y seguridad jurídica propios del derecho privado en materia contractual; luego entonces, si el Régimen Especial de SPD se rige por las disposiciones del derecho privado conforme lo señala el artículo 32 de la Ley 142 de 1994, se viene a presentar disyuntivas concernientes a los contratos en los cuales es aplicable las disposiciones del derecho privado y en cuales del derecho público y, por consiguiente, la inclusión de las cláusulas excepcionales, pues en todo caso, la potestad de su ejecución quedara al arbitrio de una Entidad que si bien, presta un

servicio público, no deja de ser una empresa privada y, a lo cual, se hace necesario saber bajo que parámetros se pueden incluir estas cláusulas pues no se encuentran taxativamente en la normatividad, motivo por el cual la jurisprudencia de las altas Cortes han venido a desarrollar algunos preceptos que han sido útiles para llenar el vacío normativo existente.

Hay que dejar en claro que la Corte Constitucional (2012) en la Sentencia C-620/12, ha reconocido las cláusulas exorbitantes como prerrogativas conferidas a las entidades públicas, que se derivan del poder público que tienen la Administración su finalidad se centra en perseguir en los contratos públicos, la eficiencia del interés público, y que, por lo tanto, no tienen aplicación en los negocios jurídicos del derecho privado.

De acuerdo con lo señalado por la Corte Constitucional y teniendo en cuenta que la Ley 142 de 1994, señala que el Régimen de los SPD se rige por el derecho privado, se podría creer que las cláusulas excepcionales no pueden ser incluidas en los contratos celebrados por las empresas prestadoras de SPD. Sin embargo, la norma en mención a través del artículo 31 hace una remisión, al Estatuto de Contratación Estatal, señalando que en ciertos tipos de contratos las Comisiones de Regulación de los SPD, podrán hacer obligatorio la inclusión de las cláusulas excepcionales, contando las Comisiones con un término de 15 días para dar respuesta a las empresas prestadoras de los SPD, sobre la inclusión de dichas cláusulas, vencido el término operará el silencio administrativo quedando facultada la empresa para incluirlas en los contratos.

Por lo anterior, se debe analizar que la normatividad no señala taxativamente en que tipos de contratos pueden incluirse las cláusulas y bajo que parámetros quedando además a la voluntad de la empresa incluirlas sin previa autorización de la Comisión de Regulación cuando estas no dan respuesta a la solicitud dentro de los 15 días, esto representaría una vulneración a los principios de seguridad jurídica y el equilibrio de las partes y por ello se debe conocer cuáles han sido los parámetros que desde la jurisprudencia y la doctrina se han sentado respecto a la inclusión de las cláusulas excepcionales en los contratos que celebren las empresas de SPD y si estos permiten la protección de los mencionados principios.

La presente investigación busca adentrarnos al análisis de los parámetros existentes referentes a la inclusión de las cláusulas excepcionales en los contratos celebrados por las empresas prestadoras de SPD, con el objeto de hacer un aporte investigativo de un tema poco estudiado y que merece un mayor contenido doctrinario dado su importancia dentro del campo de la contratación en función de la prestación de los SPD y la protección de la seguridad jurídica y equilibrio de las partes que se deben garantizar dentro de las relaciones contractuales regidas por el derecho privado y, la potestad que tiene la Administración Pública para salvaguardar el interés público y los fines del Estado.

Como lo señalan castellano y Santos (2017), la no claridad en esta temática conlleva a que algunos estudiosos del tema 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... ” (p. 4), desde esta perspectiva, es necesario escrudiñar los diferentes aportes esbozados por la jurisprudencia y la doctrina a fin de conocer los parámetros que desde las altas Cortes se hayan sentado y si estos han sido suficientes para determinar en qué tipo de contratos celebrados por las empresas prestadoras de SPD es obligatorio incluir las cláusulas excepcionales y si esta inclusión conlleva a que en su totalidad dichos contratos sean regidos por el derecho público y por consiguiente, en caso de controversias, sea la jurisdicción de lo contencioso administrativo la competente para dirimirlos.

PROBLEMA JURÍDICO

¿Cuáles son los parámetros existentes para la inclusión de cláusulas excepcionales en los contratos celebrados por las empresas prestadoras de los SPD?

METODOLOGÍA

La presente investigación se fundamentó desde un enfoque cualitativo, propio de un tipo de investigación analítico- propositivo, desde el método documental, por cuanto se asume una postura de estudio, doctrinal, legal y jurisprudencial del objeto de estudio, para finalmente observar y proponer formulas propias de implementación normativa a partir del método descriptivo.

1. GENERALIDADES DE LAS CLÁUSULAS EXCEPCIONALES EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL EN COLOMBIA

Es necesario iniciar señalando una definición de cláusulas excepcionales, las cuales en palabras de Osorio (2013) “son prerrogativas que ostenta la administración pública, dentro de la relación jurídica contractual, y que conllevan a privilegiar a uno de los sujetos de la relación comercial, bajo criterios de interés público o por decisión del legislador”(p.101), esto representa una facultad potestativa que permite a una de las partes contractuales que viene a ser una entidad estatal, ejerza una posición predominante que le permite desarrollar ciertas actuaciones unilaterales y hacerlas cumplir oficiosamente.

La aplicación de las cláusulas excepcionales busca cumplir con un fin especial que se le impone al Estado mediante el artículo 2° de la Constitución Política y que no es otro que proteger el interés público y los fines esenciales del Estado. De acuerdo con García y Mojica (2014) “las cláusulas exorbitantes cumplen un papel definitivo en la protección de los intereses de lo público sobre lo privado y así como es imperativa su inclusión en determinado tipo de contratos, también es prohibitivo o excluyente para otra clase de contratos” (p. 13), sin embargo, en el ordenamiento jurídico colombiano las cláusulas excepcionales planteadas en el estatuto de

contratación de la administración pública, se estructuran como una potestad que no puede ir más allá de lo permitido y regulado expresamente por la ley.

