

ISBN 978-958-8943-03-9



FUNDACIÓN
UNIVERSITARIA

Contratación Estatal

La declaración administrativa de la
caducidad del contrato estatal



Gerardo Orrego Lombana

Contratación Estatal

**La declaración administrativa de la
caducidad del contrato estatal**

Gerardo Orrego Lombana

Fundación Universitaria Luis Amigó

Medellín

2016

546.023 O75

Orrego Lombana, Gerardo

Contratación estatal : la declaración administrativa de la caducidad del contrato estatal [recurso electrónico] / Gerardo Orrego Lombana. -- Medellín : Funlam, 2016
74 p.

ISBN: 978-958-8943-03-9

Incluye referencias bibliográficas

CONTRATOS PÚBLICOS - LEGISLACIÓN - COLOMBIA ; CONTRATACIÓN PÚBLICA - LEGISLACIÓN - COLOMBIA; RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN - COLOMBIA; LEY 80 DE 1993 - CONCEPTO; LEY 1150 DE 2007 - CONCEPTO; DECRETO NACIONAL DE 2012 - CONCEPTOS; POTESTADES EXORBITANTES

CONTRATACIÓN ESTATAL

La declaración administrativa de la caducidad del contrato estatal

© Fundación Universitaria Luis Amigó
Transversal 51A 67 B 90. Medellín, Antioquia, Colombia
Tel: (574) 448 76 66 (Ext. 9711. Departamento Fondo Editorial)
www.funlam.edu.co-fondoeditorial@funlam.edu.co

ISBN: 978-958-8943-03-9

Fecha de edición: 28 de enero de 2016

Autor: Gerardo Orrego Lombana

Corrección de estilo: Rodrigo Gómez Rojas

Diagramación y diseño: Santiago Álvarez Posada

Editorial: Fundación Universitaria Luis Amigó

Editor: Carolina Orrego Moscoso

Hecho en Colombia / Made in Colombia

Financiación realizada por la Fundación Universitaria Luis Amigó.

El autor es moral y legalmente responsable de la información expresada en este libro, así como del respeto a los derechos de autor. Por lo tanto, no compromete en ningún sentido a la Fundación Universitaria Luis Amigó.

Se permite la reproducción parcial del contenido, siempre y cuando no se utilice con fines comerciales, se cite al autor y se den los créditos a la Funlam como institución editora. Prohibida la reproducción total, por cualquier medio o con cualquier propósito, sin autorización escrita de la Fundación Universitaria Luis Amigó.



TABLA DE CONTENIDO

PRÓLOGO

INTRODUCCIÓN

1. NATURALEZA DE LAS CLÁUSULAS EXORBITANTES DEL CONTRATO ESTATAL	13
1.1 Concepto de cláusula o potestad exorbitante en el contrato estatal	14
1.2 Características de las cláusulas o potestades exorbitantes del contrato estatal	16
1.3 Formas como se representan las cláusulas o potestades exorbitantes en el contrato estatal	17
1.3.1 La interpretación, modificación y terminación unilateral, y la caducidad	18
1.3.2 La reversión	19
1.3.3 Cláusula de sometimiento a las leyes nacionales	20
1.3.4 Las multas y la cláusula penal pecuniaria	20
1.3.5 La liquidación unilateral del contrato	21
1.4 Conclusiones del capítulo	22
2. LOS LÍMITES MATERIALES PARA LA DECLARACIÓN ADMINISTRATIVA DE LA CADUCIDAD DEL CONTRATO ESTATAL	24
2.1 La prevalencia de los principios en la contratación estatal, como primer límite material para la declaración administrativa de la caducidad del contrato estatal	24
2.1.1 La prevalencia de los principios en la contratación estatal	25
2.1.1.1 El principio de responsabilidad	27
2.1.1.2 El principio de la prevalencia del interés general sobre el particular	32
2.1.1.3 El principio del debido proceso	34
2.2 Los límites materiales para la declaración administrativa de la caducidad del contrato estatal	37
2.3 Conclusiones del capítulo	39
3. PROCEDIMIENTO PARA LA DECLARACIÓN DE LA CADUCIDAD DEL CONTRATO ESTATAL: LÍMITE FORMAL.....	42
3.1 Trámite para la declaración de la caducidad administrativa, antes de la entrada en vigencia del Decreto Nacional 734 de 2012	43
3.1.1 Opción 1. Que el proceso para la declaración de la caducidad administrativa del contrato estatal sea el establecido en el Capítulo VII del Decreto 001 de 1984 (anterior Código Contencioso Administrativo)	45
3.1.2 Opción 2. Que la declaración de caducidad se hubiese realizado a través del trámite incidental establecido en el código de procedimiento civil (Decreto 1400 de 1970) en los artículos 137 y S.S	46

3.1.3 Opción 3. Que el proceso para la declaración de la caducidad administrativa del contrato estatal, antes de la entrada en vigencia del Decreto 734 de 2012 debió ser el establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011	48
3.2 Trámite para la declaratoria de la caducidad administrativa, bajo la vigencia del Decreto Nacional 0734 de 2012 (Derogado por el Decreto 1510 de 2013)	49
3.3 Trámite para la declaratoria de la caducidad administrativa, después de la entrada en vigencia del Decreto Nacional 1510 de 2013	50
3.3.1 La citación del contratista	52
3.3.2 El desarrollo de la audiencia	56
3.4 Límite temporal para la declaración de la caducidad administrativa del contrato estatal	58
3.4.1 La declaración de la caducidad administrativa dentro de la vigencia del contrato estatal	58
3.4.2 La declaración de la caducidad administrativa por fuera de la vigencia del contrato estatal	59
3.4.3 La caducidad administrativa en contratos estatales suspendidos	60
3.5 Procedibilidad de la caducidad administrativa en los contratos estatales	60
3.6 Conclusiones del capítulo	62
4. CONCLUSIONES GENERALES	65
4.1 Primera	65
4.2 Segunda	65
4.3 Tercera	66
4.4 Cuarta	67
4.5 Quinta	68
4.6 Sexta	68
4.7 Séptima	69
4.8 Octava	69
REFERENCIAS	71

PRÓLOGO

No son pocos los casos en los cuales la administración pública se ha visto inmersa en condenas cuantiosas por parte de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, a causa de la indebida aplicación de las potestades exorbitantes del contrato estatal establecidas en la Ley 80 de 1993; derivadas de la falta de diligencia en la declaratoria de la caducidad administrativa del contrato estatal.

Declaración que como tal, no sólo genera la terminación del contrato, sino que a su vez inhabilita al contratista para celebrar futuros contratos con el Estado y sus entidades descentralizadas; y que conlleva la terminación de los demás contratos estatales que el contratista pueda tener, por ocurrencia del concepto de “inhabilidad sobreviviente”.

En este sentido, la aplicación de la potestad exorbitante de la caducidad administrativa se ha convertido en una “espada de doble filo”, toda vez que ha sido la misma administración pública quien ha terminado perjudicada económicamente por el inadecuado ejercicio de la potestad en mención, generando el efecto adverso a lo pretendido por la Ley 80 de 1993, el cual es el mejoramiento del servicio.

Así las cosas, este libro se convierte, no sólo en un estudio a profundidad de la potestad exorbitante de la caducidad administrativa, sino que también es una herramienta útil para la administración pública al momento de tomar una decisión tan crucial como lo es la declaración administrativa de la caducidad de un contrato estatal.

Beatriz Elena Colorado Arcila

Abogada

INTRODUCCIÓN

El Estado, entendido como un ente jurídico al que se le ha confiado la prestación de una serie de servicios determinados a favor del pueblo que gobierna, podría ser considerado como la persona jurídica de mayor poder, encargada de administrar a una población dentro de un territorio determinado.

La figura del Estado, en el sentido amplio de dicho concepto, entendido como forma de Organización Política (Ortiz Castro, 2005, p. 44), nació desde que el mismo ser humano empezó a socializar, al verse éste en la obligación de interactuar con sus pares para poder hacer frente a las necesidades que se iban generando en su vida cotidiana y que no era capaz de enfrentar solo. Así las cosas, fue la supervivencia de dicho individuo y la necesidad de conquistar nuevas tierras para la satisfacción de sus necesidades, lo que llevó a la aparición de los Estados primitivos.

En la antigüedad y en la edad media era difícil desligar la figura del rey o monarca de la figura del Estado, especialmente cuando algunos soberanos manifestaban de forma abierta ser el Estado mismo, o ser el depositario del poder de Dios en la Tierra.

En la actualidad, con el surgimiento del Estado Social de Derecho, es fácil desenlazar la figura del gobernante y la del Estado, ya que se considera que este último se forma por multiplicidades de elementos, más aún si tenemos presente que su poder no se concentra en una persona determinada, sino que se ramifica en tres vertientes: el poder ejecutivo, el poder legislativo y el poder judicial. Además que se han creado unos órganos adicionales a dichas ramas que a su vez son expresión del poder del Estado.

Haciendo referencia al caso particular de Colombia, debemos resaltar que nuestro Estado, de acuerdo a la Constitución Política de 1991, se configura como una organización al servicio del ciudadano, estableciéndose el servicio a la comunidad como uno de los fines del Ente Público Superior, es así como en el artículo 2 de nuestra Constitución se estableció que:

Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo (Constitución Política de Colombia, art. 2).

De esta forma se destaca que nuestro Estado, por ser Social de Derecho, tiene una vocación de servicio a la comunidad; y para el desarrollo de ese servicio, así como para el de los demás fines del Estado, debe tener una serie de instrumentos que le permitan la implementación y ejecución de los mismos, siendo tal vez una de las herramientas más importante: la contratación estatal.

Cuando hacemos referencia al tema de la contratación estatal, la primera pregunta que le surge al lector es ¿Qué clase de contratos son los que rigen la actividad contractual del Estado? interrogante frente a la que se debe contestar que, en sentido estricto, los contratos que realiza el Estado, como Persona Jurídica de Derecho Público que es, son básicamente los mismos que realizan las demás Personas Jurídicas; es decir, los contratos que puede usar el Estado para el adecuado ejercicio de la actividad de administrar, son sustancialmente los mismos que realizan los particulares en su actuar, como por ejemplo: el contrato de compraventa, el contrato de obra, el contrato de arrendamiento, el contrato de suministro, entre otros.

En este sentido, para la implementación y ejecución de los servicios que debe prestar a la comunidad, el Estado hará uso de las figuras de los mismos contratos del Derecho Privado, pero con distinto fin y mediante procesos de selección del contratista, diferentes a los establecidos por el ordenamiento jurídico para los particulares.

Al respecto conviene decir que, mientras la contratación por parte del Estado busca satisfacer un servicio determinado a la comunidad, la contratación privada busca un interés particular. Este es precisamente el pensamiento del Dr. Juan Ángel Palacio Hincapié (2004), en su obra “La contratación de las entidades estatales”, en la que resalta de forma clara, que en la contratación de las entidades estatales convergen dos intereses: el primero, el de la entidad estatal que pretende el mejoramiento o la ejecución de un servicio determinado, con el que se busca la obtención del beneficio general o social; y de otro lado encontramos el interés de la entidad contratista que busca la obtención de un provecho particular, generalmente lucrativo (p. 242).

Es loable que el legislador le haya otorgado a las entidades estatales la facultad de realizar una serie de actividades para evitar la afectación grave del servicio que se pretende mejorar con el desarrollo del contrato estatal, toda vez que es a la entidad estatal y no al contratista, a la que le compete el logro del interés general; motivo por el cual dicha entidad tiene la coordinación del contrato estatal. Por tal razón, en materia de contratación estatal, la Ley 80 de 1993 permite la incorporación de cláusulas (o potestades) que son exorbitantes a la contratación particular, tales como la interpretación unilateral, la modificación unilateral y la terminación unilateral del contrato; la caducidad del contrato estatal y la reversión; así como las multas, la cláusula penal pecuniaria y la liquidación unilateral del contrato; con las cuales se rompe el principio de igualdad entre los contratistas, y todo para -como se dijo anteriormente- salvaguardar los intereses de la comunidad.

Siguiendo ese pensamiento, el legislador, por medio de la Ley 80 de 1993, o Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, definió dichas cláusulas (o potestades) como aquellas que son excepcionales al Derecho Común; es decir, como aquellas cláusulas que los particulares no pueden pactar en sus relaciones contractuales.

En la exposición de motivos de la misma ley, concibió al contrato estatal como un verdadero contrato, que se asimila a los que surgen en las relaciones entre los particulares, pero dado el desarrollo del interés general antes mencionado, que envuelve la actividad contractual, se

hizo necesaria la incorporación de las potestades excepcionales en el clausulado del contrato estatal (Gaceta del Congreso, Nro. 75, p. 13). Sin embargo, dichas cláusulas exorbitantes del Contrato Estatal no se aplican a todos los contratos de las entidades públicas, ya que no tienen cabida por lo general en aquellos negocios jurídicos bilaterales que gravitan sobre actividades comerciales o industriales, o con actividades científicas o tecnológicas.

Ahora, haciendo referencia de forma concreta a la potestad exorbitante de la Caducidad Administrativa, que es el tema específico sobre el que se desarrolla el presente escrito, es menester expresar la definición que de dicha cláusula establece la Ley 80 de 1993 en su artículo 18:

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 evidencie 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.

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.

Se ha de tener presente que la Ley 80 de 1993 no es una ley aislada, sino que al igual que las demás leyes, hace parte de un ordenamiento jurídico en cuya cúspide se encuentra la Constitución Política. En ese sentido, la aplicación de dichas cláusulas exorbitantes consagradas en el contrato estatal, no puede responder a la absoluta liberalidad del funcionario que las pretende hacer valer, sino que las mismas, al ser un criterio de desigualdad entre las partes del contrato, tienen una serie de límites para su ejercicio, tales como el debido proceso, el término para su aplicación, el respeto al equilibrio contractual, el cumplimiento de las obligaciones por parte de la administración, entre otros. Es así que el ejercicio de las potestades excepcionales del Estado debe respetar la aplicación del derecho al debido proceso, desarrollando las formalidades que la ley exige para la aplicación de dichas potestades o cláusulas y respetando el derecho de contradicción y de defensa del contratista, así como los demás principios constitucionales.

Ha de observarse por medio de este escrito, que si bien la Ley 80 de 1993 no establece de forma clara cuáles son los límites para la aplicación de la caducidad administrativa del contrato estatal, sí existen referencias normativas distintas, así como referencias jurisprudenciales de las que podremos extractar cómo se aplica la potestad exorbitante en mención, no sólo en un sentido formal, sino también en un sentido material.

Por otra parte, en la doctrina encontramos posiciones adversas frente a dichos límites. Muy a pesar de que muchos autores no hacen referencia a los límites jurídicos de las cláusulas o potestades exorbitantes, sí desarrollan algunos de dichos límites, siendo el más conocido de los

mismos, el límite temporal, que nos indica cuál es la época durante la que podemos hacer uso de las cláusulas exorbitantes del contrato estatal. En este sentido, el Dr. Pedro Antonio Lamprea Rodríguez, haciendo referencia al límite temporal expresa que:

Resulta urgente en este punto, examinar el tema de la oportunidad para expedir cláusulas exorbitantes del contrato estatal. Algún sector de la doctrina opina que la Caducidad administrativa, por ejemplo, va hasta después del término del contrato y antes de la liquidación final definitiva. Ello no es así... Toda declaración posterior al plazo del contrato es anulable por pérdida de la competencia exorbitante del funcionario (2007, p. 348).

Continuando con el ejemplo del límite temporal, por su parte, el Dr. Benjamín Herrera Barbosa se limita a decir simplemente que dichas cláusulas o potestades “se pueden ejercer hasta el vencimiento del plazo para cumplir las obligaciones principales nacidas del contrato” (2003, p. 289).

Pero pareciera ser que para la opinión del Consejo de Estado frente a este límite es otra, tal y como se observa en la sentencia de dicha corporación del trece (13) de septiembre de mil novecientos noventa y nueve (1999), en la que manifestó que:

Pero si bien es cierto en la mayoría de los casos el plazo del contrato coincide con el de ejecución de la obra, con la entrega del suministro, con la prestación del servicio, también lo es, que este plazo no constituye propiamente hablando el periodo de ejecución del contrato porque al finalizar el plazo que se ha destinado para el cumplimiento de la obligación principal por parte del contratista las partes no quedan liberadas de pleno derecho mientras no se extingan todas las obligaciones adquiridas, lo cual se cumple necesariamente en la etapa de liquidación del contrato en la cual es donde la administración puede valorar el cumplimiento total de las obligaciones a cargo del contratista y es la que pone término a la vinculación de las partes

Sentencia que se abordará nuevamente durante el desarrollo de este libro, máxime cuando existen otras series de sentencias que indican posiciones disímiles a la enunciada en el texto transcrito. A partir de estas diferencias, se justifica un estudio sobre el tema de los límites jurídicos de la aplicación de la cláusula excepcional de la caducidad administrativa en el contrato estatal en Colombia; igualmente, por cuanto hay contradicciones entre la misma doctrina y -en ocasiones- en la misma jurisprudencia; haciéndose aún más necesaria esta investigación, si se tiene en cuenta que los errores de la administración pueden generar un detrimento económico muy alto, ya sea a futuro a la misma administración si ella se llegare a ver obligada a indemnizar los perjuicios causados por un mal proceder; y de forma inmediata a la entidad contratista a la que se le aplique la Caducidad administrativa con desconocimiento de los límites que existen para su uso.

Téngase en cuenta que las cláusulas o potestades exorbitantes del contrato estatal, contempladas en la Ley 80 de 1993 y en la Ley 1150 de 2007, que consisten en la interpretación unilateral, la modificación unilateral, la terminación unilateral, la caducidad, la reversión, la imposición de multas, la cláusula penal y la liquidación unilateral del contrato, son una excepción

al principio de igualdad entre las partes de un contrato, y ello por cuanto se debe generar una desigualdad positiva a favor de la administración, toda vez que es la parte que tiene por fin el interés general, mientras que el contratista sólo busca su propia satisfacción.

Pero el ejercicio de las cláusulas exorbitantes del contrato estatal genera consecuencias patrimoniales para el contratista, y es posible que suscite también consecuencias económicas considerables a futuro para la administración si dichas cláusulas son aplicadas en una forma indebida o vulnerando los límites que la jurisprudencia ha fijado para el ejercicio de las mismas; en especial a lo que a la aplicación de la Caducidad administrativa se refiere. Es así que con este escrito se pretende llegar a la contestación de la pregunta sobre cuáles son los límites jurídicos para la aplicación de la cláusula o potestad exorbitante de la declaratoria de la caducidad administrativa del contrato estatal, tanto de índole formal como material.

Se aclara que la investigación inicial, de la que se deriva el presente escrito, hacía referencia a la determinación de los límites para la aplicación de todas las cláusulas exorbitantes del contrato estatal. Pero durante el desarrollo de la respectiva investigación se llegó a la conclusión de que se requeriría un trabajo de investigación en particular para cada una de las potestades excepcionales del contrato estatal a fin de determinar sus límites, dado el inmenso desarrollo jurisprudencial que de ellas existe. En este sentido se optó por abordar de forma concreta el tema de los límites a la declaratoria administrativa de la caducidad del contrato estatal, por ser ésta la cláusula excepcional que más problemas genera en su aplicación, y que como tal mayores perjuicios económicos puede generar para ambas partes; sobre todo cuando su aplicación conlleva, no sólo la terminación del contrato estatal, sino también la inhabilidad del contratista, como sanción a su inactividad; y de otro lado, su indebida aplicación por parte del servidor público encargado, es causal de sanción disciplinaria.

Cabe señalar, que el objetivo general de este trabajo es el de determinar la naturaleza de la cláusula exorbitante de la declaratoria administrativa de la caducidad del contrato estatal y cuáles son los límites jurídicos en su aplicación; destacando que muchas de las cosas que se puedan decir sobre la caducidad administrativa del contrato estatal, pueden ser predicables también de otras Cláusulas Exorbitantes.

Con base en lo anterior, se establecerá en primer lugar qué son las cláusulas exorbitantes del contrato estatal o potestades excepcionales del contrato estatal, para luego entrar a determinar cuáles son los límites jurídicos para la declaratoria de la caducidad administrativa del contrato estatal.

En este sentido, la hipótesis que se plantea en este trabajo es que la aplicación de las potestades exorbitantes del contrato estatal, establecidas en la Ley 80 de 1993 (pero haciéndose el énfasis en lo que a la declaratoria de Caducidad se refiere), no pueden ser aplicadas conforme al mero arbitrio de la administración pública, sino que se requiere para su aplicación, la deter-

minación de una serie de límites que tanto el ordenamiento jurídico como la jurisprudencia han establecido para ello, tales como el límite temporal, el debido proceso, el mantenimiento del equilibrio contractual, entre otros.

El método utilizado para el desarrollo de la investigación fue el instrumental, por cuanto con ésta se pretende determinar qué son las cláusulas o potestades exorbitantes del contrato estatal y cuáles son los límites jurídicos en la aplicación de la declaración administrativa de la caducidad del contrato estatal. De otra parte la metodología desarrollada consistió en el estudio bibliográfico del problema planteado. Se hizo, en primer lugar, un estudio de la normativa referente a las cláusulas o potestades exorbitantes del contrato estatal, relacionando cuáles son dichas cláusulas y en qué consisten las mismas; y posteriormente se relacionaron los límites que el Consejo de Estado y la doctrina han planteado para la aplicación de la potestad exorbitante de la caducidad administrativa del contrato estatal.

De otra parte, también es bueno indicar en esta introducción, que el presente trabajo se desarrolló bajo el marco legal de la legislación colombiana, comprendida por la Constitución Política de Colombia, en sus artículos 2, 6, 29, 58 y 333; por la Ley 80 de 1993, en sus artículos 14 al 19; por el Código Civil, en sus artículos 1609 y subsiguientes y en la Ley 1474 de 2011 conocida como estatuto anticorrupción, en sus artículos 86 y subsiguientes; así como en el Decreto 1510 de 2013; y en las demás normas complementarias de la presente investigación.

Consecuente con lo anterior, el marco espacial y temporal del presente escrito se desarrolló con base en las normas, la doctrina y la jurisprudencia de la República de Colombia vigentes a la época, por lo que la posible referencia que se haga a la doctrina extranjera y a eventos históricos sólo es para efectos didácticos; y no es un elemento de fondo de este escrito.

En este orden de ideas, este trabajo de investigación se realizó conforme a lo planteado en la actualidad por la normativa referente a la contratación estatal, al igual que en las interpretaciones dadas por la doctrina y por el Consejo de Estado que hoy por hoy están vigentes.

Los resultados se desarrollarán en tres capítulos. Un primer capítulo que hará referencia a la naturaleza de las cláusulas o potestades exorbitantes del contrato estatal; en el cual se estudiarán las características que ha de tener una potestad exorbitante del contrato estatal para ser considerada como tal; y a partir de ello poder adentrarse en los límites para la declaración administrativa de la Caducidad del contrato estatal en los demás capítulos.

En el segundo capítulo, se desarrollará el tema de los límites materiales a la declaración administrativa de la caducidad del contrato estatal, destacando cuáles son las limitantes a dicha potestad que han sido establecidas por la jurisprudencia del Consejo de Estado y exponiendo otra serie de límites que no han sido reconocidos como tales, pero que sí deben ser tenidos en cuenta. El desarrollo de este capítulo se hará a partir del estudio de tres principios básicos del ordenamiento jurídico colombiano: el principio de responsabilidad; el de prevalencia del interés general; y el del debido proceso.

Y finalmente, antes del acápite de las conclusiones, un tercer capítulo que hará referencia al trámite que se ha de seguir para la declaración administrativa de la caducidad del contrato estatal; teniendo en cuenta tanto el trámite que se debió desarrollar antes de la entrada en vigencia del Decreto Nacional 1510 de 2013; como el trámite establecido después de la entrada en vigencia de la norma en mención. También se hará alusión a ciertos pormenores que no se concibieron dentro del trámite establecido en el Decreto 1510 de 2013.

Es necesario indicar, que en el mes de mayo de 2015, el presidente de la República expidió el decreto 1082 de 2015 (decreto único reglamentario del sector administrativo de Planeación Nacional) por medio del cual compiló las normas de contratación estatal, sin modificar con ello el contenido de las normas de la contratación pública, como la ley 80 de 1993, la ley 1150 de 2007 y el decreto 1510 de 2013.

Consecuente con el desarrollo planteado, se pretende establecer de la forma más clara y a la vez sencilla, cuáles son los límites para la declaración administrativa de la caducidad del contrato estatal, con el fin que cuando se haga uso de dicha potestad, no se incurra en errores que terminarán afectado económicamente tanto a la entidad contratante como al contratista.

1. NATURALEZA DE LAS CLÁUSULAS EXORBITANTES DEL CONTRATO ESTATAL

Para poder ahondar en el tema de la naturaleza de las cláusulas exorbitantes, lo primero es decir que durante casi todo el siglo XX se consideraba que la existencia de éstas en un contrato estatal era uno de los criterios más relevantes para determinar que un contrato de la administración era de naturaleza administrativa (Palacio Hincapié, 2004, p. 248); o sea que, la practicidad de saber qué era y qué no era una cláusula exorbitante del contrato estatal estaba ligada a la necesidad de conocer si un contrato celebrado por una entidad del Estado era de naturaleza administrativa o era un contrato de Derecho Común de la administración.

Es así que en sentencia del 13 de marzo de 1972 de la sección tercera de la sala de lo contencioso administrativo del Consejo de Estado, dicha corporación planteaba la necesidad de conocer si un contrato de la administración era de naturaleza administrativa o era de origen común, para con base en dicha distinción poder determinar la jurisdicción a la cual se sometería el conocimiento de las controversias que se derivaran de dicho contrato; y concluyó dicha corporación en la mencionada sentencia, que los contratos administrativos son los que contienen cláusulas exorbitantes, tal como es el caso de los contratos que incorporan la cláusula de Caducidad; siguiendo lo dicho por “la jurisprudencia del Consejo de Estado Francés, que en sentencia del 31 de julio de 1912 determinó que la cláusula exorbitante era el criterio distintivo del contrato administrativo” (Consejo de Estado, 1972).

En contraposición a lo anterior, la Ley 80 de 1993 erradicó los conceptos de Contrato Administrativo y Contrato de Derecho Común de la administración, unificándolos bajo el término de contrato estatal.

Es de aclarar que en la actualidad, el conocimiento de lo que es una cláusula exorbitante del contrato estatal no tiene la finalidad de determinar que éste último sea de naturaleza administrativa o no, ya que como se indicó anteriormente, dicha posición se finiquitó con la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993, que unificó todos los contratos de la administración bajo la categoría de contrato estatal. Lo cual en ningún momento quiere significar que haya perdido importancia práctica el saber qué es y qué no es una cláusula exorbitante, principalmente si recientes sentencias del Consejo de Estado han expuesto la necesidad de respetar el debido proceso en la ejecución de las mismas, así como el derecho de defensa y contradicción del contratista.

Es pertinente expresar que el legislador ha dicho que en ciertos contratos se deben incluir las cláusulas exorbitantes, como es el caso de lo preceptuado por el inciso segundo del artículo 31 de la Ley 142 de 1994, de servicios públicos domiciliarios en donde se expresa:

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.

Una enunciación similar sobre las cláusulas exorbitantes, la encontramos en la Ley 100 de 1993, en el numeral 6 del artículo 195, en donde se manifiesta que existe la posibilidad de aplicar las Cláusulas Exorbitantes en el régimen de las empresas sociales del Estado (E.S.E.).

Obsérvese cómo, con las mencionadas normas, recobra necesidad práctica el saber cuáles son las cláusulas exorbitantes del contrato estatal; cláusulas que en últimas van a determinar la jurisdicción aplicable al contrato celebrado por las sociedades de servicios públicos domiciliarios.

Es por esto que el Consejo de Estado, en sentencia del 23 de septiembre de 1997, con ponencia del Dr. Carlos Betancur Jaramillo, manifestó:

Si bien la ley 80 creó una categoría contractual única (el Contrato Estatal), en la práctica reguló dos especies o tipos contractuales bien diferenciados. De un lado los contratos estatales propiamente dichos regidos en un todo por la citada ley; y de otro los especiales.

Consecuente con lo anterior, observaremos a lo largo de este trabajo que no sólo es necesario saber cuáles son las cláusulas o potestades exorbitantes, sino que también es necesario determinar cómo se debe aplicar la potestad exorbitante que puede ser más gravosa al contratista: la declaración administrativa de la caducidad del contrato estatal.

1.1 Concepto de cláusula o potestad exorbitante en el Contrato Estatal

En este punto, la primera pregunta que orienta esta parte de la investigación es: ¿Qué son las cláusulas o potestades exorbitantes del contrato estatal? Encontrando tantas repuestas como doctrinantes hay, que se hayan referido al tema.

Hay quienes consideran que se entiende por cláusulas exorbitantes a aquellas que tienen por objeto conferir a una de las partes derechos o imponer obligaciones extrañas a las que normalmente se pactan entre particulares, tal y como lo indica el Dr. Ricardo Hoyos en su obra (1994, p. 287).

También se ha estimado que las cláusulas o potestades exorbitantes son la estipulación legal del Contrato del Estado, que rompe la igualdad típica del acuerdo de voluntad regido por normas de Derecho Privado, para establecer precisa prerrogativa transitoria y unilateral a favor de la entidad pública contratante (Lamprea, 2007, p. 288).

Pero aún la sola denominación de las cláusulas o potestades exorbitantes no ha sido pacífica, toda vez que existen destacados tratadistas que consideran que más que cláusulas exorbitantes, son en realidad “potestades” o “poderes” inherentes al cumplimiento y satisfacción del interés general, es así como el Dr. Alonso Rico Puerta (2007) (...) Son consustanciales a la existencia misma del Estado” (p. 900).

De igual forma, estas cláusulas son llamadas “cláusulas especiales”, tal y como las denomina el Dr. Libardo Rodríguez (2008, p. 466), queriendo indicar con dicha denominación que, si bien los contratos estatales se guían por las normas que regulan los contratos civiles y comerciales, existe una serie de cláusulas que son extrañas a los contratos del Derecho Privado, o cuyos efectos son distintos en los contratos de las entidades estatales.

Y es que esta confusión de si son cláusulas exorbitantes, cláusulas especiales o potestades excepcionales, ha sido promovida por el mismo legislador, quien en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 se refiere a ellas indistintamente como potestades excepcionales y como cláusulas exorbitantes.

Muy a pesar de que se indiquen diversos nombres a las cláusulas o potestades en estudio, es pertinente manifestar que estamos haciendo referencia a unas potestades de la administración al momento de contratar; potestades que quiebran el principio de igualdad de las partes en el contrato, que están apoyadas en el principio del interés general y cuyo fin último es la prestación adecuada del servicio y el cumplimiento de los fines del Estado.

Facultades excepcionales de la administración que están incluidas en unas cláusulas, de forma expresa o tácita, dependiendo del tipo de contrato o de la potestad a la que hagamos referencia. Bajo este entendido, las cláusulas exorbitantes del contrato estatal son aquellas disposiciones contractuales, tácitas o expresas, que otorgan potestades a favor de las entidades estatales, que quiebran el principio de igualdad entre las partes del contrato, para el logro de los fines del Estado, y cuya aplicación está conferida a la entidad contratante, sin necesidad de previa declaración judicial.

De este modo, más importante que determinar la diferencia entre cláusulas y potestades, es menester indicar que estamos haciendo referencia a unas potestades que como tales han de estar contenidas en el clausulado del contrato, ya sea de forma expresa cuando son un elemento accidental del contrato, es decir, cuando la ley no las entiende incluidas en éste; o de forma tácita, cuando se constituyen en un elemento de la naturaleza del contrato, cuando la ley las entiende comprendidas en el mismo.

De otra parte, es necesario determinar cuáles son las cláusulas exorbitantes o potestades excepcionales de la administración en el contrato estatal, para de esta forma poder establecer, como se dijo anteriormente, a qué cláusulas es que se hace referencia -no sólo en los contratos estatales de la Ley 80 de 1993, sino también en los contratos estatales especiales, antes mencionados-, y cuáles han de ser los límites en su aplicación, y poder abordar los límites jurídicos frente a la declaratoria de la caducidad del contrato estatal.

1.2 Características de las cláusulas o potestades exorbitantes del contrato estatal

Entre las características que tienen las cláusulas o potestades exorbitantes se puede observar que: 1) Sólo rigen para los contratos del Estado; 2) por su carácter excepcional existe sólo una oportunidad improrrogable para su ejercicio; 3) su aplicación se condiciona a las circunstancias que establece la ley; 4) sus efectos serán sólo los que la ley prevé; y 5) no existe posibilidad de aplicarlas por interpretación analógica (Lamprea Rodríguez, 2007, p. 287).

Como se puede observar, las características antes mencionadas van más dirigidas hacia el cómo han de aplicarse las cláusulas exorbitantes, que a dar respuesta sobre las características de las potestades excepcionales, y por lo tanto no pueden ser el fundamento para determinar cuáles son dichas potestades excepcionales del Estado en la contratación.

Es por esto que, para poder plantear una serie de características que sean esenciales a las cláusulas exorbitantes, debemos remitirnos a las definiciones del término planteadas en el acápite anterior, y a lo preceptuado en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, y en las normas que posteriormente la han modificado o complementado, de donde podemos derivar una serie de características que ha de tener una potestad o cláusula en los contratos estatales, para ser considerada como excepcional o exorbitante:

1. *Tienen elementos extraños a los contratos de carácter civil y comercial que puedan regir entre particulares.* El diccionario de la Real Academia de la Lengua Española nos indica que la palabra “exorbitante” se deriva del latín *exorbítans*, que quiere decir excesivo o exagerado; y es precisamente por esta razón que las cláusulas a las que hacemos referencia son conocidas como exorbitantes, porque las mismas no se fijan en los contratos del Derecho Común en iguales o similares condiciones a como se fijan en los contratos estatales, ya que de ellas se derivan unas potestades excepcionales que los particulares no pueden ejercer en sus relaciones contractuales.

Quizá esta es la característica de mayor distinción de de las potestades excepcionales del Estado, pues como ya se había dicho antes, con el ánimo de salvaguardar el interés general se quiebra el principio de igualdad entre las partes contratantes.

2. *Tienen por propósito el cumplimiento de los fines estatales y la continua y eficiente prestación de los servicios públicos.* Más que una potestad de la administración para la aplicación de las cláusulas exorbitantes, se podría decir que la ejecución de las mismas se compara con el cumplimiento de un deber legal de la entidad contratante, pues como lo indica el numeral 1° del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, las entidades contratantes “tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato”.

Como se observa, las potestades excepcionales de la administración en el contrato estatal se derivan de la responsabilidad que tienen las entidades públicas en el control y en la ejecución del contrato estatal; por lo que las mismas no deben ser aplicadas al capricho del Estado, sino como el mejor medio para el óptimo ejercicio del control y la vigilancia en la prestación del servicio público.

3. *Su aplicación se deriva de la ejecución o de la no ejecución del contrato.* Las cláusulas exorbitantes se derivan de la ejecución o de la no ejecución del contrato, ya sea para garantizar que dicho contrato se cumpla a cabalidad, o para asegurar la continua prestación del servicio después de terminado el contrato.
4. *Existen a favor del Estado.* Como se puede observar, estas cláusulas existen a favor de la entidad contratante y no de la entidad contratista, toda vez que es precisamente dicha entidad la que está actuando en nombre de la comunidad, y como tal pretende desarrollar los fines del Estado, mientras que el contratista, por lo general, está encaminado a alcanzar un fin de lucro particular.
5. *Son de aplicación directa por la entidad contratante.* Es decir, la aplicación de las potestades excepcionales no requiere previa declaración judicial para poder ser aplicada, sino que por el contrario, a dichas cláusulas se les da la presunción de legalidad con la que se cobija a todos los actos de la administración, y será el contratista, mediante un proceso ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, quien deberá manifestar su inconformidad frente a la decisión tomada por parte de la administración, para buscar que sea un juez de la República quien dirima el conflicto entre la entidad contratante y el contratista, pero siempre teniendo muy presente que el acto de la administración es suficiente para su aplicación, a menos que el juez decreta la suspensión provisional del acto administrativo, o declare su nulidad. En este sentido, el Dr. Juan Ángel Palacio Hincapié indica que “sería imposible cumplir si la administración tuviera que someterse a la discusión judicial y por tanto, a la espera de una sentencia para evitar la paralización de la obra, o el servicio de suministro” (2004, p. 248).

1.3 Formas como se representan las cláusulas o potestades exorbitantes en el contrato estatal

Es menester recordar que el contrato estatal, al igual que el contrato en general, es un acuerdo de voluntades que está encaminado a crear obligaciones, y que como tal, se puede predicar que en su contenido también incorpora una serie de elementos que son de la esencia, de la naturaleza o que son accidentales, tal y como lo preceptúa el artículo 1501 del Código Civil.

De acuerdo a como lo expresa Ospina Fernández (2000) en su obra: Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico; los elementos de la esencia “constituyen lo mínimo que las partes deben declarar para precisar el interés que pretenden desarrollar jurídicamente, y el sentido en que quieren hacerlo” (p. 36); los elementos de la naturaleza son aquellas cláusulas que se entienden incorporadas en el contrato, muy a pesar de que las mismas no se mencionen en el texto del acto jurídico, es decir, “que aún a falta de estipulación, se producirán espontáneamente” (p. 36); mientras que los elementos accidentales están constituidos por aquellas cláusulas del contrato que se deben pactar en el contrato para que sean entendidas como parte del mismo, o en otras palabras, son “los pactos que varían los efectos subsidiarios normales establecidos por la ley según la naturaleza del acto en cuestión” (p. 36).

Es en este sentido que las cláusulas exorbitantes del contrato estatal pueden ser de dos clases: o de la naturaleza del contrato, o accidentales, según la ley presuma que se entienden incorporadas en el contrato a pesar de que no se estipulen, o que la ley considere que es necesario que se indiquen en el texto del acto jurídico para que puedan tener efectos. Pero para establecer cuáles son las cláusulas exorbitantes de la naturaleza del contrato y cuáles son las cláusulas exorbitantes accidentales, lo primero debe ser determinar cuáles son las cláusulas exorbitantes con base en las características mencionadas anteriormente.

1.3.1 La interpretación, modificación y terminación unilateral, y la caducidad

La doctrina ha sido unánime en determinar que existen ciertas cláusulas que son consideradas como potestades excepcionales del Estado o cláusulas exorbitantes, como lo son la interpretación, modificación y terminación unilateral y la caducidad del contrato estatal.

En este punto, lo primero que se ha de aclarar frente a la modificación e interpretación unilateral, es que es más adecuado hablar de interpretación y modificación unilateral subsidiaria, toda vez que, como lo indican los artículos 15 y 16 de la Ley 80 de 1993, dichas potestades se harán efectivas siempre que las partes no lleguen al acuerdo respectivo, evento en el cual la administración procederá a modificar o interpretar el contrato, según sea el caso, mediante acto administrativo debidamente motivado (Rico Puerta, 2007, p. 903). Es decir, la modificación e interpretación unilateral no son potestades que la administración pueda ejercer sin intentar primero interpretar o modificar el contrato de la misma forma que se hace en el Derecho Común: por acuerdo entre las partes del contrato.

Con base en las características antes vistas de la cláusula exorbitante, es evidente que la interpretación unilateral subsidiaria, la modificación unilateral subsidiaria, la terminación unilateral y la caducidad son potestades excepcionales de la administración por cuanto en los contratos entre particulares no se permite la realización de los eventos que dichas cláusulas describen, a menos que sea previo acuerdo de las partes; y dada la circunstancia de que las partes no llegaran a un acuerdo en los contratos realizados, debe ser un tercero imparcial, por lo general un

juez, quien dirima la controversia. De otra parte, como lo refieren los artículos 15 y 16 de la ley 80 de 1993, dichas cláusulas o potestades exorbitantes buscan evitar la afectación grave del servicio público; lo que nos hace reiterar que se han establecido para el cumplimiento de los fines del Estado.

Ahora, por disposición expresa del inciso segundo del numeral segundo del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, que preceptúa que “en los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aún cuando no se consignen expresamente” (haciendo referencia a las cláusulas o potestades exorbitantes de terminación, interpretación y modificación unilaterales, así como la de caducidad), dichas cláusulas o potestades han de ser concebidas como elementos de la naturaleza del contrato estatal, toda vez que se entienden incluidas dentro del contrato, muy a pesar de que las partes no las pacten de forma expresa dentro del texto del acto jurídico bilateral; aclarando eso sí, que la ley ha exceptuado a ciertos contratos que, si bien son estatales, no le son aplicables las mencionadas cláusulas.

1.3.2 La reversión

Es incuestionable que el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 ha establecido que la reversión es una potestad excepcional o cláusula exorbitante de la administración, en lo que atañe a los contratos de explotación y de concesión de bienes del Estado; pero se puede preguntar si dicha cláusula sí contempla una potestad excepcional o, por el contrario, es realmente una compraventa de bienes para el desarrollo del servicio, cuya entrega está sometida a un plazo; idea que ha de ser descartada, toda vez que en principio la administración no sabe cuáles son las características de todos los bienes que han de ser empleados en el desarrollo del contrato, ni mucho menos hay un acuerdo sobre el precio y la cosa.

Consecuente con lo anterior, se debe resaltar que en todos los contratos el contratista ha debido prever en su propuesta que los bienes destinados al cumplimiento esencial del servicio, en los eventos de los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado, pasarán a manos del Estado al término de la ejecución del contrato, incorporando su futuro valor dentro del precio de la propuesta presentada, ya que al final de su labor no obtendrá un pago por dichos bienes, distinto a las utilidades que haya percibido por el desarrollo del contrato.

De otra parte, confrontando las características de la reversión con las condiciones que ha de tener una cláusula para ser considerada como exorbitante, es evidente que la misma sí lo es, ya que con ella se pretende dar continuidad a la prestación del servicio para cumplir los fines del Estado, y su ejercicio no se ve supeditado a la autorización de un juez de la República.

Se pregunta si acaso, en una relación contractual entre particulares, es factible consagrar una cláusula de reversión; frente a lo que se puede contestar que la respuesta adecuada, teniendo en cuenta la autonomía de la voluntad, es que sí sería posible, siempre y cuando se determine

cómo procedería dicha cláusula. Pero a pesar de ello, es menester recalcar que en dicho contrato entre particulares, la reversión no podría ser declarada de forma unilateral, ni mucho menos ejecutada unilateralmente, sino que requeriría siempre de la intervención de un juez civil, o de quien haga sus veces.