En el estado colombiano, las cláusulas excepcionales se encuentran establecidas en la Ley 80 de 1993 “Estatuto General de Contratación de la Administración Pública” en la cual se señala en su artículo 14° los Medios que pueden utilizar las Entidades Estatales para el Cumplimiento del Objeto Contractual. Para el cumplimiento de los fines de la contratación, siendo uno de estos medios, los consagrados en el numeral 2° del precipitado artículo que reza:

2o. 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 (Ley 80, 1993).

Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios (Ley 80, 1993).

En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aun cuando no se consignen expresamente (Ley 80, 1993).

La misma norma, en sus artículos siguientes establece los tipos de potestades que pueden darse dentro de la relación contractual entre el privado y la administración pública, las cuales son: “**a)** la interpretación unilateral, **b)** la modificación unilateral, **c)** la terminación unilateral, **d)** sometimiento a las leyes nacionales, **e)** la caducidad y **f)** la reversión” (Ley 80, 1993).

Aunado a lo anterior, como lo señala el Consejo de Estado (2000), existe otro género de cláusulas, "las especiales" que anteriormente tuvieron cabida en la legislación y hoy son objeto de pacto, o sea cláusulas o estipulaciones contractuales, que incluyen las multas y las denominadas penales pecuniarios; finalmente, otras actuaciones privilegiadas de la Administración entre las cuales se mencionan la liquidación unilateral y la terminación por nulidad absoluta.

a) La interpretación unilateral

El artículo 15 del Estatuto de Contratación de la Administración Pública señala lo siguiente:

Si durante la ejecución del contrato surgen discrepancias entre las partes sobre la interpretación de algunas de sus estipulaciones que puedan conducir

a la paralización o la afectación grave del servicio público que se pretende satisfacer con el objeto contratado, la entidad estatal, si no se logra acuerdo, interpretará en acto administrativo debidamente motivado, las estipulaciones o cláusulas objeto de la diferencia (Ley 80, 1993).

La norma en mención señala dos requisitos para que la administración ejerza esta potestad, el primero se da cuando la interpretación conduzca a la paralización o afectación grave de un servicio público y, el segundo, en caso de que no se logre un acuerdo entre las partes. En la sentencia C-1514 del 2000:

La Corte considera que la interpretación unilateral, en los términos del artículo 15 de la Ley 80 de 1993, resulta razonable, pues con el objeto de asegurar el cumplimiento de un mandato de la Constitución, el legislador ha autorizado a la administración para que, dadas las circunstancias previstas en la disposición, la prestación de los servicios públicos (elemento de su eficiente prestación) no se vea interrumpida mientras se resuelven las diferencias entre la administración y el contratista sobre la ejecución del contrato (Corte Constitucional, 2000). Sumado a lo antedicho, la Sala de Consulta y de Servicio Civil del Consejo de Estado, en el concepto C.E 1923 señala que:

(...) la facultad excepcional de la interpretación unilateral sólo puede extenderse a las estipulaciones o cláusulas objeto de la diferencia, razón por la cual la administración tendrá como limitación que no podrá extenderse a materias sobre las cuales no tengan discrepancia las partes (art. 15). Así mismo el ejercicio de la facultad de modificación excepcional, está limitada a la "supresión o adición" de obras, trabajos, suministros o servicios; en consecuencia, la modificación está limitada a un elemento "cuantitativo", por tanto, no puede extenderse a cláusulas o estipulaciones no concernientes a ese ámbito (Consejo de Estado, 2000).

En cuando a los motivos, deben ser ciertos y tratarse de supuestos de hecho o de derecho contemplados expresamente por la ley, como habilitantes para el ejercicio de la facultad (Consejo de Estado, 2000).

El legislador condiciona, por tanto, el ejercicio de esta potestad al surgimiento, durante la ejecución del contrato, de discrepancias sobre el alcance de las estipulaciones, de tal manera que las presentadas en momento diferente no será posible solucionarlas por esta vía (Consejo de Estado, 2000).

En ese estado de cosas, las entidades estatales están en la obligación de cumplir con algunos parámetros que limitan la potestad que tienen de ejecutar las cláusulas excepcionales de tal forma que dicha potestad no conlleve a una actuación arbitraria que termine por perjudicar sin motivo jurídico a la parte privada.

b) Modificación unilateral

En cuanto a la modificación unilateral, el artículo 16 de la ley 80 de 1993 señala lo siguiente:

Si durante la ejecución del contrato y para evitar la paralización o la afectación grave del servicio público que se deba satisfacer con él, fuere necesario introducir variaciones en el 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 (Ley 80, 1993).

Si las modificaciones alteran el valor del 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 del contrato y la entidad adoptará de manera inmediata las medidas que fueren necesarias para garantizar la terminación del objeto de este (Ley 80, 1993).

La modificación solo es posible cuando nace la necesidad de que la ejecución del contrato no se vea paralizada o se encuentre una grave afectación del servicio público, dejándose en claro que procede cuando no se llega a un acuerdo entre las partes. El Consejo de Estado (2017) en la sentencia 2000-00079 de 12 de octubre de 2017, señaló que:

la modificación unilateral del contrato debe estar sustentada en adecuarlo a las situaciones nuevas e imprevistas que lo hagan necesario. mediante la facultad de modificación unilateral del contrato, la administración se brindan herramientas a la administración para que pueda enfrentar aquellos eventos en los cuales durante la ejecución del contrato, se presentan variaciones en las situaciones de hecho que existían al momento de su celebración, bien sea de índole económica, o social o porque se presenten imprevistos de naturaleza técnica, que hagan inconveniente la ejecución del contrato en sus términos originales (...)(Consejo de Estado, 2017).