Contrario a lo anterior, como en el contrato estatal la administración sí tiene la potestad para declarar la reversión, es que podemos decir que dicha cláusula sí se constituye en una potestad exorbitante de la contratación estatal, toda vez que la administración es autónoma al momento de decretar que ha operado la reversión, no necesitando acudir ante un juez de la República para que sea aquel quien la declare.

Esta cláusula o potestad exorbitante, por disposición expresa del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, constituye un elemento de la naturaleza del contrato estatal de explotación y de cesión de bienes del Estado; es decir, que se entiende pactada en este tipo de contratos, aun cuando en el texto de los mismos nada se indique sobre ella.

1.3.3 Cláusula de sometimiento a las leyes nacionales

Esta cláusula, muy a pesar de que la Ley 80 de 1993 indique que es exorbitante, o potestad excepcional del Estado, es evidente que no lo es; ya que con dicha cláusula sólo se consagra una norma procesal que fija jurisdicción; no admite ser declarada por la administración, ni se deriva de la ejecución o no ejecución del contrato.

1.3.4 Las multas y la cláusula penal pecuniaria

Aun cuando la Ley 80 de 1993 no las consagró, es menester indicar que las mismas fueron establecidas en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, que expresa:

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.

Y más adelante reza: “Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato”.

En principio se diría que conforme al Derecho Privado es claro que en la relación entre particulares, también es permitida la consagración de multas y cláusulas penales para darle más seriedad al acto jurídico celebrado; pero se destaca que la estipulación de multas y de la cláusula penal en el contrato estatal se deriva del deber de control y vigilancia del Estado.

En este sentido, el Dr. Héctor Escola (1997) manifiesta que el poder de sancionar que tiene la administración pública en la contratación administrativa, no es un derecho, sino una potestad; y es que no podría ser entendida como un derecho, porque la aplicación de la cláusula de multa y de sanción pecuniaria no tiene como finalidad el lucro de la entidad, sino que tiene como objetivo primordial el desarrollo de los fines del Estado (p. 405).

De otra parte, el párrafo del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 establece que las cláusulas en comento tienen una forma excepcional para su aplicación y cobro que no se adecua a lo consagrado en el Derecho Común:

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.

Como se observa, aunque estas cláusulas no fueron consagradas en el texto de la Ley 80 de 1993, sí se erigen como verdaderas potestades excepcionales del Estado en la contratación estatal, pues si bien en principio no son exorbitantes al Derecho Común, su aplicación sí lo es, ya que en la relación entre particulares primero ha de declararse por vía judicial el incumplimiento del contrato, y condenarse al contratista al pago de la multa, que posteriormente ha de cobrarse mediante un proceso ejecutivo que también se debe realizar ante la rama judicial.

Es así que las cláusulas excepcionales de multa y la cláusula penal de cobro directo deben entenderse como un elemento accidental del contrato estatal ya que su no incorporación en el texto del contrato les niega toda efectividad; es decir, no existe norma que las presuma consagradas dentro de cualquiera de las clases de los contratos estatales que se puedan llegar a generar.

1.3.5 La liquidación unilateral del contrato

De la simple lectura del artículo 14 de la Ley 80 de 1993 se desprendería que la potestad de las entidades estatales de liquidar de forma unilateral los contratos, cuando no ha existido un acuerdo previo con el contratista, no ha sido descrita por el legislador como una potestad o cláusula exorbitante. Pero de un estudio más profundo sobre dicha potestad, podemos concluir que la misma sí se configura en una potestad exorbitante al derecho común, toda vez que reúne las características antes mencionadas para poder ser considerada como tal, en especial, que dicha potestad puede ser aplicada por las entidades estatales sin necesidad de recurrir a la jurisdicción para ser ejecutada.

Es así que el Consejo de Estado, en sentencia del 30 de enero de 2013, con ponencia del Magistrado Enrique Gil Botero, recogió la línea jurisprudencia que dicha corporación ha trazado, entre otras decisiones, en la sentencia del 18 de julio de 2012, exp. 21.483, en la que expresó que:

Ahora bien, la liquidación unilateral se materializa en un acto administrativo, por ende, como su nombre lo indica, no se trata de un acuerdo sino de una imposición de la voluntad que la administración ejerce sobre el contratista -jamás a la inversa- acerca de la forma como termina el negocio jurídico. Se trata, ni más ni menos, que de una exorbitancia en manos públicas, porque la entidad estatal queda facultada para indicar las condiciones del estado del negocio, donde puede declararse a paz y salvo o deudora o acreedora del contratista, lo mismo que tiene la potestad de determinar, según su apreciación de los hechos y del derecho, todos los demás aspectos que hacen parte de la liquidación del contrato.

Es evidente que, aun cuando en el art. 14 de la Ley 80 de 1993 no se estableció la liquidación unilateral como una Potestad Exorbitante de la administración, la jurisprudencia, y la misma naturaleza de la figura en mención llevan a concluir que sí lo es.

1.4 Conclusiones del capítulo

Observado lo anterior, es menester destacar que no todas las cláusulas estipuladas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 pueden ser concebidas como cláusulas exorbitantes, ni tampoco puede ser entendido dicho artículo como negación de cláusulas que por su naturaleza son potestades excepcionales del Estado, muy a pesar de que en dicha norma no hayan sido comprendidas.

En este sentido se ha de considerar entonces, que existen cláusulas exorbitantes que consagran potestades excepcionales de la administración en la contratación estatal, que pueden ser entendidas como elementos de la naturaleza del contrato o como elementos accidentales del contrato estatal, y que como tales, estas últimas, han de ser estipuladas en el texto del contrato para que se entiendan incorporadas en el mismo. Así las cosas, son cláusulas exorbitantes de la naturaleza del contrato estatal: la interpretación, modificación y terminación unilateral; la caducidad y la reversión, en aquellos contratos en los cuales la ley ha permitido que dichas potestades puedan ser establecidas. Mientras que la multa y la cláusula penal pecuniaria se erigen como potestades exorbitantes de la contratación como elementos accidentales del contrato estatal, pues dichas potestades se deben incorporar mediante cláusulas accidentales del contrato para que se entiendan pactadas.

De este modo, se ratifica el hecho que la cláusula o potestad de la caducidad administrativa en el contrato estatal es, en todo sentido, una verdadera cláusula o potestad exorbitante del contrato en mención, toda vez que reúne los requisitos mencionados en este capítulo para poder considerarla como tal:

1. Son elementos extraños a los contratos de carácter civil y comercial que puedan regir entre particulares.
2. Tienen por propósito el cumplimiento de los fines estatales y la continua y eficiente prestación de los servicios públicos.
3. Su aplicación se deriva de la ejecución o de la no ejecución del contrato estatal.
4. Existen sólo a favor de la Administración Pública y no de la entidad contratista.
5. Son de aplicación directa por la entidad contratante; es decir, no requieren de declaración judicial previa para su aplicación.

Cabe destacar que aunque en un contrato entre particulares se pactara la cláusula de la caducidad del contrato, la misma jamás podría ser declarada autónomamente por una de las partes, ni mucho menos dicha parte podría ejecutar las consecuencias derivadas de ésta, ya que para dicho propósito, en aquella relación jurídica, es necesaria la intervención de la voluntad de ambas partes, o que sea un juez el que intervenga declarando dicha caducidad.

Asunto que no acontece en el ámbito de la contratación estatal, en donde la administración está facultada para declarar la caducidad del contrato estatal. Hágase la claridad que a pesar de que la administración tenga la potestad para declarar la caducidad del contrato, dicha declaración jamás podrá realizarse de plano, dado que la misma requiere la existencia de unos postulados materiales y formales que le den validez al acto administrativo que la declare. Es decir, si bien la administración puede declarar la caducidad del contrato estatal sin la necesidad de la intervención judicial, ello no implica que no se deban respetar algunos límites sustanciales y procedimentales, como sería el desarrollo de un debido proceso, entre otros límites.

Y es precisamente, de las características antes enunciadas sobre las cláusulas o potestades exorbitantes, de donde se derivarán los límites materiales y formales para la declaración administrativa de la caducidad del contrato estatal, toda vez que dicha declaración jamás se podrá realizar en contravía de su naturaleza. Así las cosas, y a manera de ejemplo, ya que será un tema que se desarrollará más adelante, la caducidad del contrato sólo podrá ser declarada con el fin de salvaguardar los intereses del Estado, más no en busca de la obtención de algún beneficio particular a favor del funcionario que ejecute la potestad exorbitante.

Establecidas las características que ha de tener una potestad exorbitante para ser reconocida como tal, y después de haber corroborado que la caducidad administrativa es una verdadera cláusula exorbitante del contrato estatal, se entiende desarrollado el primer objetivo de la investigación objeto de este escrito, por lo que los próximos capítulos han de concentrarse en el desenvolvimiento del otro objetivo de la investigación, cuál es la determinación de los límites para la declaratoria de la caducidad administrativa, teniendo en cuenta las características antes mencionadas de las cláusulas o potestades exorbitantes del contrato estatal.

2. LOS LÍMITES MATERIALES PARA LA DECLARACIÓN ADMINISTRATIVA DE LA CADUCIDAD DEL CONTRATO ESTATAL

2.1 La prevalencia de los principios en la contratación estatal, como primer límite material para la declaración administrativa de la caducidad del contrato estatal

Los principios en la contratación estatal algunas veces son abordados como unos meros criterios auxiliares de interpretación, sin otorgarle mayor relevancia a los mismos en lo que atañe a su aplicación en cada una de las etapas del proceso contractual. Es pertinente entonces demostrar cómo, en desarrollo de nuestra actual Constitución, dicho pensamiento ha de ser superado, máxime si la misma jurisprudencia del Consejo de Estado le ha dado mucha fuerza a los principios constitucionales, como normas de aplicación inmediata, como desarrollo al mandato constitucional.

Así, el presente capítulo busca evidenciar, con fundamento normativo y jurisprudencial, la prevalencia de los principios en materia de la contratación estatal, circunscribiendo lo dicho en este escrito a casos específicos de la legislación colombiana, y no intentando de ninguna manera hacer un tratado de principialística, ni buscando refutar o crear alguna teoría sobre la naturaleza de los Principios Generales del Derecho.

Lo mencionado en este apartado se enfocará, tal y como se indicó en la introducción, en lo que se refiere a la prevalencia de los Principios Generales del Derecho como primer límite a la aplicación de las cláusulas exorbitantes del contrato estatal, más específicamente en lo que a la declaración administrativa de la caducidad del contrato estatal se refiere. Se recalca que en el primer capítulo de este escrito se hizo referencia a la naturaleza de las cláusulas exorbitantes en el contrato estatal como forma de establecer las características que ha de tener una cláusula o potestad exorbitante del Contrato Estatal para ser considerada como tal; de manera que ahora se proceda a vislumbrar cuáles han de ser los límites para la aplicación de la declaración administrativa de la caducidad del contrato estatal.

Es así que, bajo el esquema del constitucionalismo actual, es pertinente empezar con el estudio de los principios del Derecho, para poder determinar si se han de convertir en un límite para la aplicación de las cláusulas o potestades exorbitantes del contrato estatal, en especial, en lo referente a la caducidad administrativa de éste. De esta forma, los principios se constituyen en el primer límite objeto de estudio del presente trabajo, por la obligación de respeto a los mismos, dada su prevalencia en el orden interno.

2.1.1 La prevalencia de los principios en la contratación estatal

El nacimiento del Estado de Derecho implicó la aparición de dos grandes principios: el de legalidad y el de responsabilidad. A partir de allí se deja de hablar de la existencia de Estados Absolutistas en los cuales la vida y los bienes de las personas le pertenecían al rey, quien podía usar y abusar de ellos siempre que así lo quisiera, dado que sus mandatos le eran aplicables a todas las personas, menos a sí mismo. De esta forma, el Estado de Derecho le impuso a los gobernantes, y en consecuencia al mismo Estado, la obligación de respetar el ordenamiento jurídico, so pena de predicar de él la responsabilidad que se derivara del irrespeto a la ley. Aún así, los principios en el Estado de Derecho no iban más allá de un mero concepto de normas programáticas, que sólo tenían desarrollo en la medida de la importancia que le dieran los integrantes del órgano legislativo al momento de crear las leyes.

Con la aparición del Estado Social de Derecho, también cambiaron conceptos primigenios del Estado de Derecho, siendo uno de ellos la posición que habrían de ocupar los principios dentro del ordenamiento jurídico. Bajo este esquema debemos considerar que el ordenamiento jurídico no está compuesto solamente de normas-reglas, sino que también está integrado de normas-principios, siendo éstas últimas aquel tipo de normas jurídicas que carecen de un supuesto de hecho y de una consecuencia jurídica, y que no van más allá de la orden del respeto y la realización de dicho principio, cuyo contenido específico únicamente se puede ver en el caso concreto.

Ahora, tal y como lo expresa Zagrebelsky (1999), distinguir entre principios y reglas significa, a grandes rasgos, distinguir entre la Constitución y la ley (p. 109); y es en este sentido que debemos decir, de acuerdo a como lo enuncia el artículo 4 de la Constitución Política de Colombia, que las normas constitucionales prevalecen sobre las demás normas del ordenamiento jurídico; de donde podemos deducir que los principios prevalecen sobre las reglas, inclusive, en lo que al tema de contratación estatal se refiere, toda vez que no existen motivos por los cuales habría de tratarse esta materia de una forma distinta al trato que tienen las demás especialidades del Derecho.

Mirando el estatuto de la contratación estatal desde una óptica neoconstitucionalista, bajo el entendido que la constitución (y sus principios) no son una mera base del sistema jurídico, sino que proporciona un contenido substancial al ordenamiento jurídico (Alexy, 2004, p. 159);

podemos observar que la Ley 80 de 1993, desde su primer artículo, nos está diciendo que el tema de la contratación estatal en Colombia no se reduce a la aplicación de normas-regla de procedimiento de selección del contratista, ni se reduce tampoco a las demás normas técnicas que en dicho estatuto se consagran. Nos indica que también han de tenerse muy presente los principios como normas rectoras que guían los procesos contractuales; y es por ello que el estatuto de la contratación estatal en su primer artículo nos resalta que dicha ley también tiene por objeto disponer, además de las reglas, los principios que han de regir la contratación de las entidades estatales. Es evidente que el estatuto de la contratación estatal de entrada, pareciera diferenciar la existencia de dos tipos de normas: las normas-principios y las normas-reglas de la contratación estatal.

Se debe destacar entonces, que la aplicación de los principios en materia contractual va más allá de la mera selección objetiva del contratista; es decir, que los principios generales del Derecho (ya hagan parte de la Constitución o de una ley) han de ser apreciados en todas las etapas de la contratación estatal y no sólo al momento de la selección del contratista. Es decir, postulados como la buena fe, la prevalencia del interés general, el debido proceso, la transparencia y la responsabilidad, entre otros, deben ser desarrollados en cada una de las etapas del trámite contractual, lo que por obvias razones incluye también la declaración administrativa de la caducidad del contrato estatal.

Si bien es cierto que la Ley 80 de 1993 indica de forma expresa cuáles han de ser los principios que tienen aplicación en esta materia, ello en ningún caso ha de entenderse como una negación de todos los demás principios del ordenamiento jurídico que no estén comprendidos en la Ley 80, toda vez que dichos principios, al pertenecer al bloque de constitucionalidad, hacen parte de la misma Constitución, que como tal prevalece frente a todas las demás normas del orden interno.

En este sentido, observemos cómo el estatuto de la contratación estatal considera que son principios aplicables a dicha especialidad los enunciados en el artículo 23 de la Ley 80 de 1993, el cual expresa:

ARTÍCULO 23. DE LOS PRINCIPIOS EN LAS ACTUACIONES CONTRACTUALES DE LAS ENTIDADES ESTATALES: Las actuaciones de quienes intervengan en la Contratación Estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo.

En dicho artículo observamos una confusión entre lo que es una regla y lo que es un principio, toda vez que, si bien la titulación que se le da al artículo pareciera indicarnos los principios que rigen la contratación estatal, encontramos que también nos va a hablar de las reglas de interpretación de la contratación, normas que como lo indica el mismo artículo, no son más que reglas. Aún así, podemos decir que dicho precepto normativo, además de los principios generales del Derecho, nos indica que también serán aplicables a los procesos de contratación del

Estado los principios de la función administrativa, los principios del Derecho Administrativo y los principios especiales de transparencia, economía y responsabilidad que desarrolla la Ley 80 de 1993.

Si bien en dicha enunciación pareciera que se describen los principios generales del Derecho como una categoría aparte de los demás grupos de principios, mejor es considerar que todo principio en sí mismo es un principio general del Derecho, dado que el Derecho es uno sólo e indivisible y que, muy a pesar de que tenga especialidades, las normas-reglas que se desarrollen en cada una de esas especialidades deben estar acorde con los principios que fundamentan el ordenamiento jurídico.

Asimismo, y a pesar de la categorización que se hace de los principios, se puede decir que a la contratación estatal se han de aplicar todos los principios establecidos en el cuerpo de la Carta Constitucional, por mandato directo del artículo 4 de la Constitución Política que prevé que la constitución es norma de normas, y que como tal es de aplicación inmediata. Así las cosas, la contratación estatal se ha de valer de todos los principios que le puedan ser aplicables en el ordenamiento Jurídico colombiano.

Dada la dificultad que implicaría enunciar todos y cada uno de los principios que le serían aplicables a los procesos de contratación estatal, nos limitaremos a enunciar algunos para finalmente establecer cómo su desconocimiento no sólo puede afectar la validez de los actos precontractuales, o del contrato estatal mismo, sino que también se convierten, los principios, en un límite al ejercicio de las potestades excepcionales de la administración pública frente al contrato estatal. Más aún, si se tiene en cuenta que de la enunciación o del estudio de un principio se desprenden otros, dada la característica de interrelación que existe entre los mismos como pilares que son del ordenamiento jurídico.

Se describirá pues, mediante el análisis de los principios de responsabilidad, de prevalencia del interés general y del debido proceso, cómo los principios son el primer límite al ejercicio de las facultades exorbitantes del contrato estatal y, en especial, de la caducidad administrativa de éste.

2.1.1.1 El principio de responsabilidad

El principio de responsabilidad es uno de los primeros que se enuncian en nuestro ordenamiento jurídico, y como lo dijimos con anterioridad, es uno de los pilares del Estado de Derecho mismo y, por ende, del Estado Social de Derecho.

Para iniciar encontramos que el artículo 6 de la Constitución Política de Colombia nos indica que “los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación

en el ejercicio de sus funciones”; y de otra parte, el artículo 90 del mismo cuerpo normativo nos indica que el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables y que hubiesen sido causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

El principio de responsabilidad, a su vez, es consagrado por el artículo 3 de la Ley 1437 de 2011 (código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo), en donde se indica que en virtud de dicho postulado superior, las autoridades y sus agentes asumirán las consecuencias por sus decisiones, omisiones o extralimitaciones de funciones, de acuerdo con la Constitución, las leyes y los reglamentos; recalcando lo ya antes dicho por la constitución, en el sentido que la responsabilidad de los servidores públicos se genera no sólo por su actuar, contra Derecho, sino también por su conducta omisiva o por la extralimitación en sus funciones.

En lo que respecta a la Ley 80 de 1993, es menester indicar que dicho estatuto en su artículo 26 nos menciona algunos eventos en los cuales se expresa la responsabilidad de los funcionarios públicos y de los contratistas; eso sí, indicando que dicha responsabilidad no sólo es predicable para los eventos consagrados en el artículo 26 del mencionado estatuto contractual, sino que también se ha de imputar responsabilidad siempre que de un actuar, de una omisión, o de una extralimitación se generen consecuencias antijurídicas, a pesar de que los supuestos de hecho de los que se deriven dichas responsabilidades no se encuentren expresos dentro de la norma. Se aclara que el concepto del principio de responsabilidad es de doble vía, es decir, que se habla de responsabilidad de la administración cuando con su actuar genera algún daño injustificado en cabeza del contratista, y también es predicable dicha responsabilidad por parte del contratista cuando con su actuar genera perjuicios a la administración, quedando facultado uno u otro que se vea afectado, al cobro de los perjuicios ocasionados por el actuar contra Derecho de la otra parte del contrato.

Cabe indicar que son múltiples las áreas desde las cuales se puede hablar del principio de responsabilidad en la contratación estatal, por ejemplo, desde lo disciplinario, lo penal, lo fiscal, entre otras; pero también en el ámbito de la responsabilidad contractual se puede hablar del principio de responsabilidad del Estado, como es el caso de la generada por el hecho del príncipe, y demás que se mencionarán, pero que no se profundizarán más allá de lo que atañe al tema del ejercicio de las potestades excepcionales del contrato estatal.

De igual forma, se debe tener en cuenta que del principio de responsabilidad se desprenderán otros que a su vez son límites al ejercicio de las potestades excepcionales del contrato estatal, como es el caso de los postulados del equilibrio contractual y de la excepción de contrato no cumplido.

La normativa referente a la contratación con el Estado indica que en la relación contractual entre la entidad estatal y el contratista debe existir un equilibrio en la contratación, consistente en el mantenimiento de las condiciones económicas y financieras existentes al momento de proponer o contratar; es decir, que al contratista se le deben mantener las condiciones bajo las

cuales él presentó la propuesta, toda vez que, de haber sido distintas, la propuesta también lo habría sido. Pero dicho equilibrio en ocasiones se rompe, ya sea por la ocurrencia de los hechos generadores del concepto de “la imprevisión”, o ya sea por la ocurrencia del “hecho del príncipe”; por lo que se hace necesario entrar a indagar en qué eventos ocurre uno u otro caso.

Haciendo referencia al principio de la responsabilidad del Estado, con un enfoque en el principio del equilibrio contractual, debemos empezar aclarando que la teoría del hecho del príncipe antes mencionada es utilizada comúnmente con diversas acepciones: una en sentido lato y otra en sentido estricto; dependiendo de si se considera que el hecho proviene de cualquiera de las entidades del Estado, o si proviene de la entidad contratante. En términos del Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez:

En sentido lato, la expresión “hecho del príncipe” se refiere a toda intervención de los poderes públicos, es decir, de cualquier órgano del Estado que afecte de cualquier forma, ya sea de manera directa o indirecta, la ejecución del contrato.

La teoría del hecho del príncipe (...) nació para corregir las consecuencias de aquellas intervenciones de los poderes públicos que tuvieron por efecto afectar, con medidas generales, las condiciones jurídicas o de hecho conforme a las cuales el contratista ejecuta su contrato (...) el hecho del príncipe concierne a las medidas que no tienen por objeto realizar directamente la prerrogativa modificatoria, pero que inciden o repercuten sobre el contrato, haciendo que su cumplimiento sea más oneroso.

En cambio, en sentido estricto, la expresión, que también se conoce como “hecho de la administración”, designa los actos provenientes de la autoridad pública contratante que, sin tener por objeto el contrato, generan efectos sobre el mismo en cuanto a las condiciones de su ejecución (2008, p. 444).

Ahora, es necesario desligar el concepto del “hecho del príncipe” de lo que es la “responsabilidad contractual” de la entidad contratante, toda vez que mientras el “hecho del príncipe” se deriva de la ocurrencia de actos de carácter general por parte de la administración, es decir, que van dirigidos a toda la comunidad; la “responsabilidad contractual” de la entidad contratante está enfocada en los actos de naturaleza particular, tales como la modificación o interpretación unilateral del contrato. Es por esto que el Consejo de Estado, en sentencia del veintisiete (27) de marzo de mil novecientos noventa y dos (1992), de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, con ponencia del Consejero Dr. Carlos Betancur Jaramillo, definió así la fuente de la responsabilidad del Estado por el hecho del príncipe:

Es bien sabido que el equilibrio financiero de un contrato administrativo puede sufrir alteración por un hecho imputable al Estado, como sería, entre otros, el conocido doctrinariamente como hecho del príncipe y determinante del área administrativa. Hecho, siempre de carácter general, que puede emanar o de la misma autoridad contratante o de cualquier órgano del Estado. Si el hecho es de carácter particular y emana de la entidad pública contratante, su manejo deberá enfocarse en función de la responsabilidad contractual y no en razón de la teoría indicada. La medida estatal debe ser de carácter general con incidencia en la ecuación financiera del contrato considerada a la fecha de la celebración del mismo, de tal modo que si la afecta o quebranta en forma anormal o extraordinaria en detrimento del contratista porque hace más onerosa su ejecución, la entidad contratante deberá asumir el riesgo de su restablecimiento.

Tengamos presente que es diferente la imputación por la “teoría del hecho del príncipe”, que la imputación de responsabilidad del Estado por la “teoría de la imprevisión” (Matallana Camacho, 2009, p. 463), toda vez que ésta última hace referencia a situaciones ajenas a las partes, con ocurrencia posterior a la celebración del contrato, que hacen más gravosa la ejecución del mismo. La característica fundamental de la imprevisión es que no se deriva de la voluntad de las partes, como sí ocurre en la teoría del hecho del príncipe. Son múltiples los posibles eventos generadores de la imprevisión, siendo algunos de ellos una guerra, una crisis económica, un hecho natural catastrófico, entre otros.

De igual forma, también se diferencian “el hecho del príncipe” y la “teoría de la imprevisión”, en que las consecuencias para la administración serán diferentes, ya que mientras que en el hecho del príncipe se condenará a la entidad contratante a resarcir al contratista los mayores costos que le generó la medida administrativa, junto con el lucro cesante, es decir, junto con aquello que el contratista dejó de percibir por la actuación de la administración, en la teoría de la imprevisión, a la entidad contratante sólo se le deberá condenar al pago de los mayores sobrecostos en que incurrió el contratista a consecuencia del hecho perturbador. Pero nada se indica sobre el lucro cesante generado al contratista; siendo justo esto, pues en la imprevisión el hecho es ajeno a la voluntad de la administración, por lo que se deberá resarcir el equilibrio del contrato, pero sin castigar a la administración por un hecho exógeno a ella.

El principio de responsabilidad, como principio fundante del Estado de Derecho, no se agota en los eventos resaltados en el artículo 26 de la Ley 80 de 1993, dado que en dichos casos ni siquiera se toca el tema de la aplicación o ejercicio de las potestades excepcionales del contrato estatal; pero se debe mencionar, puesto que es parte de este trabajo de investigación, que si de la ejecución de alguna de las cláusulas exorbitantes del contrato estatal se genera algún perjuicio injustificado, se podrá predicar la responsabilidad de la administración, y como tal, la misma deberá indemnizar los perjuicios causados.

Un ejemplo de lo anterior sería el evento en el que se declarase la caducidad del contrato cuando el mismo está cercano a su terminación; o en el caso en el que la interpretación unilateral por parte de la administración sea contra Derecho y ello genere perjuicios económicos en el contratista; o cuando se abuse de las multas que a éste se pueden imponer, entre otros eventos.

Asimismo, la administración no podrá ejercer las facultades exorbitantes del contrato estatal como las multas, la caducidad y la sanción pecuniaria, cuando la misma administración, ya sea por la ocurrencia del hecho del príncipe o por eventos de responsabilidad contractual, haya dado lugar a que se generen los eventos sobre los cuales habrá de aplicar dichas cláusulas; y por el contrario, se habrá de predicar la responsabilidad de la administración siendo ella quien deba resarcir los daños causados.

Consecuente con lo anterior, la administración tampoco podrá ejercer esas facultades exorbitantes cuando el incumplimiento del contratista se derive de un hecho ajeno a las partes, como desarrollo de la teoría de la imprevisión. En caso de que la administración ejerza las potestades

exorbitantes de la contratación estatal, en los sucesos antes mencionados, será obligada a resarcir todos los perjuicios que con dicho acto administrativo hubiese causado, muy a pesar de que objetivamente se configuren las causales para el ejercicio de dichas potestades, pues dichos supuestos nos son imputables al contratista.

Esta serie de eventos va de la mano de la conocida “Teoría de los actos propios”, reseñada por el Consejo de Estado en múltiples sentencias, entre ellas, la del diez (10) de marzo de dos mil once (2011), cuyo Magistrado Ponente fue Danilo Rojas Betancourth y según la cual:

Constituye una manifestación del principio de la buena fe que debe regir las relaciones y es una regla que considera inadmisibles el venire contra factum proprium, es decir que rechaza aquellas actuaciones que contravienen o contradicen una manifestación de voluntad expresada anteriormente por una persona y que implican la asunción de una posición contradictoria en relación con esa anterior declaración.

De igual forma, aunque la jurisprudencia en mención no lo indica, se resalta nuevamente que tampoco se podría ejercer la potestad exorbitante de la caducidad del contrato estatal cuando el incumplimiento de las obligaciones por parte del contratista se deriva de un hecho ajeno a su voluntad (por ejemplo un hecho de la naturaleza).

El principio de responsabilidad, enfocado desde la ejecución del contrato estatal, también tiene una fuerte relación con el principio contractual conocido como “excepción de contrato no cumplido”, consagrado en el artículo 1609 del Código Civil, según el cual “en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allane a cumplirlo en la forma y tiempo debidos”. De donde se deduce que si la administración no ha actuado con diligencia en la relación contractual, ella no está facultada en principio para ejercer las potestades excepcionales consagradas en la Ley 80 de 1993, ya que por razones de simple equidad, la administración no puede obligar al contratista a cumplir si ella ya ha incumplido sus obligaciones como parte contratante, o si peor aún, como se indicó anteriormente, ha sido ella quien ha generado el incumplimiento del contrato por parte del contratista.

Es en este sentido que el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, en sentencia del trece (13) de septiembre de dos mil uno (2001), radicado número 12.722, con ponencia de la Consejera María Elena Giraldo Gómez, expresó que:

La Administración tiene la facultad de ejercitar los poderes exorbitantes que le concede la ley, cuando se cumplen los supuestos previstos al efecto; el incumplimiento del contratista es supuesto del ejercicio de unos de esos poderes. En el evento de que se prueben las condiciones que configuran la excepción de contrato no cumplido a favor del contratista, se desdibuja el incumplimiento del contratista que justifica el ejercicio de algunos de los poderes exorbitantes, como lo son la declaratoria de incumplimiento, la Caducidad del contrato, la imposición de multas, etc.; toda vez que, conforme lo establece el artículo 1609 del C.C., el contratista no está obligado a ejecutar sus prestaciones cuando la otra parte incumplió las propias. Se tiene entonces que cuando se cumplen los supuestos de hecho que representan la existencia real de la excepción de contrato no cumplido, y se concluye que el

contratista no estaba obligado a cumplir la prestación que pendía de un comportamiento contractual de la Administración, ésta pierde la facultad de declarar el incumplimiento del contrato o la Caducidad del mismo, si el motivo determinante de esta decisión lo era precisamente el incumplimiento del contratista.

Con lo que se demuestra aún más cómo los principios, al ser normas de aplicación directa, no son meros supuestos de interpretación al momento de dar aplicación a la norma, toda vez que si los principios fueran meras normas programáticas, no habría lugar a exonerar el incumplimiento del contrato por parte del contratista, aunque la entidad contratante no haya ejecutado sus obligaciones contractuales, pues la norma indica que la potestad de la entidad pública de sancionar al contratista se deriva del incumplimiento, pero no establece de forma expresa la excepción del incumplimiento por parte de la administración; excepción que como se observa, se deriva de un principio del Derecho Privado que por analogía se ha incorporado al tema de la contratación estatal.

2.1.1.2 El principio de la prevalencia del interés general sobre el particular

Es de anotar que una de las bases de un Estado Social de Derecho es precisamente el hecho de que ha de prevalecer el interés general sobre el particular, tal y como lo mandan multiplicidad de normas positivas en la Constitución Política de Colombia y en la Ley 80 de 1993 (la cual no iba a ser la excepción). Específicamente, el artículo 1 de nuestra Carta Magna indica que Colombia es un Estado fundado en la prevalencia del interés general, por lo que, en palabras del constituyente en el artículo 58 del mismo cuerpo normativo, el interés privado deberá ceder al interés público o social.

Ahora bien, el principio de la primacía del interés general no consiste en cosa distinta a que la causa de la contratación estatal y los fines de la misma deben estar orientados al logro de los fines del Estado, a la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y a la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ella en la consecución de dichos fines, tal y como lo dispone el artículo 3 de la Ley 80 de 1993.

Es así que podemos decir que la causa misma del contrato estatal la es el interés general, recalcando a su vez que el interés general ha de ser la causa y el efecto del contrato estatal (Expósito Vélez, 2003, p. 53); por lo que, el ejercicio de las potestades excepcionales de la contratación estatal, también ha de tener como causa y como fin el interés general.

Recordemos que el contrato estatal además debe contar con una causa lícita y un fin lícito cuyo fundamento, como ya se expresó, es precisamente la búsqueda del interés general; ello so pena de adolecer de una falsa motivación o de una desviación de poder, que viciaría de nulidad al contrato y por lo tanto, lo haría susceptible de ser declarado nulo de acuerdo a lo enunciado por el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo).

Al igual que el fin del contrato estatal, la causa del mismo debe estar inspirada en las necesidades sociales y en el interés de satisfacción de las mismas; que como ya se dijo, también aplica para la expedición de los actos administrativos que se deriven del ejercicio de las facultades exorbitantes de la contratación estatal.

Recordemos que la causa lícita y el fin lícito son presupuestos de validez del acto administrativo, y siendo la declaratoria de cualquiera de las cláusulas exorbitantes del contrato estatal un acto administrativo, y el contrato estatal un acto jurídico bilateral, a estos actos también se le ha de exigir que tengan una causa lícita y un fin lícito. En este sentido, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección segunda, subsección “b”, en sentencia del cinco (5) de noviembre de mil novecientos noventa y ocho (1998), radicado 11370, con ponencia del Consejero Silvio Escudero Castro, manifestó que:

“la causa es un elemento esencial de los actos administrativos que está constituida por la representación y valoración que el sujeto titular del poder administrativo hace de unos hechos, que lo impulsan a declarar su voluntad y a generar con ella determinados efectos jurídicos”. La causa, entonces, gravita en la apreciación que el agente público hace de los hechos. La comprobación de la causa o la estimación de dicho supuesto fáctico, no sólo atañe a la administración, sino también a la jurisdicción. Cuando la representación y valoración de los hechos concuerda con la realidad y cuando la preceptiva jurídica determina las condiciones, que son aplicadas adecuadamente, para la apreciación de ciertos hechos, la causa del acto administrativo será regular y legal. A contrario sensu, si la declaración de voluntad, se fundamenta en hechos que no existieron, que fueron diferentes a como los presenta el sujeto titular del poder administrativo, el elemento causal del acto se encontrará viciado.

En la misma vía, dado que el interés que se persigue con la contratación estatal no es el del lucro de la entidad estatal, ni mucho menos el de algún servidor público, es menester indicar que el contrato estatal ha de ser celebrado con el objetivo de dar cumplimiento a los fines establecidos por la misma Ley 80 de 1993, indicados con claridad en su artículo 3: el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con las entidades estatales en la consecución de dichos fines.

No sobra decir que los fines del Estado son, entre otros, los enunciados en el artículo 2 de la Constitución Política de Colombia (Escobar Gil, 1999, p. 89). Es decir, son los de servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo; además de la protección de las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares; que en pocas palabras son resumidos en el logro del interés general.

De esta forma, todo acto administrativo por medio del cual se ejerza alguna de las facultades excepcionales del contrato estatal que no tenga por fin el logro del interés general, sino que busca el desarrollo de un interés particular, ya sea político, económico o de otra clase, adolecerá de nulidad por desviación de poder, y como tal, podría ser declarado nulo, con la consecuente declaración de responsabilidad de la entidad pública y del funcionario creador del acto impugnado.

2.1.1.3 El principio del debido proceso

El principio del debido proceso es un postulado constitucional que, como es bien sabido, se extiende por todo el ordenamiento jurídico y debe ser tenido en cuenta tanto en las actuaciones judiciales como en las administrativas, según lo consagra el artículo 29 de la Constitución Política.

En virtud del principio del debido proceso, de acuerdo a lo indicado por la Ley 1437 de 2011, las actuaciones administrativas se adelantarán de conformidad con las normas de procedimiento y competencia establecidas en la Constitución y la ley, con plena garantía de los derechos de representación, defensa y contradicción; es de esta forma que ha de entenderse que no sólo basta con aplicar el debido proceso en lo que atañe a la selección del contratista, sino que también se debe respetar este principio en todos los ámbitos de desarrollo de la ley contractual, toda vez que el debido proceso implica también el derecho de defensa y de contradicción; derechos de defensa y contradicción que deben ser observados en diversas etapas, como cuando se le da aplicación a alguna de las cláusulas exorbitantes del contrato estatal; pero sin restringirlo, como pareciera indicar la Ley 1150 de 2007, en su artículo 17, a la mera materia sancionatoria en la aplicación de las multas del contrato y en la aplicación efectiva de la cláusula penal pecuniaria, pues dicho postulado también debe ser observado al momento de ser ejercida alguna de las otras potestades excepcionales del contrato estatal, como es el caso de la declaratoria de caducidad del contrato estatal, que es uno de los eventos no contemplados en la redacción del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, pero posteriormente recogido por la Ley 1474 de 2011.

El principio del debido proceso como límite a la aplicación de la potestad exorbitante de declaratoria de caducidad del contrato estatal. Como es bien sabido, la Ley 80 de 1993 estableció en su artículo 18 la cláusula de caducidad como aquella facultad o potestad exorbitante de la administración pública para dar por terminado el contrato estatal celebrado, cuando con el incumplimiento de las obligaciones que están a cargo del contratista se afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y se evidencie que dicho incumplimiento puede conducir a su paralización.

El Decreto 734 de 2012 (derogado por el Decreto 1510 de 2013), promulgado en el mes de abril del mismo año, estableció que el proceso adecuado para aplicar la caducidad del contrato estatal es el establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011. Pero queda claro que antes

de la expedición de dicha norma no existía un proceso determinado por medio del cual se pudiera ejercer la facultad exorbitante en mención (tema que se abordará en el próximo capítulo). En este orden de ideas, se preguntaba entonces el mundo académico del Derecho colombiano (antes de la entrada en vigencia del Decreto Nacional 734 de 2012), si toda vez que la cláusula de la caducidad administrativa del contrato estatal es una potestad excepcional a aquellas que se otorgan a los contratantes en el Derecho Común, era necesario al momento de ser aplicada, respetar el debido proceso como principio rector constitucional, o si la misma se podía declarar sin la necesidad de desarrollar procedimiento alguno, dado que es una facultad excepcional de la administración pública, y la Ley 80 de 1993 no estableció un procedimiento para ello.

Recordemos que, como tanto se ha dicho, en la contratación estatal se presentan dos intereses, de una parte el del contratista que busca una mera utilidad económica, en la generalidad de los casos; mientras que de otra parte está el interés de la administración pública, que busca la prestación adecuada de un servicio, y por lo tanto, el desarrollo del interés general (Palacio Hincapié, 2004, p. 242).

Así las cosas, en principio diríamos que de existir un conflicto entre el interés de la entidad pública y el interés individual del contratista, que por lo general no va más allá del lucro económico que el contrato le pueda representar, ha de prevalecer el interés de la entidad pública, toda vez que es la entidad estatal quien representa el interés general; especialmente cuando el artículo 58 de la Constitución Política de Colombia establece que “cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultare en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social.”

De otro lado, del incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del contratista se derivan dos males como son la parálisis del contrato y la no realización de los fines que con él se persiguen, por lo que la ley, ha de privilegiar el interés general y aceptar la terminación como medida extrema para salvaguardar el objeto del contrato.

De este modo, la Corte Constitucional colombiana en Sentencia T-569 de 1998, al hacer referencia al tema que nos ocupa, manifestó que la potestad para declarar la caducidad de un contrato estatal era una prerrogativa que se le había otorgado al Estado para dar por terminado un contrato celebrado por una entidad estatal, dada la grave afectación generada por el incumplimiento de las obligaciones del contratista; con el fin de garantizar “que el interés general involucrado en el contrato mismo no se afecte, porque de hecho se lesiona a la comunidad en general”.

Cabe destacar que la búsqueda del interés general no puede ser entendida como una decisión contraminoritaria, en la cual las mayorías, en desarrollo de la exploración de su interés, terminan afectando principios constitucionales como lo es el del debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Carta Magna Colombiana. Es por lo anterior que debemos recordar el concepto de democracia en la concepción enseñada por Luigi Ferrajoli (2000), quien considera

que la democracia tiene dos aspectos o dimensiones: el primero de ellos la dimensión política, entendida como aquella de la que se deriva la producción legislativa a partir de la representación de las mayorías, es decir, es el aspecto que evidencia el interés de las mayorías representadas a través de los órganos de elección popular, y en especial en el órgano legislativo; y un segundo aspecto, que es la dimensión sustancial que vincula el desarrollo legislativo al respeto de los derechos fundamentales (p. 864).

Es pertinente expresar entonces que a pesar de que la Ley 80 de 1993 no consagró un proceso determinado para la declaratoria de la caducidad del contrato y que, por el contrario, pareciera decir con la redacción del artículo 18 de dicha disposición que el uso de la potestad exorbitante en mención era absolutamente unilateral, se debe tener presente que el desconocimiento de los derechos fundamentales del contratista al momento de ser declarada la caducidad del contrato estatal, y en especial el desconocimiento de su derecho al debido proceso, evidencia una total decisión antidemocrática, por lo que se convierte en una obligación de la entidad contratante que la declaratoria de caducidad esté precedida de un procedimiento administrativo a través del cual se resguarde el derecho al debido proceso del contratista, y más específicamente, sus derechos de defensa y contradicción, tal y como lo consagró en su momento el artículo 5.1.13 del Decreto 734 de 2012; y como lo advierte para todo procedimiento, el art. 29 de la Constitución Política.

Téngase en cuenta, que es un postulado de la función administrativa que sólo se tome una decisión cuando se haya dado la oportunidad al interesado de expresar sus opiniones; por tanto el debido proceso se vulnera cuando no se cumple el procedimiento que establece la ley (Lamprea Rodríguez, 2007, p. 320).