De acuerdo con lo señalado por el Consejo de Estado, esta potestad se puede dar cuando surgen situaciones nuevas e imprevistas de índole económica y social y que hagan necesaria la modificación del contrato, así las cosas, no es posible que la administración pública busque modificaciones con base en circunstancias anteriormente existentes o que se podían prever, pues esto conllevaría a un rompimiento de la seguridad jurídica de la relación contractual celebrada.

c) Terminación unilateral

En lo referente a la terminación unilateral, el artículo 17 del Estatuto de Contratación Estatal señala que:

La entidad en acto administrativo debidamente motivado dispondrá la terminación anticipada del contrato en los siguientes eventos:

1o. Cuando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo imponga.

2o. Por muerte o incapacidad física permanente del contratista, si es persona natural, o por disolución de la persona jurídica del contratista.

3o. Por interdicción judicial de declaración de quiebra del contratista.

4o. Por cesación de pagos, concurso de acreedores o embargos judiciales del contratista que afecten de manera grave el cumplimiento del contrato.

Sin embargo, en los casos a que se refieren los numerales 2o. y 3o. de este artículo podrá continuarse la ejecución con el garante de la obligación (Ley 80, 1993).

La iniciación de trámite concordatario no dará lugar a la declaratoria de terminación unilateral. En tal evento la ejecución se hará con sujeción a las normas sobre administración de negocios del deudor en concordato. La entidad dispondrá las medidas de inspección, control y vigilancia necesarias para asegurar el cumplimiento del objeto contractual e impedir la paralización del servicio (Ley 80, 1993).

Al referirse a la terminación unilateral, la Sección Tercera del Consejo de Estado (2017) señaló en la sentencia Proceso número: 15001233100019980060901 (37.932) del 03 de agosto de 2017 que:

i) Adolecen de nulidad absoluta las cláusulas excepcionales que se pactan en los contratos estatales en los que no está permitida la inclusión de tales cláusulas, **así como las que disponen para su ejercicio causales distintas de aquellas que la ley establece** (se destaca) (Consejo de Estado 2017).

(...)

Así que entonces, en resumen, la potestad de dar por terminado unilateralmente el contrato estatal sólo la tiene la administración y nunca el contratista, sin perder de vista que esa facultad sólo puede ejercerse por aquella en la forma, por los motivos y para los fines expresamente señalados

en la ley y sin perjuicio de los derechos del colaborador de la administración (Consejo de Estado, 2017).

De igual forma, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado (2000) en el concepto C.E. 1293 de 2000, señaló que:

La Administración provista de esta competencia por el ordenamiento jurídico, en caso de extrema gravedad, no busca un efecto punitivo contra el administrado que le colabora en la consecución de los fines del Estado, sino que es un medio de control para evitar que las entidades públicas tengan obstáculo jurídico que les imponga interrupción, retardo o paralización en la continuidad de la actividad, función o servicio público, para defensa del interés común y a su vez en beneficio del patrimonio público ya que impide la violación del principio de la economía susceptible de afectarse por las circunstancias que le dan origen a su declaratoria (Consejo de Estado, 2000).

Como se puede evidenciar, la norma establece taxativamente los eventos en los cuales procede la terminación unilateral del contrato, por lo cual, no es posible que la administración alegue otros eventos diferentes a estos, tanto así que, el máximo Tribunal de lo Contencioso administrativo deja en claro que adolecen de nulidad absoluta aquellas cláusulas que la ley no establezca, además, debe existir un caso de extrema gravedad que coloque en riesgo el interés público que se busca con la relación contractual.

d) Sometimiento de las leyes nacionales

En cuanto a lo referente a la cláusula de sometimiento a las leyes nacionales, establecida en el artículo 14 de la ley 80 de 1993, va encaminada a garantizar la legalidad de la relación contractual bajo la legislación colombiana y los parámetros constitucionales, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado (2000) en el concepto C.E. 1293 de 2000, señaló que:

El sometimiento a las leyes nacionales permite comprender que las entidades públicas, como autoridades estatales estén obligadas por el legislador a desarrollar conductas unilaterales en la relación contractual, que no son propiamente consideradas excepcionales o exorbitantes, pero sí extrañas a los contratos entre quienes son iguales ante la ley, esto es, los particulares, regulados en su negocio por las mismas normas, además tienen libre disposición patrimonial y en sus relaciones contractuales el Estado es un tercero, por ende, son ajenos a las leyes que regulan las actuaciones públicas (Consejo de Estado, 2000).

Como se puede evidenciar en lo señalado por el Consejo de Estado, lo que se busca con la cláusula excepcional de sometimiento a las leyes nacionales, es

garantizar la obligatoriedad que tienen las entidades estatales de ejercer conductas unilaterales permitidas únicamente a la administración pública, en tal sentido, dicha cláusula debe ser incluida en algunos contratos verbigracia en los contratos de prestación de servicios públicos. No obstante, existen algunas excepciones en donde se puede regir por otras legislaciones los cuales son:

a. Los contratos celebrados en el exterior se podrán regir en su ejecución por las reglas del país en donde se haya suscrito, a menos que deban cumplirse en Colombia. b. Los contratos que se celebren en Colombia y deban ejecutarse o cumplirse en el extranjero podrán someterse a la ley extranjera. c. Los contratos o convenios financiados en su totalidad o en sumas iguales o superiores al 50% con fondos de organismos de cooperación, asistencia o ayudas internacionales (coursehero.com).

e) La caducidad

En cuanto a la caducidad, el Estatuto de la Contratación Estatal, consagra en su artículo 18 lo siguiente:

La caducidad es la estipulación en virtud de la cual, si se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencia que puede conducir a su paralización, la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado lo dará por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre (Ley 80, 1993).

En caso de que la entidad decida abstenerse de declarar la caducidad, adoptará las medidas de control e intervención necesarias, que garanticen la ejecución del objeto contratado. La declaratoria de caducidad no impedirá que la entidad contratante tome posesión de la obra o continúe inmediatamente la ejecución del objeto contratado, bien sea a través del garante o de otro contratista, a quien a su vez se le podrá declarar la caducidad, cuando a ello hubiere lugar (Ley 80, 1993).

Si se declara la caducidad no habrá lugar a indemnización para el contratista, quien se hará acreedor a las sanciones e inhabilidades previstas en esta ley (Ley 80, 1993).