De la misma forma, el Consejo de Estado en reiteradas sentencias, incluida la que es quizá una de las de mayor trascendencia, la del diecisiete (17) de marzo de dos mil diez (2010), con ponencia de la Dra. Ruth Stella Correa Palacio, expresó que:

Los límites materiales para el ejercicio de la potestad de declarar la Caducidad de un Contrato Estatal son: (i) el incumplimiento de las obligaciones esenciales por parte del contratista (lo cual excluye el incumplimiento de obligaciones accesorias o irrelevantes); (ii) que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato (esto es, no basta el sólo incumplimiento sino que éste debe ser de tal magnitud que haga nugatorio el cumplimiento de las prestaciones del contrato); (iii) que evidencie que puede conducir a su paralización (es decir, que tenga la virtualidad de impedir el cumplimiento del objeto contractual); (iv) que no medie un incumplimiento de las obligaciones de la entidad pública o ésta no haya puesto al contratista en situación de incumplimiento, y (v) que su aplicación esté precedida de audiencia del contratista, puesto que el ejercicio de tamaño poder de la Administración, que la sitúa en una posición privilegiada o de superioridad (*potentior personae*), debe respetar los derechos constitucionales al debido proceso y las garantías que el comprende, en especial, el derecho de defensa de los afectados con esta medida de excepción (art. 29 C.P.).

Así, ha de considerarse que no se salvaguarda el derecho fundamental al debido proceso con los solos requerimientos que se hagan al contratista frente a su incumplimiento contractual, sino que se hace necesario iniciar el trámite de procedimiento administrativo por medio del cual

se garantice el derecho de defensa del contratista, pero que también permita la salvaguarda del interés general, en lo que hace referencia a la continua prestación del servicio público objeto del contrato estatal, trámite que fue consagrado por el Decreto 734 de 2012 en su artículo 5.1.13 (derogado por el Decreto 1510 de 2013), que hacía una remisión expresa al artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

En este orden de ideas, se debe dar la oportunidad al contratista de que pueda ser oído y de que presente las pruebas que vengan al caso, con las cuales pueda defenderse, para que con ello se dé cumplimiento a lo preceptuado por el artículo 29 de la Constitución Política cuando hace referencia al derecho al debido proceso; más aún si se entiende que tal derecho tiene un nexo directo con el concepto de democracia constitucional, en especial cuando dicho principio ha sido sancionado con rango constitucional directamente, imponiendo límites y vínculos a la legislación, y por ende, y en mayor medida, a la administración al momento de aplicar dichas leyes.

Cabe destacar, que a pesar de la consagración expresa de un proceso determinado para la declaratoria administrativa de la caducidad del contrato estatal (artículo 86 de la Ley 1474 de 2011), aún existen problemáticas que surgen frente al procedimiento para el ejercicio de la potestad exorbitante en mención -asuntos que se verán más adelante en este mismo escrito- máxime cuando el Decreto 1510 de 2013, que derogó el Decreto 734 de 2012, no hizo la remisión al artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, pero tampoco consagró un trámite distinto para la declaratoria de la caducidad del contrato estatal.

2.2 Los límites materiales para la declaración administrativa de la caducidad del contrato estatal

Visto cómo los principios tienen prevalencia en la contratación estatal, se hace necesario abordar lo referente a los límites que la jurisprudencia y el ordenamiento jurídico le han impuesto a la declaración administrativa de la caducidad del contrato estatal, no sin antes precisar que lo referente a las cuestiones surgidas frente al procedimiento para la aplicación de dicha potestad exorbitante del Estado, por ser un tema de mayor espesor, será tratado en otro capítulo de este escrito en el que se hablará de los límites formales de la potestad en mención.

Es menester recordar, como se dijo antes, que el Consejo de Estado ha establecido una serie de límites materiales a la declaración administrativa de la caducidad del contrato estatal, los cuales se pueden apreciar en la sentencia antes citada del diecisiete (17) de marzo de dos mil diez (2010), con ponencia de la Dra. Ruth Stella Correa Palacio:

1. El incumplimiento de las obligaciones esenciales por parte del contratista

2. Que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato
3. Que evidencie que puede conducir a su paralización
4. Que no medie un incumplimiento de las obligaciones de la entidad pública o ésta no haya puesto al contratista en situación de incumplimiento, y
5. Que su aplicación esté precedida de audiencia del contratista

Los primeros 4 límites son de carácter material, pero el último es un límite eminentemente formal.

Si bien son claras las causales antes enunciadas, se ha de tener presente que el incumplimiento de las obligaciones del contratista debe orbitar sobre las obligaciones esenciales del contrato, más no sobre las accesorias, toda vez que dicho incumplimiento (de las obligaciones esenciales) es el que va a afectar de manera directa la prestación del servicio. Asimismo, la causal de la gravedad del incumplimiento en todo caso habrá de ir interrelacionada con la posible paralización del servicio, dado que de otro modo, siempre terminaría siendo subjetiva la determinación de la mencionada gravedad del incumplimiento de las obligaciones del contratista.

En lo tocante al tema del cumplimiento de las obligaciones de la entidad contratante, es preciso recordar lo que anteriormente se había dicho referente a la excepción de contrato no cumplido consagrada en el artículo 1609 del Código Civil, según la cual “ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte”. En este sentido, si la entidad contratante no ha cumplido o no se ha allanado a cumplir sus obligaciones, no puede exigir que el contratista sí cumpla con las suyas.

De otra parte, tal y como se ha indicado, también se hace necesario que el Estado (ya sea la misma entidad contratante u otra entidad del Estado), no haya puesto al contratista en condiciones de incumplir; es decir, que el Estado no sea quien haya generado las condiciones necesarias para que el contratista no pueda cumplir con sus obligaciones, toda vez que, frente a este caso, en sentido amplio, estaríamos bajo la ocurrencia de la figura del Hecho del Príncipe, dando lugar por el contrario, a que se genere un derecho en cabeza del contratista para la reclamación de todos aquellos perjuicios que se le hayan generado a causa de la actuación del Estado.

Aún así, en desarrollo de la lista de límites materiales para la declaración de la caducidad de un contrato estatal, establecida por la jurisprudencia del Consejo de Estado, pareciera que se deja por fuera un límite no de menor importancia, cual es “la fuerza mayor o el caso fortuito”. Esta condición se constituye también en un límite para la declaración administrativa de la caducidad del contrato estatal, toda vez que, en desarrollo del principio de “la imprevisión”, se permite la revisión de toda clase de contratos si condiciones socio-económicas surgidas con posterioridad a la celebración del contrato, y ajenas a las partes, hacen más gravosa la ejecución del mismo (Matallana Camacho, 2009, p. 463).

Tal sería el caso de un evento de la naturaleza que haga que se afecte de manera grave y directa la prestación del servicio; en esta situación, el Estado está llamado a reequilibrar las cargas contractuales; después de lo cual, si persiste el incumplimiento por parte del contratista, sí estaría facultado el ente estatal para el ejercicio de la potestad exorbitante de la declaratoria administrativa de la caducidad del contrato estatal, si las condiciones necesarias para ello se hubiesen configurado.

2.3 Conclusiones del capítulo

Recordemos que son múltiples las funciones que pueden tener los principios dentro de nuestro ordenamiento jurídico, las cuales podríamos agrupar en las siguientes: 1) ser fundamento de todo el ordenamiento jurídico, 2) ser directrices para la aplicación de las normas reglas y 3) ser fuente integradora del Derecho. O en otras palabras, los principios tienen tres funciones que conforman su base: la función creativa, interpretativa e integradora del Derecho (Valencia Restrepo, 2000, p. 67).

Tomando en cuenta dichas funciones, podemos resaltar que los principios son el fundamento de las normas reglas que existen en el ordenamiento jurídico y que, como tales, son los postulados que se han de cumplir para el logro de los fines de la contratación estatal, que en últimas no son más que los fines del Estado establecidos por la Constitución Política. De esta forma, desconocer los principios de la contratación estatal conlleva, en sí mismo, a desatender los fines estipulados para dicha contratación, lo cual, de acuerdo al numeral 8 del artículo 24 del estatuto contractual, acarrea la existencia de desviación o abuso de poder por parte de las autoridades de la entidad contratante.

Ahora, es pertinente aclarar, que de celebrarse un contrato estatal desconociendo los principios generales del Derecho y en especial los de la contratación estatal, se generaría la causal de nulidad de desviación de poder, lo cual se reduce a predicar que el contrato se ha celebrado contra expresa prohibición constitucional o legal, consistente en la obligación de las autoridades de no actuar con desviación o abuso de poder, tal y como se indicó con anterioridad.

Ejemplo de la importancia de los principios en el ámbito de la contratación estatal es lo expresado por el Consejo de Estado, en sentencia del treinta y uno (31) de enero de dos mil once (2011), de la sección tercera, subsección C, de la Sala de lo Contencioso Administrativo, con ponencia de la Dra. Olga Melida Valle de la Hoz, con radicación número 17767, en donde se dijo que:

Al momento de contratar, el Estado está en la obligación de definir los fundamentos de la participación de los oferentes y los criterios de evaluación con rigurosa aplicación de los principios de transparencia, economía, responsabilidad, selección objetiva, buena fe, planeación, publicidad e igualdad,

entre otros, con el objeto de cumplir los fines propios de la Contratación Estatal. Lo anterior, para evitar la nulidad absoluta de los contratos que sean suscritos sin el cumplimiento de los requisitos necesarios para su validez.

De otra parte, y como ya se indicó antes, también es predicable la nulidad de los actos administrativos distintos del contrato estatal cuando se desconocen con ellos los principios, toda vez que, expresa el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo), que se puede predicar la nulidad de los actos administrativos que infrinjan las normas en las que deberían fundarse; quedando evidenciado que la prevalencia de los principios se configura en el primer límite al ejercicio de las potestades excepcionales del contrato estatal, so pena del vicio de nulidad de que adolecería el acto administrativo por medio del cual se ejerzan tales potestades, si con dicha actuación se desconocen los Principios Generales del Derecho.

Sumado a lo anterior, y con base en lo preceptuado por el artículo 18 de la Ley 80 de 1993 y por la múltiple jurisprudencia del Consejo de Estado antes citada, encontramos que existe una serie de eventos sin los cuales la administración no puede ejercer la potestad exorbitante de declarar la caducidad del contrato estatal; en otras palabras, podemos considerar que el acto del ejercicio de la potestad exorbitante en mención no obedece a un acto administrativo facultativo, sino que se constituye en un acto reglado, en el cual se deben cumplir unos pasos, siendo el primero la verificación de que concurren los elementos materiales para su ejercicio.

De esta forma, la administración deberá determinar no sólo que exista un incumplimiento grave de las obligaciones esenciales a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y que pueda conducir a la paralización del servicio; sino que también es menester que la entidad pública hubiese cumplido o se hubiese allanado a cumplir las obligaciones a su cargo; que el Estado no sea quien haya generado las condiciones para el incumplimiento del contratista, y que dicha mora tampoco obedezca a un evento de fuerza mayor o de caso fortuito.

En conclusión, los límites materiales para la declaración administrativa de la caducidad del contrato estatal son:

1. Que exista un incumplimiento de las obligaciones esenciales a cargo del contratista.
2. Que se afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato.
3. Que se evidencie que el incumplimiento puede conducir a la paralización del contrato.
4. Que el Estado haya cumplido con sus obligaciones contractuales.
5. Que el Estado no haya creado las condiciones que generaron el incumplimiento del contratista.
6. Que no exista una fuerza mayor o caso fortuito que haya generado el incumplimiento del contratista.

El desconocimiento de cualquiera de dichos postulados podría conllevar a la declaratoria de nulidad del acto administrativo por medio del cual se declara la caducidad, ya sea por falsa motivación o por desviación de poder.

De esta forma, el funcionario estatal que pretenda hacer uso de la potestad exorbitante de la declaración de la caducidad del contrato estatal, deberá verificar la concurrencia de cada una de las anteriores situaciones, so pena de que el desconocimiento de una de ellas, al momento del ejercicio de la potestad en mención, pueda conllevar a la nulidad del acto administrativo por medio del cual se declara la caducidad del contrato estatal, ya sea por falsa motivación o por desviación del poder, si dicha declaración obedeciere a la búsqueda de fines de carácter particular diferentes al logro de los fines del Estado.

3. PROCEDIMIENTO PARA LA DECLARACIÓN DE LA CADUCIDAD DEL CONTRATO ESTATAL: LÍMITE FORMAL

El Decreto Nacional 734 de 2012 en su artículo 5.1.13, hacía una remisión expresa al artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, que establece el procedimiento para la declaratoria de incumplimientos en el contrato estatal. Remisión que desapareció con la entrada en vigencia del Decreto 1510 de 2013, que nada dijo sobre ello.

Aún así, se considera que frente a la declaración de caducidad del contrato estatal se ha de aplicar el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, pues se puede considerar, ontológicamente hablando, que la declaración de caducidad del contrato es un evento que también encaja dentro del concepto de “declaratoria de incumplimiento del contrato”; máxime si dicha consideración tiene por finalidad el respeto al debido proceso y al derecho de defensa del contratista.

Con base en lo anterior, podríamos decir que el tema del procedimiento para la aplicación de dicha potestad exorbitante del Estado ha quedado superado; pero la realidad es que no es así, toda vez que por razones a las que nos lleva la lógica temporal, las declaraciones de la caducidad administrativa realizadas antes de la entrada en vigencia de la norma en mención (artículo 86 de la Ley 1474 de 2011), no pudieron haberse efectuado conforme con dicho precepto. Entonces es pertinente preguntarse ¿cuál era el procedimiento que se debió haber cumplido antes de la entrada en vigencia del Decreto 734 de 2012 (que hacía remisión al artículo 86 de la Ley 1474 de 2011) para poder considerar que hubo un debido proceso en la declaración administrativa de la caducidad del contrato estatal?

Pregunta ésta que se han de formular los jueces y magistrados de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para aquellos procesos referentes al ejercicio de la cláusula exorbitante en mención, cuando dicho ejercicio fue anterior a la entrada en vigencia del Decreto 734 de 2012. Se hace entonces necesario establecer no sólo cuál es procedimiento actual (después de la derogatoria del Decreto 734 de 2012 por parte del Decreto 1510 de 2013), sino también, cuál debió ser el procedimiento anterior, o por lo menos las opciones más cercanas al respeto de un debido proceso; así como examinar aquellas cuestiones que no quedaron satisfechas con la normativa consagrada en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 en lo que a los límites de la caducidad del contrato estatal se refiere.

3.1 Trámite para la declaración de la caducidad administrativa, antes de la entrada en vigencia del Decreto Nacional 734 de 2012

Como se indicó con anterioridad, en la sentencia del Consejo de Estado del diecisiete (17) de marzo de dos mil diez (2010), con ponencia de la Dra Ruth Stella Correa Palacio, en la que se expresó cuáles eran algunos de los límites materiales para la aplicación de la caducidad administrativa, se ha de observar que, si bien se indica que para la aplicación de la potestad exorbitante de la caducidad administrativa del contrato estatal se debe respetar el derecho de defensa del contratista, no se indica cuál habría de ser el proceso que la administración pública debía de seguir para el ejercicio de dicha potestad.

Se destaca que el tema sobre cuál debía ser el proceso para declarar la caducidad administrativa antes de la entrada en vigencia del Decreto 734 de 2012 no ha sido un debate pacífico, ya que el máximo ente constitucional colombiano, la Corte Constitucional, en sentencia T 569 de 1998, indicó que la declaratoria de caducidad del contrato estatal no requería de un procedimiento previo, toda vez que, entre otras razones, el ejercicio de dicha potestad de la administración no corresponde al ejercicio de una actividad sancionatoria y el contratista siempre podía discutir la legalidad del acto administrativo de la declaratoria de caducidad ante el juez administrativo.

Contrario a lo anterior, el Consejo de Estado estableció que sí se requiere la realización de un procedimiento previo para declarar la caducidad, pues el ejercicio de dicha potestad exorbitante no sólo conlleva a la terminación del contrato, sino que genera la consecuente inhabilidad del contratista, que en sí misma es una verdadera sanción. Igualmente, expone los siguientes motivos para que se dé cumplimiento a ese trámite previo a la declaratoria de la caducidad administrativa del contrato estatal:

(I) las actuaciones contractuales se sujetan, según remisión del artículo 77 de la Ley 80 de 1993, a las normas generales del Código Contencioso Administrativo (arts. 3, 14, 28, 34, 35 y 50) o, en su defecto, a las de la Ley 58 de la 1982 (art. 5), que imponen previa la decisión que en ellas se adopte adelantar un procedimiento en el que se le dé la oportunidad de conocer y expresar previamente sus opiniones, o sea, con audiencia del interesado; (II) con mayor razón de acuerdo con el artículo 29 de la Constitución Política en los procedimientos administrativos sancionatorios debe darse la oportunidad al interesado para expresar sus puntos de vista antes de tomarse la decisión, como una manera de garantizar el debido proceso y los derechos de defensa y contradicción; y (III) el carácter sancionatorio que reviste la declaratoria de Caducidad implica que no se tome de manera sorpresiva para el contratista y se le brinde la oportunidad de ajustar su conducta a las estipulaciones contractuales, so pena de que cuando no se le ha dado a conocer los diferentes factores que constituyen incumplimiento (requerimientos, apremios por retardo, órdenes previas, avisos por faltantes, etc.), se comprometa la legalidad de la medida (Consejo de Estado, 17 de marzo de 2010).

En sentencia del 8 de junio de 2011, con ponencia del Magistrado Jaime Orlando Santofimio Gamboa, el Consejo de Estado retomó lo dicho en su pronunciamiento del 23 de julio de 2010 (expediente 16337), indicando que:

Destaca el citado pronunciamiento que con anterioridad a la imposición de la sanción debe concedérsele al interesado la oportunidad para que exprese sus puntos de vista y ejerza su derecho de defensa y es por esta razón que no es suficiente que esas decisiones estén debidamente motivadas y que sean notificadas, pues hay un procedimiento de imperativo cumplimiento que debe surtirse en todas las actuaciones administrativas para garantizar el debido proceso.

De igual forma, en sentencia del 25 de julio de 2011, con ponencia de la Magistrada Olga Melida Valle de la Hoz, el Consejo de Estado también se pronunció en el sentido antes expuesto, al reiterar que la declaratoria de caducidad administrativa del contrato estatal requería de la realización de un trámite previo:

El juzgador de instancia está obligado a analizar que las pruebas y el trámite seguido para imponer una sanción de tipo contractual (Caducidad, multa, etc.) cumplan con los elementos mínimos que permitan concluir que se le ha dado al contratista la oportunidad de defenderse, y no que simplemente se le reprochó una conducta o hecho, sin especificarle su derecho a manifestar su criterio al respecto, ya que la entidad iniciará, a partir de allí, un trámite que puede culminar con una sanción. De conformidad con lo expuesto, no hay duda que la jurisprudencia de la Sección exige o estima indispensable que se lleve a cabo un debido proceso integral, desde la fase de formación de la voluntad, mediante la comunicación, por parte de la entidad estatal contratante, que imputa cargos al contratista, en donde se indique los hechos que la originan, qué sanción podría imponerse, y qué pruebas de ello tiene la administración, a fin de darle oportunidad al contratista para que haga valer su derecho de defensa frente a los hechos que le imputan. Nada de lo anterior ocurrió en el caso materia de estudio, por lo que la Sala revocará la sentencia de primera instancia y en su lugar decretará la nulidad de las resoluciones demandadas.

Queda un sin sabor dentro de las sentencias analizadas sobre el debido proceso para la declaratoria de la caducidad administrativa anterior a la entrada en vigencia del Decreto 734 de 2012, toda vez que, dejando de un lado la posición de la Corte Constitucional, el Consejo de Estado era unánime en los últimos años en manifestar que la declaración de la caducidad administrativa requería de la realización de un debido proceso, el cual, debía ser ágil y respetar el derecho de defensa del contratista, pero a su vez, debía garantizar el adecuado cumplimiento del servicio público, dado el interés de la comunidad. Pero dicha corporación no se atrevió a indicar de forma contundente cuál era ese procedimiento ágil al que se hacía referencia, más aún cuando, para efectos de la seguridad jurídica, era necesario que tanto el contratista, como las mismas entidades administrativas, pudieran saber cuáles eran los pasos a seguir para la declaratoria de la caducidad del contrato estatal.

Téngase como complemento de lo anterior, que la realización de cualquier trámite, bajo un argumento adecuado, podría ser considerado como una vulneración del derecho de defensa del contratista, o por el contrario, como un trámite garante de los derechos de éste, dependiendo

en últimas de la subjetividad del juez. Problema frente al cual se habrán de enfrentar los mismos administradores de justicia al resolver un litigio sobre el debido proceso para la aplicación de la caducidad del contrato estatal antes de la entrada en vigencia del Decreto 734 de 2012.

Algo queda claro entonces con las sentencias del Consejo de Estado antes referenciadas: se había de proteger el derecho de defensa del contratista al momento de declarar la caducidad administrativa del contrato estatal, entendiendo que dicho derecho no se limita a la mera notificación motivada del acto de la declaración de la caducidad, sino que se requería también que se concediera al contratista la oportunidad para presentar sus descargos.

Siguiendo los parámetros antes mencionados por el Consejo de Estado en las sentencias citadas, se hace necesario indagar cuál había de ser el trámite que se debía desarrollar para proceder a declarar la caducidad administrativa antes de la entrada en vigencia del Decreto 734 de 2012.

Es evidente que el estatuto de la contratación estatal, Ley 80 de 1993, no establecía un procedimiento determinado para la declaratoria de la caducidad administrativa, por lo que se hace necesario observar lo indicado por el artículo 77 de dicha norma, la cual indica:

En cuanto sean compatibles con la finalidad y los principios de esta ley, las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la Función administrativa, serán aplicables en las actuaciones contractuales. A falta de éstas, regirán las disposiciones del Código de Procedimiento Civil.

Con base en esta norma, son varias las posibles respuestas que se pueden dar a la pregunta sobre cuál era el trámite que se debía aplicar para la declaratoria de la caducidad administrativa antes del Decreto 734 de 2012. Estas contestaciones se fijaron bajo parámetros objetivos, ya que no se puede pretender como válido cualquier procedimiento establecido por cada uno de los funcionarios competentes para el ejercicio de la potestad exorbitante en mención.

3.1.1 Opción 1. Que el proceso para la declaración de la caducidad administrativa del contrato estatal sea el establecido en el Capítulo VII del Decreto 001 de 1984 (anterior Código Contencioso Administrativo)

Esta opción se derivaba del hecho de que el Decreto 001 de 1984 (anterior Código Contencioso Administrativo) en el libro primero, consagraba un trámite general para los procedimientos administrativos no regulados por leyes especiales. Entonces la pregunta que saltaba a la vista era: ¿La declaración de la caducidad administrativa podría tener cabida en esa regulación normativa?; a lo que podríamos responder que si bien esta opción podría ser viable, no podía tenerse como la mejor para el desarrollo del trámite pertinente para la declaratoria de la caducidad administrativa del contrato estatal, antes de la entrada en vigencia del Decreto 734 de 2012, toda vez que el trámite que incorporaba no era ágil, lo cual iría en contravía de las

condiciones establecidas por el Consejo de Estado en su jurisprudencia. La falta de agilidad del procedimiento en mención radica en el hecho de que, bajo este esquema, habría lugar al desarrollo de un período probatorio de hasta 60 días.

Un trámite tan largo en materia de la contratación estatal, podría llevar a un mayor entorpecimiento del servicio público que se pretendía proteger por medio de la declaración de la caducidad administrativa; por lo que de antemano, aunque se considera que este procedimiento sería garante del derecho de defensa del contratista, se tendría que decir que no era la opción más viable por la no agilidad del mismo, por lo que no es compatible con la finalidad de la Ley 80 de 1993 que busca salvaguardar la eficiente prestación de los servicios públicos. Aún así, el uso de esta opción por parte de la entidad contratante jamás podría ser entendido como una violación del Derecho de Defensa del contratista.

3.1.2 Opción 2. Que la declaración de caducidad se hubiese realizado a través del trámite incidental establecido en el código de procedimiento civil (Decreto 1400 de 1970) en los artículos 137 y S.S

Otra opción de procedimiento que podría haberse aplicado antes de la entrada en vigencia del Decreto 734 de 2012, para efectos de la declaratoria de la caducidad administrativa del contrato estatal, podría haber sido la aplicación del trámite incidental consagrado por el Código de Procedimiento Civil (Decreto 1400 de 1970), al cual hace remisión expresa el artículo 77 de la Ley 80 de 1993. En este sentido se hace referencia al Código de Procedimiento Civil, pues tal y como lo indica el mencionado artículo, se establecen como normas complementarias a las actuaciones desarrolladas en virtud de tal estatuto, la normativa contenida en el Código de Procedimiento Civil.

Se destaca que el Decreto 222 de 1983, cuyos artículos 108 y s.s. siguen vigentes, hace expresa referencia al uso del código de procedimiento civil en materia contractual cuando, hablando del tema de la ocupación y adquisición de inmuebles e imposición de servidumbres, se remite a dicho cuerpo normativo.

El trámite entonces, con base en esta opción, sería el establecido en el artículo 137 del Código de Procedimiento Civil, que indica:

Los incidentes se propondrán y tramitarán así:

1. El escrito deberá contener lo que se pide, los hechos en que se funden y la solicitud de las pruebas que se pretenda aducir, salvo que éstas figuren ya en el proceso.

Al escrito deberán acompañarse los documentos y pruebas anticipadas que se pretenda hacer valer y que se encuentren en poder del peticionario.

2. Del escrito se dará traslado a la otra parte por tres días, quien en la contestación pedirá las pruebas que pretenda hacer valer y acompañará los documentos y pruebas anticipadas que se encuentren en su poder, en caso de que no obren en el expediente.
3. Vencido el término del traslado, el juez decretará la práctica de las pruebas pedidas que se considere necesarias y de las que ordene de oficio, para lo cual señalará, según el caso, un término de diez días o dentro de él, la fecha y hora de la audiencia o diligencia; no habiendo pruebas qué practicar, decidirá el incidente.
4. Por regla general los incidentes no suspenden el curso del proceso, pero la sentencia no se pronunciará mientras haya alguno pendiente, sin perjuicio de los que se deban resolver en ella y de lo dispuesto en los artículos 354 y 355.
5. Sobre la procedencia de las apelaciones que se interpongan en el curso de un incidente, se resolverá en el auto que conceda la apelación que se interponga contra el auto que decida el incidente. Si no se apela éste, aquéllas se tendrán por no interpuestas.

Como se puede observar, este trámite es mucho más ágil que el preceptuado por el Decreto 001 de 1984 (anterior Código Contencioso Administrativo) y jurídicamente sería viable, dada la remisión expresa del artículo 77 de la Ley 80 de 1993; agilidad que como tal, además de salvaguardar el derecho de defensa del contratista, también cumpliría con la celeridad exigida por la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Por su parte, el Decreto 001 de 1984 que también rige los procedimientos y actuaciones en las funciones administrativas, en su artículo 167, establecía que el trámite de los incidentes en materia del procedimiento administrativo se desarrollaría conforme a lo establecido en el Código de Procedimiento Civil, por lo que volveríamos a la misma norma de este Código antes transcrita.

Esta opción igualmente se considera viable, en cuanto fija una serie de parámetros objetivos que bien pudieron seguir los funcionarios públicos encargados de aplicar la caducidad de un contrato estatal antes de la entrada en vigencia del Decreto 734 de 2012; sobre todo si se tiene en cuenta que dicha norma del Código de Procedimiento Civil tenía remisión expresa por el artículo 77 de la Ley 80 de 1993, y consagra un trámite ágil y respetuoso del derecho de defensa del contratista.

3.1.3 Opción 3. Que el proceso para la declaración de la caducidad administrativa del contrato estatal, antes de la entrada en vigencia del Decreto 734 de 2012 debió ser el establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011

La Ley 1474 de 2011, por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública -más conocida como Ley Anticorrupción- estableció en su artículo 86 un procedimiento para la imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento, que en su tenor literal indica:

Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento:

- a) Evidenciado un posible incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, la entidad pública lo citará a audiencia para debatir lo ocurrido. En la citación, hará mención expresa y detallada de los hechos que la soportan, acompañando el informe de interventoría o de supervisión en el que se sustente la actuación y enunciará las normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. En la misma se establecerá el lugar, fecha y hora para la realización de la audiencia, la que podrá tener lugar a la mayor brevedad posible, atendida la naturaleza del contrato y la periodicidad establecida para el cumplimiento de las obligaciones contractuales. En el evento en que la garantía de cumplimiento consista en póliza de seguros, el garante será citado de la misma manera;
- b) En desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, presentará las circunstancias de hecho que motivan la actuación, enunciará las posibles normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. Acto seguido se concederá el uso de la palabra al representante legal del contratista o a quien lo represente, y al garante, para que presenten sus descargos, en desarrollo de lo cual podrá rendir las explicaciones del caso, aportar pruebas y controvertir las presentadas por la entidad;
- c) Hecho lo precedente, mediante resolución motivada en la que se consigne lo ocurrido en desarrollo de la audiencia y la cual se entenderá notificada en dicho acto público, la entidad procederá a decidir sobre la imposición o no de la multa, sanción o declaratoria de incumplimiento. Contra la decisión así proferida sólo procede el recurso de reposición que se interpondrá, sustentará y decidirá en la misma audiencia. La decisión sobre el recurso se entenderá notificada en la misma audiencia;
- d) En cualquier momento del desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, podrá suspender la audiencia cuando de oficio o a petición de parte, ello resulte en su criterio necesario para allegar o practicar pruebas que estime conducentes y pertinentes, o cuando por cualquier otra razón debidamente sustentada, ello resulte necesario para el correcto desarrollo de la actuación administrativa. En todo caso, al adoptar la decisión, se señalará fecha y hora para reanudar la audiencia. La entidad podrá dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento.

El texto transcrito hace referencia a la imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento, pero no hace una mención expresa a la declaración de la caducidad administrativa; aunque ha de tenerse en cuenta que si seguimos el lineamiento del Consejo de Estado según el cual la declaratoria de caducidad es en sí misma una sanción al contratista, dado que conlleva a la inhabilidad del mismo, podríamos decir, sin temor a equivocarnos, que el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 también cobija la declaratoria de la caducidad administrativa, independientemente de que el Decreto 734 de 2012 haya hecho una remisión expresa a dicha norma o de que el Decreto 1510 de 2013 no la haya mencionado.

Téngase en cuenta, aunque suene muy lógico, que esta última opción sólo podría ser aplicable desde el momento de la entrada en vigencia de la Ley 1474 de 2011, y en ningún caso podría entenderse como una negación de las otras posibles opciones existentes antes de la vigencia del Decreto 734 de 2012.

Así las cosas, son tres las posibles opciones de trámite procedimental para la declaratoria de la caducidad administrativa del contrato estatal que existían antes de la entrada en vigencia del Decreto 734 de 2012: El proceso general del Decreto 001 de 1984; el trámite incidental del Código de Procedimiento Civil; y el trámite consagrado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

3.2 Trámite para la declaratoria de la caducidad administrativa, bajo la vigencia del Decreto Nacional 0734 de 2012 (Derogado por el Decreto 1510 de 2013)

Tal y como se había indicado con anterioridad, el Consejo de Estado en múltiples ocasiones manifestó que era pertinente que la declaración administrativa de la caducidad del contrato estatal respetara los derechos de defensa y del debido proceso del contratista, mediante el desarrollo de un trámite ágil y garantista de sus derechos; pero no se atrevió nunca a indicar cuál habría de ser el trámite adecuado a realizar, dejando esta decisión en manos de la misma administración que habría de aplicar la potestad exorbitante en mención, violando en todo sentido, cualquier criterio de seguridad jurídica.

Esta posición fue zanjada con la entrada en vigencia del Decreto 0734 de 2012 de la Presidencia de la República, por medio del cual se acogió un procedimiento determinado y objetivo para la declaración de la caducidad del contrato estatal. Se manifiesta nuevamente que dicha normativa sólo aplicaba para los casos surgidos después de la entrada en vigencia de dicho decreto, por lo que los eventos anteriores debían ser tratados a través de soluciones semejantes o iguales a las opciones indicadas anteriormente en este mismo escrito.

En este sentido, apuntaba el mencionado Decreto en su artículo 5.1.13.1 que:

En caso de Caducidad, una vez agotado el debido proceso y garantizados los derechos de defensa y contradicción del contratista y de su garante de conformidad con lo establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, proferirá el acto administrativo correspondiente en el cual, además de la declaratoria de Caducidad, procederá a hacer efectiva la cláusula penal o a cuantificar el monto del perjuicio y a ordenar su pago tanto al contratista como al garante. Para este evento el acto administrativo constituye el siniestro en las garantías otorgadas mediante póliza de seguro.

De todos modos, si bien el Decreto 734 de 2012 estableció un procedimiento determinado para la declaratoria administrativa de la caducidad del contrato estatal, el cual hace referencia al trámite consagrado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, dicho Decreto fue derogado con la entrada en vigencia del Decreto 1510 de 2013, que no estableció un procedimiento determinado para la declaración de la caducidad del contrato estatal; por lo que lo más pertinente para respetar el debido proceso del contratista será remitirnos a la opción 3 antes mencionada; es decir, seguir dando aplicación al artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, aunque no exista norma expresa que haga el reenvío legal.

3.3 Trámite para la declaratoria de la caducidad administrativa, después de la entrada en vigencia del Decreto Nacional 1510 de 2013

Tal y como se indicó anteriormente, el Decreto 1510 de 2013 derogó el Decreto 734 de 2012 y, a diferencia de la norma derogada, no hizo un reenvío normativo al artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 en lo referente a la aplicación de dicho procedimiento frente a la declaración de caducidad del contrato estatal. En este sentido, el Decreto 1510 de 2013 indica:

Artículo 128. *Efectividad de las garantías.* La Entidad Estatal debe hacer efectivas las garantías previstas en este capítulo así:

1. Por medio del acto administrativo en el cual la Entidad Estatal declare la caducidad del contrato y ordene el pago al contratista y al garante, bien sea de la cláusula penal o de los perjuicios que ha cuantificado. El acto administrativo de caducidad constituye el siniestro.
2. Por medio del acto administrativo en el cual la Entidad Estatal impone multas, debe ordenar el pago al contratista y al garante. El acto administrativo correspondiente constituye el siniestro.
3. Por medio del acto administrativo en el cual la Entidad Estatal declare el incumplimiento, puede hacer efectiva la cláusula penal, si está pactada en el contrato, y ordenar su pago al contratista y al garante. El acto administrativo correspondiente es la reclamación para la compañía de seguros.

Pero ello no obsta para que, con base en el análisis realizado en el acápite 4.1.3 de este escrito, no se pueda aplicar dicha opción (la nombrada como 3), la cual se ve como la más garantista del derecho al debido proceso del contratista; por lo cual se ha de seguir aplicando, máxime cuando la norma derogada fue la del reenvío, más no la que establece el procedimiento, que como ya se indicó, está consagrada en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011. Se ha de tener en cuenta que la redacción del trámite establecido en este último artículo deja algunos interrogantes que se habrán de abordar; así las cosas, se hace pertinente transcribir lo preceptuado por la norma en mención:

Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento:

- a) Evidenciado un posible incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, la entidad pública lo citará a audiencia para debatir lo ocurrido. En la citación, hará mención expresa y detallada de los hechos que la soportan, acompañando el informe de interventoría o de supervisión en el que se sustente la actuación y enunciará las normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. En la misma se establecerá el lugar, fecha y hora para la realización de la audiencia, la que podrá tener lugar a la mayor brevedad posible, atendida la naturaleza del contrato y la periodicidad establecida para el cumplimiento de las obligaciones contractuales. En el evento en que la garantía de cumplimiento consista en póliza de seguros, el garante será citado de la misma manera;
- b) En desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, presentará las circunstancias de hecho que motivan la actuación, enunciará las posibles normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. Acto seguido se concederá el uso de la palabra al representante legal del contratista o a quien lo represente, y al garante, para que presenten sus descargos, en desarrollo de lo cual podrá rendir las explicaciones del caso, aportar pruebas y controvertir las presentadas por la entidad;
- c) Hecho lo precedente, mediante resolución motivada en la que se consigne lo ocurrido en desarrollo de la audiencia y la cual se entenderá notificada en dicho acto público, la entidad procederá a decidir sobre la imposición o no de la multa, sanción o declaratoria de incumplimiento. Contra la decisión así proferida sólo procede el recurso de reposición que se interpondrá, sustentará y decidirá en la misma audiencia. La decisión sobre el recurso se entenderá notificada en la misma audiencia;
- d) En cualquier momento del desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, podrá suspender la audiencia cuando de oficio o a petición de parte, ello resulte en su criterio necesario para allegar o practicar pruebas que estime conducentes y pertinentes, o cuando por cualquier otra razón debidamente sustentada, ello resulte necesario para el correcto desarrollo de la actuación administrativa. En todo caso, al adoptar la decisión, se señalará fecha y hora para reanudar la audiencia.

La entidad podrá dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento.

Con esta reglamentación se diría a simple vista, que no queda pregunta alguna referente al desarrollo de dicho trámite, pero de subsiguientes lecturas empiezan a surgir una serie de interrogantes derivados de la finalidad de respetar de forma adecuada los derechos de defensa y del debido proceso del contratista; especialmente, si recordamos que la declaración administrativa de la caducidad del contrato estatal obedece a una potestad sancionatoria del Estado, por cuanto de su uso, no sólo se genera la terminación anticipada del contrato, sino también la inhabilidad del contratista y el cobro de la cláusula penal o de las indemnizaciones a que hubiere lugar.

Para un mayor entendimiento, dividiremos el procedimiento transcrito en dos partes: 1) lo referente a la citación del contratista y 2) lo referente al desarrollo de la audiencia.

3.3.1 La citación del contratista

La citación del contratista, frente al cual se pretende declarar administrativamente la caducidad del contrato estatal, deberá contar con los siguientes pasos:

1. Evidenciar un posible incumplimiento por parte del contratista a través de un informe de interventoría o de supervisión. En este punto, se debe recordar que para que la administración pretenda la declaratoria de la caducidad del contrato estatal, dicho informe deberá evidenciar que se afecta de manera grave y directa la ejecución del contrato y que ello puede conducir a su paralización.
2. Realizar la citación del contratista para que comparezca a la audiencia en la que se debatirá lo ocurrido. Dicha citación debe contener:
 - La fecha y hora de la audiencia,
 - Los hechos constitutivos de incumplimiento,
 - El informe que los sustenta (informe de interventoría o de supervisión),
 - Las normas violadas y
 - Las posibles consecuencias que se le pueden generar al contratista por su incumplimiento, ya que él deberá tener conocimiento de ello para poder defenderse; ya que no es lo mismo desarrollar una defensa frente a la imposición de una multa que frente a la declaración administrativa de la caducidad del contrato.
3. Citar también al garante de la póliza de seguro.

Ahora, si bien tenemos una estructura de cómo se inicia el trámite para la declaratoria de la caducidad del contrato estatal, de la redacción del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, surgen las siguientes preguntas:

1. ¿Cuántos son los días mínimos con los que ha de contar el contratista para poder recaudar la prueba que le permita hacer una defensa técnica de los incumplimientos que se le imputan? (esta pregunta se deriva del hecho de que el artículo en mención preceptúa que la audiencia podrá tener lugar a la mayor brevedad posible),
2. ¿Qué mecanismos son los adecuados para hacer la citación del contratista? Y,
3. ¿Qué pasa si el contratista no asiste a la audiencia a pesar de ser citado en debida forma?

La pregunta acerca de ¿cuál ha de ser el término que se le debe conceder al contratista para que pueda formular sus descargos? surge de la lectura del literal “a” del artículo 86 de la Ley Anticorrupción, que preceptúa que a éste se le debe citar a una audiencia para debatir los hechos que fundamentan la posible sanción; audiencia que podrá tener lugar a la mayor brevedad posible. Brevidad con la cual se podría vulnerar el derecho de defensa del contratista, si dicho término es exageradamente corto; por ejemplo, si se le citara para el mismo día; impidiéndole al investigado preparar sus descargos de una forma adecuada, ya que en la mencionada audiencia debe presentarlos junto con las pruebas que pretenda hacer valer, así como los alegatos para controvertir las pruebas de la administración pública que lo pretende sancionar.

Esta carencia de términos procedimentales podría generar serias confusiones, toda vez que dejaría al arbitrio de la administración la decisión frente al término prudencial; y al arbitrio de los jueces la decisión de si dichos términos si eran garantes del derecho de defensa del contratista o no. Lo pertinente sería remitirse al artículo 77 de la Ley 80 de 1993, que indica que las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la Función administrativa son aplicables en las actuaciones contractuales del Estado, y a falta de éstas, regirán las disposiciones del Código de Procedimiento Civil.

Frente a este vacío normativo sobre el término mínimo que se habrá de conceder al contratista para que pueda preparar su defensa, se debe hacer remisión a las normas establecidas en el CPACA (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo); dentro de éste a su Primera Parte que hace referencia al Procedimiento Administrativo, y dentro de esta parte mirar el artículo 47 que establece el procedimiento administrativo sancionatorio, que si bien en principio no se ha de aplicar a las actuaciones contractuales del Estado por existir norma especial frente al tema (Ley 80 de 1993 y Decreto 1510 de 2013, entre otras), sí podría ser tenida en cuenta en este aspecto específico dado el vacío normativo.

Con base en lo anterior, hay que destacar que el proceso sancionatorio en mención sí establece un término para la presentación de los descargos, al indicarse en el inciso tercero del artículo 47 del CPACA que:

Los investigados podrán, dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación de la formulación de cargos, presentar los descargos y solicitar o aportar las pruebas que pretendan hacer valer. Serán rechazadas de manera motivada, las inconducentes, las impertinentes y las superfluas y no se atenderán las practicadas ilegalmente.

Téngase en cuenta, que si bien el párrafo del artículo 47 de la Ley 1437 de 2011 establece que “las actuaciones administrativas contractuales sancionatorias, incluyendo los recursos, se regirán por lo dispuesto en las normas especiales sobre la materia”, no indica que en caso de vacío de la norma contractual, no se pueda recurrir al proceso establecido en el artículo en mención.

Surge de lo anterior otra cuestión importante, y es si esos 15 días sí corresponden al criterio de la celeridad muchas veces resaltado por el Consejo de Estado y por el mismo artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 cuando hace referencia al término “brevedad”.