La declaratoria de caducidad será constitutiva del siniestro de incumplimiento (Ley 80, 1993).

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado (2000) en el concepto C.E. 1293 de 2000, ha dejado en claro que para declarar la caducidad mediante acto administrativo motivado, es necesario que se den las condiciones establecidas por la ley para su procedencia y, desde la perspectiva temporal, esta medida puede ser dictada durante la vigencia del contrato, incluida la etapa de la liquidación dentro del término pactado en el contrato, sin que en ningún caso sea posterior a esta

última oportunidad, por tener efecto extintivo del mismo, observando las garantías del debido proceso.

Aunado a lo anterior, se debe precisar que la entidad estatal puede abstenerse de ejecutar esta cláusula, sin embargo, es necesario que se adopten las medidas de control e intervención necesarias, que garanticen la ejecución del objeto contratado" (art. 18). Esta previsión legal otorga a la Administración la posibilidad de resolver sobre la declaratoria o no de la caducidad, previa valoración de los supuestos de hecho y de derecho y la procedencia de la expedición del acto administrativo respectivo, con miras a la protección del interés público, de tal modo que la abstención, en manera alguna excusa a la entidad de tomar las medidas tendientes a garantizar dicho interés público, esto es, la debida ejecución del objeto contratado (Consejo de Estado, 2000).

f) De la Reversión

La ley 80 de 1993, establece en su artículo 19 lo siguiente:

En los contratos de explotación o concesión de bienes estatales se pactará que, al finalizar el término de la explotación o concesión, los elementos y bienes directamente afectados a la misma pasen a ser propiedad de la entidad contratante, sin que por ello ésta deba efectuar compensación alguna (Ley 80, 1993).

Esta cláusula es definida por Santos (2010) como:

una cláusula contractual propia de los contratos de concesión administrativa, en virtud de la cual el particular se obliga a favor de la administración pública a entregarle, a título de propiedad, sin que exista, deber de erogación de ninguna clase por parte de ésta, todos los elementos, bienes y elementos que se encuentran afectados a la explotación del bien o del servicio entregado en concesión por la administración respecto de los cuales se haya producido la amortización y también a devolverle los bienes recibidos de la administración a título de mera tenencia, junto con las mejoras incorporadas a estos bienes (Santos, 2010, p. 469)

Por otro lado, la Corte Constitucional (1996), mediante la sentencia C-250 de 1996, ha considerado que la cláusula de reversión "constituye una prerrogativa exorbitante de obligatoria inclusión en los contratos de explotación y concesión de los bienes del Estado" (Corte Constitucional, 1996).

Así mismo, el Consejo de Estado (2002) respecto a la aplicación de la cláusula de reversión ha señalado que es una "contraprestación a cargo del concesionario y en beneficio de la Nación, que tiene por objeto la garantía del interés público, mediante la continuidad del (..) objeto del contrato" (Consejo de Estado, 2000), además, el alto Tribunal señala que, la reversión no constituye en ningún momento una confiscación, ya que no es una sanción y tampoco una pena, sino una

contraprestación en cabeza del concesionario condicionada a supuestos previstos en la ley.

Por último, para cerrar este acápite, es necesario precisar que cuando la ejecución de las cláusulas afecte al contratista, la entidad estatal está en la obligación de mantener el equilibrio financiero inicial del contrato y a la reparación o indemnización de perjuicios a favor de aquél, así mismo, el contratista puede presentar los recursos de ley contra el acto administrativo o en su defecto acudir ante la jurisdicción contenciosa administrativa a fin de dirimir el conflicto de intereses.

2. RÉGIMEN CONTRACTUAL SOBRE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS EN COLOMBIA

La prestación de los SPD, buscan satisfacer necesidades indispensables de la sociedad que son necesarias para el cumplimiento de principios constitucionales como el de dignidad e igualdad material, los SPD son definidos por Atehortua (2003) como “aquellas actividades prestacionales que están orientadas a satisfacer necesidades generales de los usuarios en sus propios domicilios, que son prestadas a través de redes físicas o humanas y que son calificadas como servicio público domiciliario por el legislador” (Aterhotua, 2003, p. 57).

Desde este contexto, existen tres elementos que deben darse a fin de determinar si un servicio público se constituye como domiciliario, los cuales son: i) Que el servicio sea recibido en el domicilio; ii) Que se preste mediante la utilización de una red, física o humana y iii) Que a través del servicio prestado sean satisfechas necesidades básicas esenciales de los usuarios que deben ser atendidas de manera especial por el Estado (Fernández, 2015).

En Colombia, la prestación de los servicios públicos domiciliarios tiene sustento constitucional en donde se establecen a través del capítulo 5 “**de la finalidad social del estado y de los servicios públicos**” y mediante el artículo 365 que consagra:

Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional (Constitución política de Colombia, 1991).

Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que, en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita (Constitución política de Colombia, 1991).

A partir de la necesidad de poder cumplir con este mandato constitucional, el legislador expide la ley 142 de 1994 “por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones”. Esta Ley, se aplica a los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, distribución de gas combustible, telefonía [fija] pública básica conmutada y la telefonía local móvil en el sector rural.

Tanto la Constitución como también la Ley 142 de 1993 consagran el derecho de constituir empresas que tengan por objeto la PSD, dentro de los límites de la Constitución y la ley, así mismo la citada ley en su artículo 32 señala que “los actos de todas las empresas de servicios públicos, así como los requeridos para la administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas que sean socias de ellas, en lo no dispuesto en esta Ley, **se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado**”, salvo en los casos donde la constitución o la ley disponga expresamente lo contrario.

Ahora bien, es necesario precisar que, “las empresas prestadoras de servicios públicos son sociedades por acciones cuyo objeto social es la prestación de los servicios públicos domiciliarios” (Superintendencia de Servicios Públicos, 2016). Sin embargo, la ley también contempla la posibilidad de otro tipo de prestadores de servicios públicos, con otra naturaleza jurídica, específicamente: (i) empresas industriales y comerciales del Estado, (ii) organizaciones solidarias, (iii) productores marginales o personas naturales o jurídicas que produzcan para ellas mismas el servicio, o como complemento o consecuencia de su actividad principal y (iv) los municipios, en forma directa, a través de su administración central, siempre y cuando cumplan los requisitos contemplados en la ley y en la Constitución.

Con respecto a las empresas privadas prestadoras de SPD, se debe señalar que el artículo 14.7 define que la empresa de SPD es “aquella cuyo capital pertenece mayoritariamente a particulares, o a entidades surgidas de convenios internacionales que deseen someterse íntegramente para estos efectos a las reglas a las que se someten los particulares”.

Sin embargo, el artículo 3° de la ley 689 del 2001 señala que:

Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa (Ley 689, 2001).
(Resaltado propio del autor)

Las Comisiones de Regulación podrán hacer obligatoria la inclusión, en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos, de cláusulas exorbitantes y podrán facultar, previa consulta expresa por parte de las empresas de servicios públicos domiciliarios, que se incluyan en los demás. Cuando la inclusión sea forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, y los actos y

contratos en los que se utilicen esas cláusulas y/o se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso-administrativa. Las Comisiones de Regulación contarán con quince (15) días para responder las solicitudes elevadas por las empresas de servicios públicos domiciliarios sobre la inclusión de las cláusulas excepcionales en los respectivos contratos, transcurrido este término operará el silencio administrativo positivo (Ley 689, 2001).

De lo anterior se puede precisar lo siguiente:

1) La norma deja en claro que los contratos que celebran las Empresas de SPD no se rigen por la ley 80 de 1993 sino por las reglas del derecho privado, en especial las normas de lo civil y comercial.

2) La misma norma permite que en algunos contratos que celebren las Empresas SPD se pueda incluir las cláusulas excepcionales establecidas en el Estatuto de Contratación Estatal.

3) En algunos contratos de SPD es obligatoria la inclusión de cláusulas y en otros es facultativo.

4) La responsabilidad sobre la inclusión de las cláusulas excepcionales en los contratos sobre la PSPD se encuentra en cabeza de las Comisiones de Regulación de los Servicios Públicos Domiciliarios (En adelante, CRSPD).

5) Para poder incluir cláusulas de manera facultativa, las ESPD deben consultar previamente a las CRSPD.

6) Las CRSPD tienen 15 días para resolver las solicitudes que realizan las ESPD sobre la inclusión de las cláusulas en algunos contratos, transcurrido este término sin respuesta alguna, opera el silencio administrativo positivo lo cual da lugar a que la ESPD puedan incluir las cláusulas sin la autorización de la CRSPD.

7) En caso de controversias en los contratos donde se incluyen las cláusulas excepcionales, la jurisdicción competente para dirimir las es la contenciosa administrativa.

En este punto, se hace necesario resaltar que, al hablar de contratación referente a la SPD, se está frente a un régimen especial o mixto que aplica de manera excepcional disposiciones del derecho público aun cuando ninguna de las partes que celebran el contrato son propiamente una entidad estatal, pero que, sin embargo, por tratarse de una empresa que presta un servicio público, se hace necesario que a las mismas se le confieran ciertas potestades a fin de garantizar los intereses y fines del Estado, estas potestades son conferidas únicamente a favor de la empresa que presta el SPD.

2.1. Tipos de contratos de las ESPD donde se permite la inclusión de cláusulas excepcionales

El Consejo de Estado (2013), señala la clase de contratos en donde se pueden incluir las cláusulas excepcionales y los divide así:

1) Contratos estatales en los cuales las cláusulas excepcionales son obligatorias, aún si no se incluyen taxativamente, se entenderán pactadas; pertenecen a esta categoría los siguientes:

EL DE OBRA: el cual es definido por la ley 80 de 1993 artículo 32.1 como aquellos que: “celebren las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago” (Ley 80, 1993).

DE EXPLOTACIÓN Y CONCESIÓN: los cuales según el artículo 32.4 del Estatuto de Contratación Estatal, se refiere aquellos que:

(...) celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden (Ley 80, 1993).

LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS: el cual según la Superintendencia de Servicios Públicos (2014) “Es un acuerdo por el cual una entidad prestadora de servicios públicos se compromete a prestar un determinado servicio público domiciliario, a cambio de un precio en dinero, denominado tarifa” (Superintendencia de Servicios Públicos, 2014).

LAS ACTIVIDADES QUE CONSTITUYAN MONOPOLIO ESTATAL: las cuales se encuentran bajo manejo de particulares quienes poseen una posición de privilegio exclusivo para explotar bienes del Estado.

2) Contratos estatales en los cuales las cláusulas excepcionales al derecho común son facultativas por lo que su inclusión depende de las partes y favorecen exclusivamente a quien hace las veces de entidad estatal, hacen parte de este grupo los contratos siguientes:

DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS: los cuales según lo señala el artículo 32.3 son aquellos que “celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados” (Ley 80, 1993).

DE SUMINISTRO: los cuales son aquellos que celebran las entidades estatales para la suministración de bienes, productos y servicios necesarios para el cumplimiento de un interés público.

Por otro lado, existen otros contratos en los cuales están prohibida la inclusión de cláusulas excepcionales y los cuales según Castellanos y Santos (2014) son los siguientes:

Contratos estatales en los cuales se encuentra prohibido incluir y, por tanto, ejercer cláusulas o estipulaciones excepcionales será causal para declarar la nulidad absoluta de la cláusula; pertenecen a este grupo, según el párrafo 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 (...) (Castellanos y Santos, 2014).

Todos los demás contratos estatales no previstos ni contemplados en alguno de los grupos anteriormente individualizados. Donde no se pueden incluir y menos a ejercer tales potestades excepcionales; pertenecen a este grupo entre otros el contrato de consultoría, de comodato, de leasing, etc.