De todos modos, frente a esta primera opción, podríamos formular una segunda hipótesis y es que -pues el artículo 77 de la Ley 80 de 1993 establece que a falta de norma dentro de los procedimientos que rigen las actuaciones administrativas (primera parte del CPACA), entrarán a regir las disposiciones del Código de Procedimiento Civil-, nos deberemos remitir a esta última norma con el fin de establecer el término mínimo con el que debe contar el contratista para preparar sus descargos.

Siguiendo con lo anterior, debemos tener en cuenta que la declaratoria de caducidad del contrato estatal obedece a un evento incidental dentro de las actuaciones contractuales del Estado, por lo que lo pertinente en este caso, sería remitirnos al trámite de los incidentes establecidos en el artículo 137 del Código de Procedimiento Civil (Decreto 1400 de 1970), el cual en el numeral 2° establece que “del escrito se dará traslado a la otra parte por tres días, quien en la contestación pedirá las pruebas que pretenda hacer valer y acompañará los documentos y pruebas anticipadas que se encuentren en su poder” .

Podríamos decir pues que el término mínimo que se ha de conceder al contratista para que formule sus descargos, de acuerdo a la remisión hecha por el artículo 77 de la Ley 80 de 1993, deberá ser de 3 días, con el fin de generar una verdadera garantía del derecho de defensa del contratista.

Así las cosas, fusionando los contenidos normativos del artículo 137 del Código de Procedimiento Civil (Decreto 1400 de 1970) y del artículo 47 del CPACA (Ley 1437 de 2011), podemos concluir que en desarrollo del trámite de la declaración administrativa de la caducidad del contrato estatal, la audiencia para dicho propósito deberá fijarse de tal forma que el contratista tenga mínimo 3 días y máximo 15 días para que pueda preparar su defensa. Pero es de aclarar que el derecho de defensa del contratista no se verá vulnerado si se sobrepasan los 15 días, pero si se puede ver quebrantado si se le dan menos de 3 días.

La discusión no termina allí, pues el Código de Procedimiento Civil (Decreto 1400 de 1970) habrá de ser sustituido por el Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012), caso en el cual se deberá aplicar el inciso 3° del artículo 129 del mencionado Código, en donde se establece que del incidente se dará traslado a las partes por el término de 3 días.

Con respecto a la citación del contratista a la audiencia de declaración de caducidad del contrato estatal, cabe preguntarse ¿qué mecanismo son los adecuados para hacerla?; frente a lo cual se ha de remitir nuevamente al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), de acuerdo a la remisión del artículo 77 de la Ley 80 de 1993, antes mencionada; de donde concluimos que la forma de hacer la citación es la establecida en el artículo 68 del CPACA, que nos indica que “si no hay otro medio más eficaz de informar al interesado, se le enviará una citación a la dirección, al número de fax o al correo electrónico que figuren en el expediente o puedan obtenerse del registro mercantil”. En este sentido, si el contratista ha autorizado la realización de citaciones y notificaciones a través de email o está inscrito en el registro mercantil, nada impide que la citación para la audiencia de declaratoria de la caducidad del contrato estatal se realice por medio del correo electrónico.

Finalmente, también se ha de preguntar qué pasará si el contratista no comparece a la audiencia de declaratoria de la caducidad del contrato estatal, toda vez que la Ley 1474 de 2011 nada indica sobre este evento. En este caso, es pertinente aclarar que la primera parte del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo tampoco indica nada sobre este tipo de situaciones, por lo que nuevamente debemos recurrir a lo que sobre la materia preceptúa el Código de Procedimiento Civil.

De esta forma, y siguiendo los parámetros estatuidos por el parágrafo 2º del artículo 101 del Código de procedimiento Civil (Decreto 1400 de 1970), el contratista que fuere citado para la audiencia deberá presentar excusa de su inasistencia antes de la realización de la audiencia, e incluso dentro de los 3 días siguientes a la misma, que justifique su no comparecencia para que se realice una nueva audiencia. Ahora, si el contratista está actuando a través de apoderado, su apoderado tendrá plenas facultades dentro de esa audiencia, por lo que la inasistencia del contratista no será óbice para la no realización de la audiencia; o por el contrario, si el que no asiste es el abogado del contratista, ello tampoco puede impedir el desarrollo de la misma, toda vez que este trámite administrativo no exige la representación por medio de un profesional del Derecho.

De otra parte, si el contratista no acredita justificación de fuerza mayor o caso fortuito que impida su asistencia a la audiencia, se ha de entender que éste ha perdido su oportunidad de presentar los respectivos descargos, pero jamás se podría asumir que se la habrán de aplicar las consecuencias sancionatorias establecidas en el Código de Procedimiento Civil (multa e indicio grave de sus pretensiones), por cuanto las sanciones no son susceptibles de ser aplicadas por analogía.

Recordando nuevamente que el Código de Procedimiento Civil será sustituido por el Código General del Proceso, no sobra resaltar que cuando ello pase, la norma que se habrá de aplicar, en el evento que el legislador no regule ese tema en este caso específico de la contratación estatal, será el numeral 2º del artículo 372 del Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012). En este último evento, el tema de las justificaciones cambia rotundamente, pues se exige para la fijación de una nueva fecha para la audiencia, no sólo que la excusa se presente con anteriori-

dad a la misma, sino también que la misma sea debidamente aceptada por el Juez (en este caso por el funcionario competente); y expresa que si la excusa se presentare con posterioridad, ello no impedirá la realización de la audiencia, ya que sólo servirá para evadir las sanciones que esto acarrea; sanciones que como ya dijimos, no son aplicables por analogía en el trámite administrativo de la declaración de la caducidad del contrato estatal.

3.3.2 El desarrollo de la audiencia

En lo que respecta al desarrollo de la audiencia, de la redacción del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, podemos deducir los siguientes pasos:

1. El jefe de la entidad o su delegado hará una presentación del objeto de la audiencia (hechos, normas violadas, pruebas, consecuencias, etc.).
2. Se da la palabra al contratista y al garante para que presente sus descargos, aporte pruebas y controvierta las presentadas por la entidad.
3. Toma de decisión por parte de la contratante mediante resolución motivada; frente a la que procede el recurso de reposición.
4. Decisión del recurso de reposición si se formulare el mismo.

Como se puede observar, esta audiencia está planteada en principio para realizarse en un solo día, pero podría suceder que la cantidad y la calidad de las pruebas sea tal que se haga necesario suspender la audiencia con el fin de evacuar las mismas (lo que tal vez sea la regla general). En este caso nos encontramos, nuevamente, frente a un vacío en lo que al término del período probatorio se refiere, toda vez que la norma en mención nada indica sobre la cantidad de días dentro de los cuales se deberá practicar las pruebas.

Pareciera que el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 hubiese dejado en potestad de la administración la decisión frente al término necesario para el desarrollo del período probatorio, posición que de inmediato se habrá de descartar, toda vez que un término probatorio exageradamente pequeño podría vulnerar el derecho de defensa del contratista, en el evento que las pruebas solicitadas no se logren evacuar; y de otra parte, un término exageradamente amplio vulneraría la naturaleza de la caducidad administrativa en el sentido que si la administración se ha demorado tanto en hacer efectiva dicha potestad, es porque la perturbación del servicio no era tan grave como para la declaración de la caducidad de un contrato estatal.

Una opción frente a este vacío sería hacer uso de la remisión que estipula la Ley 80 de 1993 al Código de Procedimiento Administrativo (Primera parte del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo), y establecer como período probatorio, el determinado para los procesos sancionatorios, el cual en el artículo 48 del CPACA establece

que “cuando deban practicarse pruebas se señalará un término no mayor a treinta (30) días. Cuando sean tres (3) o más investigados o se deban practicar en el exterior el término probatorio podrá ser hasta de sesenta (60) días”.

Consecuente con lo anterior, el período probatorio podría ser de hasta 30 días; posición que sería una solución fácil y objetiva, pero que de forma evidente podría ser entendida como contraria al criterio de celeridad con el que debe contar el procedimiento de declaratoria administrativa de la caducidad del contrato estatal, de acuerdo con las múltiples sentencias del Consejo de Estado antes mencionadas.

Para el logro de la celeridad del trámite administrativo objeto de estudio, también cabría ceñirse, por remisión del artículo 77 de la Ley 80 de 1993, a las normas del procedimiento civil, con lo que diríamos que el máximo tiempo para el desarrollo del debate probatorio, podría ser de hasta 10 días, conforme lo indica el artículo 137 del Código de Procedimiento Civil, antes enunciado.

La cuestión problemática que surge en este caso es, nuevamente, que el Código General del Proceso (norma que reemplazará al Código de Procedimiento Civil), nada dice sobre un término probatorio para la solución de los incidentes, toda vez que preceptúa que los mismos se deberán decidir en la sentencia. En este sentido, como la norma nueva no guarda relación con la naturaleza del asunto, y dado el vacío que se generaría en este caso, lo pertinente sería seguir aplicando lo estatuido por el artículo 137 del Código de Procedimiento Civil (Decreto 1400 de 1970), aun cuando entre a regir la norma nueva.

Otra cuestión importante que puede surgir durante el desarrollo de la audiencia es que el contratista, con el fin de evitar la declaratoria de caducidad se apremie a cumplir sus obligaciones en mora, dejando sin sustento jurídico el ejercicio de la potestad exorbitante en mención. Ya sea que lo haga de forma autónoma o con conocimiento de la administración, es indudable que en esta situación la administración no tendría más opciones que ordenar la práctica de una inspección para determinar el cabal cumplimiento de las obligaciones del contratista y ordenar el archivo de las diligencias; eso sí, siempre y cuando dicha mora en el cumplimiento de las obligaciones por parte del contratista no hubiese generado perjuicios en cabeza de la administración, caso en el cual podrá seguir con el trámite administrativo, pero sólo con la finalidad de ordenar la reparación de los daños causados. Ha de tenerse presente que de acuerdo al artículo 86 de la ley 1474 de 2011, las entidades estatales en desarrollo de su actividad contractual, están facultadas para la cuantificación de los perjuicios que le fueron causados por parte del contratista. Norma que fue declarada exequible por la sentencia C-499 de 2015.

3.4 Límite temporal para la declaración de la caducidad administrativa del contrato estatal

Es pertinente indicar en este punto que no es suficiente con determinar un posible proceso a seguir con el fin de establecer los límites para la aplicación de la caducidad administrativa del contrato estatal, sino que también se hace necesario indicar cuál es el límite temporal para poder ejercer la mencionada potestad excepcional de la administración.

Recuérdese que la actividad contractual de la administración se integra por varias etapas, siendo una de ellas la del plazo del contrato, que en otras palabras, es sólo un espacio temporal del proceso contractual, que al terminar, la administración habrá de proceder a hacer la respectiva liquidación del contrato.

La discusión que surge gira en torno a la pregunta sobre si la caducidad administrativa se puede declarar después de finalizado el plazo del contrato, es decir, durante el trámite de la liquidación; lo anterior debido a que es posible que durante la mencionada liquidación la administración se percate del incumplimiento por parte del contratista.

Frente a este tema, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha tenido básicamente dos posiciones: 1) que no avala la declaración de la caducidad del contrato estatal por fuera de la vigencia del mismo, y; 2) que avala la declaración de la caducidad por fuera de la vigencia del contrato estatal.

3.4.1 La declaración de la caducidad administrativa dentro de la vigencia del contrato estatal

La primera posición del Consejo de Estado frente al momento oportuno para la declaración de la caducidad del contrato estatal, es la que considera que la administración sólo puede declararla durante la vigencia del contrato, mas no durante la suspensión de éste, ni durante la etapa de su liquidación.

Esta posición es la que actualmente se encuentra vigente y se fundamenta en que la caducidad administrativa pretende la terminación anticipada del contrato; hecho que como tal, es imposible que se realice durante la etapa de la liquidación del contrato; máxime cuando dicha declaración de caducidad, en nada favorece el desarrollo del interés general, toda vez que para la fecha de la liquidación del contrato se supone que la prestación del servicio requerido ya ha concluido. Téngase en cuenta que si la administración no se percató del incumplimiento del contrato durante la vigencia del mismo, es porque dicho incumplimiento no afectaba de forma grave la prestación del servicio.

Obsérvese cómo, en sentencia del 10 de marzo de 2011, con ponencia de la Magistrada Stella Conto Díaz Del Castillo, el Consejo de Estado ratificó la posición adoptada en la sentencia del 20 de noviembre de 2008 de la misma entidad, indicando que:

La declaratoria de Caducidad por fuera de la vigencia contractual, en cuanto innecesaria para la realización de los derechos e interés generales comprometidos en la extinguida vinculación, precisamente por su finalización, extralimita las potestades sancionatorias de la Administración. Por ello, fenecido el plazo o realizado el objeto contractual, se extingue el contrato y con él la facultad de la administración de darlo por terminado en ejercicio de potestades exorbitantes, al margen del incumplimiento contractual.

Queda claro que el límite temporal para la declaración de la caducidad administrativa del contrato estatal se configura por el plazo del contrato, toda vez que la finalidad del ejercicio de dicha potestad exorbitante de la administración radica en la protección del interés general, que como tal, conlleva a la terminación anticipada del acto jurídico bilateral; terminación anticipada que no es posible, ontológicamente hablando, que se realice cuando el contrato efectivamente ha terminado.

3.4.2 La declaración de la caducidad administrativa por fuera de la vigencia del contrato estatal

Una posición que estuvo vigente en la jurisprudencia del Consejo de Estado desde finales de los años 90 del siglo XX hasta aproximadamente el año 2004, fue la de que era posible declarar la caducidad administrativa del contrato estatal durante la etapa de liquidación del mismo; postura que se derivaba de la concepción de que en materia contractual es diferente hablar del vencimiento del plazo del contrato y del cumplimiento de las obligaciones, toda vez que, muy a pesar de que el plazo se encuentre vencido, no es una consecuencia necesaria que las obligaciones se encuentren cumplidas. Es así que en sentencia del 15 de marzo de 2001, con ponencia del Magistrado Ricardo Hoyos Duque, el Consejo de estado expresó que:

Ahora bien, en lo que respecta a la competencia temporal de la administración, la Sala ha precisado que el ejercicio de la potestad para declarar la Caducidad del contrato no cesa con el vencimiento del plazo contractual si subsisten obligaciones entre los contratantes. Se precisa que los poderes exorbitantes, que la ley le otorga a la administración en la actividad contractual para el cabal cumplimiento de los cometidos estatales, no cesa mientras subsista la obligación; o lo que es lo mismo, la declaratoria de Caducidad es procedente mientras el contratista incumple la obligación, porque la obligación sólo se extingue cuando se presenta alguno de los modos previstos al efecto, dentro de los cuales el más frecuente es el pago, entendido en su acepción más amplia (dar, hacer o no hacer). Estas consideraciones no son nuevas, si se tiene en cuenta que la Sala ya ha señalado que la terminación del contrato no se da necesariamente por el vencimiento del plazo contractual, en consideración a que de este sólo depende la exigibilidad de las obligaciones y no su extinción; en primer lugar, porque el vencimiento del plazo no fue previsto por el legislador dentro de los modos de extinguir las obligaciones y en segundo lugar, porque las obligaciones se extinguen una vez se cumplan.

Posición que como se indicó anteriormente fue superada, dado que la jurisprudencia actual del Consejo de Estado ha establecido que la declaratoria de la caducidad del contrato estatal sólo se puede realizar cuando el mismo se encuentre vigente; es decir, antes del vencimiento del plazo del contrato, excluyendo de esta manera, la declaración de la caducidad administrativa del contrato estatal durante la etapa de la liquidación del mismo.

3.4.3 La caducidad administrativa en contratos estatales suspendidos

Surge el interrogante sobre si se puede declarar la caducidad administrativa del contrato estatal cuando estando dentro del plazo del contrato, éste no se encuentre vigente por suspensión; es decir, se pregunta si se puede caducar un contrato estatal cuyo plazo se encuentra suspendido.

En este sentido, ha dicho el Consejo de Estado que la administración está facultada para reanudar unilateralmente el contrato que se encontraba suspendido y que el contratista se niega a reiniciar, para una vez restablecido declarar su caducidad, siempre que la administración haya dado cumplimiento a las condiciones para la reanudación del contrato establecidas en el acta de suspensión (Matallana Camacho, 2009, p. 824).

Es así que, si el contratista, frente al caso de la suspensión del contrato, se niega a la reanudación del mismo por considerar que la administración deberá cumplir con obligaciones no establecidas en el acta de suspensión del contrato, él no podrá negarse a firmar el acta de reanudación del contrato, so pena que la administración después de hacer los respectivos requerimientos pueda ordenar la reanudación unilateral, y una vez reanudado el contrato, en el evento de persistir el incumplimiento grave de las obligaciones por parte del contratista, que afecte la prestación del servicio y que pueda conducir a su paralización, la entidad contratante inicie el trámite para la posterior declaración de la caducidad administrativa. Esta postura se encuentra en la sentencia del dieciséis (16) de abril de mil novecientos noventa y uno (1991), del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, en donde actuó como ponente el Magistrado Carlos Betancur Jaramillo.

3.5 Procedibilidad de la caducidad administrativa en los contratos estatales

Es importante resaltar que la caducidad administrativa del contrato estatal sólo puede ser declarada en aquellos contratos en los que dicha potestad o cláusula exorbitante se entiende incorporada o se ha incorporado efectivamente. Es menester aquí remitirse al numeral 2 del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, en donde se expresa que:

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.

En principio, de la norma transcrita podría entenderse que existen contratos estatales en los cuales se presume incorporada la potestad o cláusula exorbitante de la caducidad administrativa, mientras que hay otros en los cuales se ha facultado a las entidades estatales para que incorporen dicha cláusula de caducidad administrativa dentro de los contratos; pero, en palabras del Dr. *Ciro Nolberto Güechá Medina*, se debe indicar que,

si hacemos una interpretación sistemática de la norma, podemos decir que la posibilidad de pactar las cláusulas excepcionales en los contratos de prestación de servicios y de suministros podría convertirse en obligatoria, cuando, a renglón seguido, el propio artículo 14 de la ley 80 de 1993, sin hacer distinción alguna de contratos, hace referencia a que en los casos previstos en el numeral segundo, las cláusulas se consideran pactadas, así no se consignen expresamente (2006, p. 42)

Posición con la que se está totalmente de acuerdo, máxime cuando de la técnica de redacción del legislador en el artículo en mención, se observa que la presunción de inclusión de las cláusulas exorbitantes hace referencia a todos los contratos indicados en el numeral segundo del artículo 14 de la Ley 80 de 1993; numeral en el que también se mencionan los contratos de suministro y de prestación de servicios; por lo que en estos últimos también habrán de entenderse como incorporadas las potestades exorbitantes de la administración frente a la contratación estatal, y entre ellas, la caducidad administrativa del contrato estatal.

De otra parte, si se mira el párrafo del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, se puede constatar que existen contratos estatales en los cuales está expresamente prohibido pactar las mencionadas potestades exorbitantes, es decir, que 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 del artículo 14 de la Ley 80 de 1993 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, no se puede incorporar, ni de mutuo acuerdo, la cláusula o potestad exorbitante de la caducidad administrativa.

Pero también podemos encontrar contratos que no aparecen dentro de la lista de los cuales se entienden incorporadas las potestades exorbitantes, ni en los que están prohibidas las mismas, como es el caso del contrato de consultoría, frente al cual ha dicho el Consejo de Estado no es posible fijar las potestades exorbitantes del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, como es el caso de la caducidad administrativa del contrato estatal, pues con ello se desbordarían las facultades otorgadas por el legislador a la administración, vulnerando el artículo 121 de la Constitución Política, toda vez que en el contrato de consultoría no se presume la incorporación de dichas potestades, ni hace parte de los contratos en los cuales se faculta a la administración para consagrar dichas cláusulas exorbitantes (Consejo de Estado, 13 de febrero 2013).

De este modo, y dada la redacción del artículo 14 de la Ley 80 de 1993 antes mencionada, podemos concluir que frente a los contratos estatales sólo existe dos posibilidades: I) la existencia de contratos en los que la potestad exorbitante de la caducidad administrativa del contrato estatal se entiende incorporada (aunque frente a algunos la norma diga que se podrá pactar) y, II) Los contratos en los cuales no se puede incluir dicha potestad exorbitante, circunscribiendo en este grupo la lista de contratos en los que está expresamente prohibida la inserción de la potestad en mención y los contratos sobre los cuales no se dijo que se podía incluir dicha potestad.

Así las cosas, y bajo el entendido de que la potestad exorbitante de la caducidad administrativa del contrato estatal obedece a una presunción de existencia en algunos contratos, y que se deriva de la superioridad que ostenta la Administración sobre los administrados en aras del interés general, tiene un carácter legal o supracontractual y no propiamente contractual, es que podemos decir que al momento de hacer uso de dicha potestad exorbitante, la administración, más que observar si la misma se encuentra dentro del texto del contrato, deberá verificar en principio si la ley ha autorizado su incorporación dentro del mismo, toda vez que de no ser así, dicha cláusula estará viciada de nulidad absoluta, y la administración deberá responder por los perjuicios que genere en la aplicación de la misma.