Por último, cabe resaltar que como el Consejo de Estado ha señalado tres grupos de contratos de la manera siguiente:

El artículo 14 de la Ley 80 de 1993 reguló la posibilidad y forma de pactar las cláusulas exorbitantes en los diversos tipos contractuales, según los siguientes parámetros: en primer término, dispuso aquellos tipos de contratos en los cuales se entienden pactadas las diversas cláusulas excepcionales consagradas en la Ley, esto es aquellos en los cuales no se requiere de estipulación expresa para definir su existencia y ejercicio frente a la relación contractual. Así, de acuerdo con el artículo 1501 del Código Civil, estas cláusulas pueden considerarse de la naturaleza del contrato, pues aun cuando no las contenga formalmente, se entienden pertenecerle (...) En segundo lugar, el artículo 14 regula aquellos contratos en los cuales la estipulación de la cláusula exorbitante resulta facultativa para las partes, esto es no obligada su inclusión en la relación negocial, pero los contratantes, si a bien lo tienen,

las pueden pactar. Este tipo de cláusulas son denominadas en la norma civil - artículo 1501 del C.C. - como accidentales, pues a pesar de que no son de la esencia ni de la naturaleza del contrato, de forma expresa podrán estipularse (...) un tercer grupo que contempla la norma, lo constituye un grupo de tipos contractuales en los cuales está prohibida expresamente la inclusión de cláusulas excepcionales, por tanto, sumado a que la ley no obliga a su estipulación, las partes en ejercicio de su voluntad, tampoco podrán pactarlas (Consejo de Estado, 2011).

3. PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA, LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LOS CONTRATOS DE LAS ESP

En este acápite es necesario abordar la importancia que tiene el principio de seguridad jurídica en materia contractual y la autonomía de las partes para de forma igualitaria puedan pactar lo que ellos convengan sin el riesgo hacer modificado posteriormente por cualquiera de ellos.

No podemos dejar a un lado que, las ESPD son empresas privadas que tienen en su facultad la prestación de un servicio público domiciliario que tiene como objeto el cumplimiento constitucional de los fines del Estado.

De lo anterior, parte la premisa de que se debe garantizar que, en la relación contractual entre una ESPD y un tercero, los fines del Estado y la prestación del servicio público no se vea perjudicados y por ello se permite la inclusión de cláusulas excepcionales en algunos contratos los cuales se describen en el acápite anterior y siendo obligatorias en algunos y facultativas en otros.

No obstante, cabe preguntarse ¿se garantiza el principio de seguridad jurídica y la autonomía de la voluntad en los contratos que celebran las ESPD con terceros cuando se incluyen cláusulas excepcionales?

Para resolver este interrogante se debe tener en cuenta en primer lugar, que “todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y sólo puede ser invalidado por consentimiento mutuo o por causas legales” (Aranguren, Becerra y Hernández, 2019). En segundo lugar, se debe tener un concepto sobre el principio de seguridad jurídica, el cual en palabras de Ramírez (2006) lo define como:

(...) la certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable y los intereses jurídicamente tutelados, interdicción de la arbitrariedad, de modo que permite en el ciudadano el nacimiento de una expectativa razonablemente fundada en cuál ha de ser la actuación del poder en la aplicación del Derecho, supone una estrecha relación con la justicia porque la ley como sistema conforma un campo de garantías tanto en su aplicación como en su misma interpretación, sometida a determinados cánones que impiden la arbitrariedad de los operadores del mismo, entre ellos la observancia estricta de los principios de

legalidad e igualdad, que irradian todo el sistema e implica el respeto por la cosa juzgada, que también es un derecho fundamental (Ramírez, 2006, p. 1).

De acuerdo con lo anterior, el principio de seguridad jurídica busca que las partes puedan tener la confianza que lo pactado no será modificado de manera unilateral, pero que además se regirá de acuerdo con las normas mediante las cuales se celebró el contrato.

Por otra parte, se tiene la autonomía de la voluntad en materia contractual, la cual desde el ámbito privado permite a los particulares celebrar actos jurídicos conforme a sus propios intereses, desde luego dicho acto debe recaer sobre un objeto lícito y legal. De acuerdo con Deguit (1987) se debe entender que:

La autonomía de la voluntad es, ya lo he dicho, un elemento de la libertad en general es la libertad jurídica y es, en suma, el poder del hombre de crear por un acto de voluntad una situación de derecho, cuando este acto tiene un objeto lícito. En otros términos, en el sistema civilista, la autonomía de la voluntad es que ese querer sea socialmente protegido (pp. 57-58).

Así mismo, la jurisprudencia constitucional ha señalado que: “La autonomía de la voluntad privada es la facultad reconocida por el ordenamiento positivo a las personas para disponer de sus intereses con efecto vinculante y, por tanto, para crear derechos y obligaciones, con los límites generales del orden público y las buenas costumbres, para el intercambio de bienes y servicios o el desarrollo de actividades de cooperación” (Corte Constitucional, 2013).

De igual forma, la jurisprudencia también señala que la autonomía de la voluntad permite a los particulares:

i) celebrar contratos o no celebrarlos, en principio en virtud del solo consentimiento, y, por tanto, sin formalidades, pues éstas reducen el ejercicio de la voluntad; ii) determinar con amplia libertad el contenido de sus obligaciones y de los derechos correlativos, con el límite del orden público, entendido de manera general como la seguridad, la salubridad y la moralidad públicas, y de las buenas costumbres; iii) crear relaciones obligatorias entre sí, las cuales en principio no producen efectos jurídicos respecto de otras personas, que no son partes del contrato, por no haber prestado su consentimiento, lo cual corresponde al llamado efecto relativo de aquel.

Ahora bien, en lo que respecta a la contratación estatal la autonomía de la voluntad queda reducida a la discrecionalidad administrativa regida mediante lo establecido en las normas sobre contratación estatal, las cuales indican a la entidad una serie de limitantes previos a la celebración del contrato, los cuales tienen un carácter de obligatorio cumplimiento y en los que la inclusión de cláusulas de cumplimiento, garantía, sancionatorias, etc. (cláusulas exorbitantes) dan a la administración la dirección y control de la celebración y ejecución del contrato, caracterizadas esencialmente por la inaplicabilidad de algunos principios contractuales del derecho civil, toda vez que, precisamente, al practicarse

quebrantan la igualdad y conmutatividad propias del acuerdo de voluntades (Consejo de Estado, 2013).

Dicho lo anterior, debemos adentrarnos a lo relativo a los contratos celebrados por las ESPD en donde se incluyen cláusulas excepcionales y como el principio de seguridad jurídica y la autonomía de la voluntad no pueden verse desde lo privado sino desde lo que se rige por lo público.

A primera vista, se podría pensar que se rompe con el principio de seguridad jurídica al permitirse que una empresa privada cuyo marco normativo aplicable es principalmente el derecho privado, pueda incluir cláusulas excepcionales en ciertos contratos, sin embargo, no se puede dejar a un lado que esta potestad no se encuentra al arbitrio de la ESPD sino que se debe regir por unas reglas previamente determinadas por la misma ley tanto de contratación estatal, como también la ley 142 de 1994 y la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Una de estas reglas es que, solo puede darse cuando exista la autorización de las Comisiones de Regulación, previa solicitud de las empresas prestadora de servicios públicos domiciliarios, (Mármol, 2013). De igual forma, no le es permitido a las ESPD la potestad de ejecutar las cláusulas con base en circunstancias existentes que se podían prever desde la celebración del contrato, sino que se deben presentar situaciones imprevistas y que afecten gravemente el interés público, en caso contrario, el contratista podrá solicitar la nulidad absoluta de esta ante la jurisdicción de lo contencioso administrativa.

Por último, en cuanto la autonomía de la voluntad debe señalarse que esta cede ante la necesidad de contar con instrumentos que le permitan a las EPSD salvaguardar el interés público y los fines del Estado en lo que respecta a la eficiente prestación de los servicios públicos domiciliarios los cuales no podrían versen afectados por cuestiones inherentes al contratista, de allí que la discrecionalidad administrativa le permita a dichas empresas que con base en lo establecido en la normatividad se fijen los presupuestos bajo los cuales se regirá la relación contractual.

4. CONCLUSIONES

En Colombia, el Estado tiene unos fines constitucionales relativos a garantizar la prestación de los servicios públicos a todos los habitantes del territorio nacional, por ello, ante la ineficiente capacidad del Estado para cumplir con este mandato, tanto la Constitución como también la Ley 142 de 1993 permitió a los privados el derecho de constituir empresas que tengan por objeto la SPD, eso sí, siempre estarán bajo la regulación, el control y la vigilancia del mismo Estado.

Las relaciones contractuales de las ESPD se encuentran exclusivamente regidas por el derecho privado, sin embargo, la Ley 142 de 1994, permite que las

disposiciones del derecho público se hagan aplicable de manera excepcional en algunos contratos que sean celebrados por entidades prestadoras de los SPD y en los cuales predomina las disposiciones del derecho público cuando en estos se incluyen cláusulas excepcionales.

Las cláusulas excepcionales en el artículo 14° del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, las cuales son **a)** la interpretación unilateral, **b)** la modificación unilateral, **c)** la terminación unilateral, **d)** sometimiento a las leyes nacionales, **e)** la caducidad y **f)** la reversión, mediante estas se busca cumplir con un papel definitivo en la protección de los intereses públicos por sobre lo privado, quedando exclusivamente su inclusión en cabeza de la parte en la cual se encuentra el cumplimiento de dicho interés.

En lo referente a los contratos que se rigen exclusivamente por el derecho privado, se encuentra prohibida la inclusión de cláusulas excepcionales, de tal forma que si se llegaren a incluir esto conllevaría a la declaratoria de la nulidad del contrato celebrado.

En lo que respecta a los contratos celebrados por las ESPD, se está permitida la inclusión de las cláusulas excepcionales solo en los contratos de obra, el de explotación y concesión, el de prestación de servicios públicos y en las actividades que constituyan monopolio estatal, en cualquiera de estos contratos la inclusión de cláusulas es obligatorias y se entiende incluidas aun cuando no se establezca en el contrato.

Por otra parte, existen otros contratos donde la inclusión de las cláusulas excepcionales se puede hacer de manera facultativa, estos son: prestación de servicios y suministros, para su inclusión debe ser por acuerdo entre las partes y estas solo favorecen a las ESPD.

En todo caso, existen unas reglas para dicha inclusión como lo es la solicitud previa por parte de la ESPD a las respectiva Comisión de Regulación de Servicio Público Domiciliario y autorización por parte de esta. Aunado a ello, la potestad de ejecutar dichas cláusulas no se encuentra al arbitrio de las ESPD, sino, que se debe atender a causas imprevistas que no se hayan podido prever en la celebración contractual, además la situación debe ser un factor agravante que perjudique la prestación de los servicios públicos, conforme lo ha dejado en claro la jurisprudencia del Consejo de Estado.

En los demás contratos como lo es por ejemplo el de consultoría o el de empréstito, se encuentra prohibida la inclusión de cláusulas excepcionales, siendo estas regidas por las disposiciones del derecho privado.

5. Referencias

- Arango Betancourth, J. C., y García Moncada, J. G. (2004). APLICACIÓN DE LAS CLÁUSULAS EXORBITANTES EN LOS CONTRATOS ESTATALES REGULADOS POR REGÍMENES ESPECIALES. (Trabajo de grado para optar el título de abogado, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia). Recuperado de: <https://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere6/DEFINITIVA/TESIS30.pdf>
- Aranguren Cárdenas, G. A., Becerra Henao, E., y Ramírez Hernández, A. (2019). LA SEGURIDAD JURÍDICA COMO ESCENARIO PARA LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS ESTATALES. *Revista academia y Derecho*, 1 – 20.
- Arias García, F. (2012). Conflictos contractuales de operadores de servicios públicos en la Ley 1437 de 2011: ¿Plenitud del criterio organicista?. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 41 – 67.
- Aterhotua Rios, Carlos Alberto. Servicios Públicos Domiciliarios. Bogotá. Biblioteca Jurídica DIKE. 2003. P. 57
- Betancur Hicanpié, G. L., Muñoz Londoño, C., y Muñera Rendón, M. N. (2017). LAS CLÁUSULAS EXCEPCIONALES EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL. *Revista Nuevo Derecho*, 1 – 31.
- Borrero Almario, P. M. (2014). RÉGIMEN CONTRACTUAL EN LAS EMPRESAS OFICIALES DE SERVICIOS PÚBLICOS. (Trabajo de grado para optar por el título de Magister en Derecho, Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, Colombia). Recuperado de: http://www.consorcioibm.com/web/uploads/media/TRABAJO_DE_GRADO_MAGISTERIA_FINAL_01.pdf
- Castellanos Duarte, E. M., y Santos Páez, S. P. (2014). ANÁLISIS DE LA APLICACIÓN DE LAS CLÁUSULAS EXORBITANTES EN LOS REGÍMENES ESPECIALES DE CONTRATACIÓN ESTATAL – CASO LEY 142 DE 1994. *Revista Hipótesis Libre*, 1 – 35.
- Castellanos Duarte, E., y Santos Páez, S. (2014). ANÁLISIS DE LA APLICACIÓN DE LAS CLÁUSULAS EXORBITANTES EN LOS REGÍMENES ESPECIALES DE CONTRATACIÓN ESTATAL – CASO LEY 142 DE 1994” *Revista Hipótesis Libre*.
- Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto Sala de Consulta C.E. 1293 de 2000. Diciembre 19 del 2000. Disponible en: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=3896>
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del trece (13) de febrero de dos mil trece (2013). Radicación:

- 76001233100019990262201 (24996). Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de octubre 24 de 2013. Rad. 2000-02857. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 03 de agosto de 2017. Radicado: 15001233100019980060901 (**37.932**). Consejero Ponente: Julio Roberto Piza Rodríguez.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Sentencia del 9 de febrero del 2011. Expediente No. 18735. Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez.
- Consejo de Estado, Sección Quinta. Sentencia del 19 de julio de 2002. Consejero Ponente Reinaldo Chavarro.
- Constitución Política de Colombia, Asamblea Nacional Constituyente. Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html
- Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-1514/00. Noviembre 8 de 2000. Expediente No. D- 3026. Magistrada Ponente: Martha Victoria SÁCHICA Méndez.
- Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-250/96. Junio 6 de 1996. Expediente: No. D-1064. Magistrado Ponente: Hernando Herrera Vergara.
- Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-934/13. Diciembre 11 de 2013. Expediente No. D- 9661. Magistrado Ponente: Nilson Pinilla Pinilla.
- Deguit, L. (1987). Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoleón. Valparaíso: Edeval.
- García Bautista, L., y Mojica Leal, J. (2017). CARACTERÍSTICAS DE LAS CLÁUSULAS EXORBITANTES EN EL CONTRATO ESTATAL. *Revista Hipótesis Libre. 1 – 16*.
- Grueso Rodríguez, M. E. (2014). LAS PARTICULARIDADES DE LAS ENTIDADES ESTATALES DE NATURALEZA ÚNICA Y RÉGIMEN ESPECIAL. *Revista Republicana*, 193 – 214.
- Guarín Ferrer, J. C. (2014). Autonomía de la voluntad en los Contratos de Consumo. *Revista Ratio Iuris*.
- Ley 142. “Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No. 41.433 de 11 de julio de 1994. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0142_1994.html

- Ley 689. “Por la cual se modifica parcialmente la Ley 142 de 1994”. Diario Oficial No. 44.537, de agosto 31 de 2001. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0689_2001.html
- Ley N° 80. “Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración” Pública Diario Oficial No. 41.094 de 28 de octubre de 1993. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0080_1993.html
- Mármol Jaime, G. (2013). ANÁLISIS DE LA SUPERVISIÓN DEL CONTRATO ESTATAL: FUNCIÓN DE VIGILANCIA Y MECANISMO ANTICORRUPCIÓN. *Revista Academia & Derecho*, 145 – 169.
- Nino Zambrano, A. (2011). Delimitación: Cláusulas excepcionales en Contratos estatales. (Ensayo para optar por el título de especialista en contratación estatal, Universidad de la Sabana, Bogotá, Colombia). Recuperado de: https://intellectum.unisabana.edu.co/bitstream/handle/10818/1402/Arturo%20Niño%20Zambrano_147222.pdf?sequence=1&isAllowed=
- Osorio Moreno, N. D. (2013). Las cláusulas excepcionales en la actividad contractual de la administración pública: ¿autonomía de la voluntad o imposición del legislador?, *Revista Digital de Derecho Administrativo* No. 10. Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- Palacio Hicanpié, J. A. (2006). Régimen contractual colombiano de las empresas de servicios públicos domiciliarios mixtas. *Revista Prolegómenos. Derechos y Valores*, 13 – 32.
- Ramírez B., Y. (2006). “Seguridad jurídica”. *Revista Corte Suprema*. Año 9. N° 21. Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia.
- Rojas López, J. G. (2017). El régimen de contratación de las empresas de servicios públicos domiciliarios de carácter oficial. *Revista Ratio Juris*, 23 – 33.
- Santos Rodríguez, Jorge Enrique. La Cláusula de Reversión en los Contratos de Concesión Administrativa. En: X Jornadas de Derecho Administrativo – Incertidumbre en la contratación estatal. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2010. P. 469.
- SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS OFICINA ASESORA JURÍDICA
 CONCEPTO UNIFICADO 08 “PRESTACIÓN DIRECTA DE SERVICIOS PÚBLICOS POR PARTE DE LOS MUNICIPIOS, Y PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS POR EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS CON PARTICIPACIÓN MUNICIPAL – DIFERENCIAS ENTRE AMBAS FIGURAS”.