3.6 Conclusiones del capítulo

Esta etapa de la investigación dio cuenta de que el Consejo de Estado en épocas recientes ha considerado que la declaración administrativa de la caducidad del contrato estatal requiere de la realización de un debido proceso que respete el derecho de defensa del contratista, pero que a su vez, dicho trámite revista la característica de ser ágil, dada la necesidad de protección del interés general; postura que parecía haberse acogido por medio del Decreto Nacional 734 de 2012, el cual hacía remisión expresa al artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, en donde se establece un procedimiento especial para la declaratoria administrativa de la caducidad del contrato estatal; decreto que fue derogado por el Decreto 1510 de 2013 que no consagró de forma expresa dicha remisión, a pesar de lo cual se considera que la misma se debe realizar con el fin de salvaguardar el derecho de defensa del contratista. Pero se genera la pregunta de cómo se

debió haber aplicado dicha caducidad antes de la entrada en vigencia del Decreto 734 de 2012, para efectos de la solución de las controversias suscitadas con fundamento en declaraciones de caducidad anteriores a la vigencia de la norma en cuestión.

En este orden de ideas, se puede decir que el trámite ágil para la aplicación de la caducidad administrativa antes de la entrada en vigencia del Decreto 734 de 2012, pudo haber tenido 3 opciones muy válidas: la aplicación del proceso general del Decreto 001 de 1984 (anterior Código Contencioso Administrativo); el trámite incidental del Código de Procedimiento Civil (Decreto 1400 de 1970), o el mismo artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, si ya había entrado en vigencia.

De este modo, es menester expresar que si bien con la expedición del Decreto 734 de 2012 se resolvió la pregunta sobre cuál había de ser el proceso adecuado para la declaratoria de la Caducidad del contrato, se reitera que dicha norma fue derogada por el Decreto 1510 de 2013 que nada dijo sobre el procedimiento que se deberá aplicar para la declaratoria de caducidad del contrato estatal. Pero se resalta, para efectos de proteger el derecho de defensa del contratista, se ha de aplicar el trámite consagrado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, toda vez que la norma derogada fue la remisoría, mas no la que consagra el procedimiento establecido.

De otra parte, dicho trámite referenciado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, nada dice sobre los términos que se han de cumplir en desarrollo del procedimiento de declaratoria de la caducidad del contrato estatal; por lo que, haciendo uso de la remisión expresa del artículo 77 de la Ley 80 de 1993 al Código de la Función Administrativa y al Código de Procedimiento Civil, se puede decir que en el caso del traslado, para garantizar el adecuado derecho de defensa del contratista, debemos aplicar un término mínimo de 3 días, tal y como lo consagra el trámite incidental establecido en el artículo 137 del Código de Procedimiento Civil (Decreto 1400 de 1970) o un término máximo de 15 días con base en lo preceptuado por el artículo 47 del CPA-CA (Ley 1437 de 2011), de acuerdo al grado de afectación del servicio público; mientras que para el desarrollo de la etapa probatoria, cuando las pruebas no puedan ser evacuadas el mismo día de la audiencia, se podrá establecer un plazo de 10 días, conforme al trámite incidental del Código de Procedimiento Civil (Decreto 1400 de 1970) o un término máximo de 30 días con base en lo preceptuado por el artículo 48 del CPACA (Ley 1437 de 2011), de acuerdo a la complejidad de las pruebas solicitadas.

Es pertinente destacar que para que pueda proceder formalmente la declaración administrativa de la caducidad del contrato estatal, no es suficiente que la misma cumpla con un trámite adecuado, sino que también se ha de considerar el límite temporal para su aplicación. En este sentido, se estima que en la jurisprudencia actual del Consejo de Estado está vigente la postura acerca de que la declaración de la caducidad del contrato estatal sólo es posible realizarla dentro del plazo de la vigencia del contrato, dado que si se efectúa por fuera de ella, como en la etapa de la liquidación del mismo, dicha declaración adolecerá de nulidad por cuanto con ella se pretendería únicamente la sanción del contratista por su incumplimiento, mas no la protección del interés general. Tanto es así que si el contrato se encuentra suspendido, y la administración

ha cumplido con las condiciones a las que se obligó para levantar la suspensión, ésta deberá reanudar el contrato, así sea unilateralmente, para poder proceder a declarar la caducidad del contrato estatal.

Igualmente, es menester identificar, al momento de declarar la potestad exorbitante de la caducidad administrativa del contrato estatal, que el contrato objeto de la declaración sí sea uno de aquellos sobre los cuales la ley presume incorporadas las potestades exorbitantes del artículo 14 de la Ley 80 de 1993. Ya que de no ser así, dicha cláusula estaría viciada de nulidad absoluta, y ello generaría la obligación de la administración de indemnizar los perjuicios causados al contratista.

4. CONCLUSIONES GENERALES

Recopilando las conclusiones de los capítulos de este trabajo podemos llegar a los siguientes resultados generales:

4.1 Primero

No todas las cláusulas o potestades estipuladas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 pueden ser entendidas como cláusulas exorbitantes, ni tampoco puede ser comprendido dicho artículo como negación de cláusulas que por su naturaleza son potestades excepcionales del Estado, muy a pesar de que en dicha norma no hayan sido comprendidas.

Se ha de considerar entonces que existen cláusulas exorbitantes que consagran potestades excepcionales de la administración en la contratación estatal, que pueden ser elementos de la naturaleza del contrato o que pueden ser cláusulas accidentales y que, como tales, han de ser estipuladas en el contrato para que hagan parte integral del mismo. En resumen, podemos decir que son cláusulas exorbitantes de la naturaleza del contrato estatal: la interpretación, modificación y terminación unilateral; la caducidad, la reversión y la liquidación unilateral del contrato; mientras que las multas y la cláusula penal pecuniaria se erigen como potestades exorbitantes de la contratación que se deben incorporar mediante cláusulas accidentales.

4.2 Segundo

La cláusula de la caducidad administrativa en el contrato estatal es, en todo sentido, una verdadera cláusula o potestad exorbitante del contrato estatal, toda vez que reúne los requisitos mencionados en este escrito para poder considerarla como tal. Dichos requisitos son:

1. Ser un elemento extraño a los contratos de carácter civil y comercial que puedan regir entre particulares.
2. Tener por finalidad el cumplimiento de los propósitos estatales y la continua y eficiente prestación de los servicios públicos.
3. Que su aplicación se derive de la ejecución o de la no ejecución del Contrato Estatal.
4. Existir sólo a favor de la Administración Pública y no de la entidad contratista.

5. Ser de aplicación directa por la entidad contratante; es decir, que no requiera de declaración judicial previa.

Cabe destacar que aunque en un contrato entre particulares se pactara la cláusula de la caducidad del contrato, ésta jamás podría ser declarada autónomamente por una de las partes, ni mucho menos dicha parte podría ejecutar las consecuencias derivadas de la misma, toda vez que para dicho propósito, en aquella relación jurídica, es necesaria la intervención de la voluntad de ambas partes o que sea un juez el que intervenga declarando dicha caducidad. Este asunto no acontece en el ámbito de la contratación estatal, en el que la administración está facultada para declarar la caducidad del contrato estatal. Hágase la claridad que a pesar de que la administración tenga la potestad para declarar la caducidad, dicha declaración jamás podrá realizarse de plano, toda vez que requiere la existencia de unos postulados materiales y formales que le den validez al acto administrativo que la declare; es decir, si bien la administración puede declarar la caducidad del contrato estatal sin la necesidad de la intervención judicial, ello no implica que no se deban respetar algunos límites sustanciales y procedimentales, como sería el desarrollo de un debido proceso.

Y es precisamente de las características antes enunciadas sobre las cláusulas exorbitantes, de donde se derivan los límites materiales y formales para la declaración administrativa de la caducidad del contrato estatal, toda vez que dicha declaración jamás se podrá realizar en contravía de su naturaleza. Así las cosas, esta caducidad sólo podrá ser declarada con el fin de salvaguardar los intereses del Estado, mas no en busca de obtener algún beneficio particular a favor del funcionario que la ejerce.

En este sentido, establecidas las características que ha de tener una potestad exorbitante para ser reconocida como tal; y después de haber corroborado que la caducidad administrativa es una verdadera cláusula o potestad exorbitante del contrato estatal, se entiende cumplido el primer objetivo de la investigación desarrollada.

4.3 Tercero

Son múltiples las funciones que pueden tener los principios dentro de nuestro ordenamiento jurídico, las cuales podríamos agrupar en las siguientes: 1) ser fundamento de todo el ordenamiento jurídico, 2) ser directrices para la aplicación de las normas reglas y 3) ser fuente integradora del Derecho. O en otras palabras, los principios tienen tres funciones que conforman su base: la función creativa, interpretativa e integradora del Derecho (Valencia Restrepo, 2000, p. 67).

Tomando en cuenta dichas funciones, podemos resaltar que los principios son el fundamento de las normas reglas que existen en el ordenamiento jurídico y que, como tales, son los postulados que se han de cumplir para el logro de los fines de la contratación estatal, que en

últimas no son más que los fines del Estado establecidos por la Constitución Política. De esta forma, desconocer los principios de la contratación estatal conlleva, en sí mismo, a desatender los fines estipulados para dicha contratación, lo cual, de acuerdo al numeral 8 del artículo 24 del estatuto contractual, acarrea la existencia de desviación o abuso de poder por parte de las autoridades de la entidad contratante.

Ahora, es pertinente aclarar, que de celebrarse un contrato estatal desconociendo los principios generales del Derecho y en especial los de la contratación estatal, se generaría la causal de nulidad de desviación de poder, lo cual se reduce a predicar que el contrato se ha celebrado contra expresa prohibición constitucional o legal, consistente en la obligación de las autoridades de no actuar con desviación o abuso de poder, tal y como se indicó con anterioridad.

De otra parte, y como se indicó antes, también es predicable la nulidad de los actos administrativos distintos del contrato estatal cuando se desconoce con ellos los principios, toda vez que, expresa el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo), se puede predicar la nulidad de los actos administrativos que infrinjan las normas en las que deberían fundarse; por lo que queda demostrado que la prevalencia de los principios se configura en el primer límite al ejercicio de las potestades excepcionales del contrato estatal, so pena del vicio de nulidad de que adolecería el acto administrativo por medio del cual se ejerzan dichas potestades, si con dicha actuación se desconocen los Principios Generales del Derecho.

4.4 Cuarto

Esta etapa de la investigación dio cuenta de que el Consejo de Estado en épocas recientes ha considerado que la declaración administrativa de la caducidad del contrato estatal requiere de la realización de un debido proceso que respete el derecho de defensa del contratista, pero que a su vez, dicho trámite revista la característica de ser ágil, dada la necesidad de protección del interés general; postura que parecía haberse acogido por medio del Decreto Nacional 734 de 2012, el cual hacía remisión expresa al artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, en donde se establece un procedimiento especial para la declaratoria administrativa de la caducidad del contrato estatal; decreto que fue derogado por el Decreto 1510 de 2013 que no consagró de forma expresa dicha remisión, a pesar de lo cual se considera que la misma se debe realizar con el fin de salvaguardar el derecho de defensa del contratista. Pero se genera la pregunta de cómo se debió haber aplicado dicha caducidad antes de la entrada en vigencia del Decreto 734 de 2012, para efectos de la solución de las controversias suscitadas con fundamento en declaraciones de caducidad anteriores a la vigencia de la norma en cuestión.

En este orden de ideas, se puede decir que el trámite ágil para la aplicación de la caducidad administrativa antes de la entrada en vigencia del Decreto 734 de 2012, pudo haber tenido 3 opciones muy válidas: la aplicación del proceso general del Decreto 001 de 1984 (anterior Código Contencioso Administrativo); el trámite incidental del Código de Procedimiento Civil (Decreto 1400 de 1970), o el mismo artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, si ya había entrado en vigencia.

De este modo, es menester expresar que si bien con la expedición del Decreto 734 de 2012 se resolvió la pregunta sobre cuál había de ser el proceso adecuado para la declaratoria de la Caducidad del contrato, se reitera que dicha norma fue derogada por el Decreto 1510 de 2013 que nada dijo sobre el procedimiento que se deberá aplicar para la declaratoria de caducidad del contrato estatal. Pero se resalta, para efectos de proteger el derecho de defensa del contratista, se ha de aplicar el trámite consagrado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, toda vez que la norma derogada fue la remisoría, mas no la que consagra el procedimiento establecido.

4.5 Quinto

Aún cuando se tenga como procedimiento para aplicar la caducidad del contrato estatal el procedimiento consagrado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, dicho trámite referenciado nada dice sobre los términos que se han de cumplir, por lo que haciendo uso de la remisión expresa del artículo 77 de la Ley 80 de 1993 al Código de la Función Administrativa y al Código de Procedimiento Civil, podemos decir, que en el caso del traslado, para garantizar el adecuado derecho de defensa del contratista, debemos aplicar un término mínimo de 3 días, tal y como lo consagra el trámite incidental establecido en el artículo 137 del Código de Procedimiento Civil (Decreto 1400 de 1970) o un término máximo de 15 días con base en lo preceptuado por el artículo 47 del CPACA (Ley 1437 de 2011), de acuerdo al grado de afectación del servicio público; mientras que para el desarrollo de la etapa probatoria, cuando las pruebas no puedan ser evacuadas el mismo día de la audiencia, se podrá establecer un plazo de 10 días, conforme al trámite incidental del Código de Procedimiento Civil (Decreto 1400 de 1970) o un término máximo de 30 días con base en lo preceptuado por el artículo 48 del CPACA (Ley 1437 de 2011), de acuerdo a la complejidad de las pruebas solicitadas.

4.6 Sexto

Se ha llegado a la conclusión que, para que pueda proceder formalmente la declaración administrativa de la caducidad del contrato estatal, no es suficiente que la misma cumpla con un trámite adecuado, sino que también se ha de considerar el límite temporal para su aplicación. En este sentido, se estima que en la jurisprudencia actual del Consejo de Estado está vigente

la postura acerca de que la declaración de la caducidad del contrato estatal sólo es posible realizarla dentro del plazo de la vigencia del contrato, dado que si se efectúa por fuera de ella, como en la etapa de la liquidación del mismo, dicha declaración adolecerá de nulidad por cuanto con ella se pretendería únicamente la sanción del contratista por su incumplimiento, mas no la protección del interés general. Tanto es así que si el contrato se encuentra suspendido, y la administración ha cumplido con las condiciones a las que se obligó para levantar la suspensión, ésta deberá reanudar el contrato, así sea unilateralmente, para poder proceder a declarar la caducidad del contrato estatal.

4.7 Séptimo

Bajo el entendido de que la potestad exorbitante de la caducidad administrativa del contrato estatal obedece a una presunción de existencia en algunos contratos, y que se deriva de la superioridad que ostenta la Administración sobre los administrados en aras del interés general, tiene un carácter legal o supracontractual y no propiamente contractual, es que podemos decir que al momento de hacer uso de dicha potestad exorbitante, la administración, más que observar si la misma se encuentra dentro del texto del contrato, deberá verificar en principio si la ley ha autorizado su incorporación dentro del mismo, toda vez que de no ser así, dicha cláusula estará viciada de nulidad absoluta, y la administración deberá responder por los perjuicios que genere en la aplicación de la misma.

4.8 Octavo

Después de analizadas las características que comporta la declaración administrativa de la caducidad del contrato estatal como potestad exorbitante del Estado, es posible establecer que los límites para el ejercicio de dicha potestad son:

Límites materiales:

1. Que exista un incumplimiento de las obligaciones esenciales a cargo del contratista.
2. Que dicho incumplimiento afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato.
3. Que se evidencie que el incumplimiento puede conducir a la paralización del contrato.
4. Que la Entidad Estatal haya cumplido con sus obligaciones contractuales.
5. Que el Estado no haya creado las condiciones que generaron el incumplimiento del contratista.

6. Que no exista una fuerza mayor o caso fortuito que hayan generado el incumplimiento del contratista.
7. Que con dicha declaración de caducidad se respeten los principios generales del Derecho.

Límites formales:

1. Que la declaración de caducidad del contrato estatal se realice durante la vigencia del mismo.
2. Que se cumpla el procedimiento establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.
3. Que se haya dado suficiente tiempo al contratista para la formulación de sus descargos y para la práctica de las pruebas pedidas.
4. Que el contrato estatal sea de aquellos sobre los cuales la ley autorice o suponga la incorporación de la potestad exorbitante de la caducidad administrativa del contrato estatal.

De este modo, el funcionario de la entidad contratante que pretenda hacer uso de la declaración administrativa de la caducidad del contrato estatal, deberá en primer lugar, verificar la existencia de los elementos materiales que pueden conducir al ejercicio de la potestad en mención, y luego de definidos, convocar al contratista a una audiencia para darle la posibilidad real de defenderse

Consecuente con lo anterior, el acto administrativo que declare la caducidad del contrato estatal estará viciado de nulidad si el mencionado acto desconoció los límites materiales y/o los límites formales antes indicados, caso en el cual, el contratista podrá demandar la nulidad del acto en mención, el restablecimiento de sus derechos y la indemnización de los perjuicios a que hubiese lugar.

REFERENCIAS

Alexy, R. (2004). *El concepto y la validez del Derecho*. Madrid: Editorial Gedisa S.A.

Congreso de la República de Colombia. (1886). Código Civil colombiano.

Congreso de la República de Colombia. (1993) Gaceta del Congreso, Nro. 75

Congreso de la República de Colombia. (1993) Ley 80.

Congreso de la República de Colombia. (1993) Ley 100.

Congreso de la República de Colombia. (1994) Ley 142.

Congreso de la República de Colombia. (2007) Ley 1150.

Congreso de la República de Colombia. (2011) Ley 1437.

Consejo de Estado. (1972). Sección Tercera. Sentencia del trece (13) de marzo de mil novecientos setenta y dos. C.P. Carlos Portocarrero Mutis.

Consejo de Estado. (1992). Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de marzo veintisiete (27) de mil novecientos noventa y dos. C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

Consejo de Estado. (1991). Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de abril dieciséis (16) de mil novecientos noventa y uno. C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

Consejo de Estado. (1997). Sala plena. Auto del veintitrés (23) de septiembre de mil novecientos noventa y siete. C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

Consejo de Estado. (1998). Sala de lo Contencioso Administrativo, sección segunda, subsección "b", sentencia del cinco (5) de noviembre de mil novecientos noventa y ocho, radicado 11.370. C.P. Silvio Escudero Castro.

Consejo de Estado. (1999). Sala de lo Contencioso Administrativo, sección Tercera, sentencia del trece (13) de septiembre de mil novecientos noventa y nueve, radicado 10.264. C.P. Ricardo Hoyos Duque.

Consejo de Estado. (2001). Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del quince (15) de marzo de dos mil uno, radicado número 13.352. C.P. Ricardo Hoyos Duque.

Consejo de Estado. (2001). Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del trece (13) de septiembre de dos mil uno, radicado número 12.722. C.P. Maria Elena Giraldo Gómez.

Consejo de Estado (2008). Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 20 de noviembre de dos mil ocho, radicado número 17031. C.P. Ruth Stella Correa Palacio

Consejo de Estado. (2010). Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del diecisiete (17) de marzo de dos mil diez, radicado número 18.394. C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

Consejo de Estado. (2011). Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, subsección C, sentencia del treinta y uno (31) de enero de dos mil once, radicado número 17767. C.P. Olga Melida Valle De La Hoz.

Consejo de Estado. (2011). Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del diez (10) de marzo de dos mil once, radicado número 15.666. C.P. Danilo Rojas Betancourth.

Consejo de Estado. (2011). Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, subsección B del diez (10) de marzo de dos mil once, radicado número 16856. C.P. Stella Conto Díaz Del Castillo.

Consejo de Estado. (2011). Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 8 de junio de dos mil once, radicado número 17858. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Consejo de Estado. (2011). Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del Veinticinco (25) de julio de dos mil once, radicado número 20273 y 20279. C.P. Olga Melida Valle De La Hoz.

Consejo de Estado. (2013). Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de treinta (30) de enero de dos mil trece. Radicación número 23519. C.P. Enrique Gil Botero.

- Consejo de Estado. (2013). Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del trece (13) de febrero de dos mil trece. Radicación número 24996, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.
- Corte Constitucional. (1998). Sentencia T 569 del 8 de octubre de 1998. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.
- Corte Constitucional. (2015). Sentencia C 499 del 5 de agosto de 2015. M.P. Mauricio González Cuervo.
- Escobar Gil, R. (1999). *Teoría general de los contratos de la administración pública*. Bogotá: Legis.
- Escola, H. J. (1997). *tratado integral de los contratos administrativos*. Buenos Aires: Ediciones Depalma.
- Expósito Vélez, J. C. (2003). *La configuración del contrato de la administración pública en derecho colombiano y español. Análisis de la selección de contratista*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Ferrajoli, L. (2000). *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.
- Güechá Medina, C. N. (2006). Falacia de las cláusulas exorbitantes en la contratación estatal. *Opinión jurídica*, 10(5), 33-47.
- Herrera Barbosa, B. (2003). *Contratos Públicos*. Bogotá: Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Hoyos Duque, R. (1994). *Comentarios al Estatuto General de Contratación de la Administración*. Bogotá: Librería Jurídica Sánchez R.
- Lamprea Rodríguez, P. A. (2007). *Contratos estatales*. Bogotá: Temis S.A.
- Matallana Camacho, E. (2009). *Manual de contratación de la Administración Pública*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Ortíz Castro, J. I. (2005). *Aproximación al Estado* (5ª. ed.). Medellín: Sello Editorial Universidad de Medellín.
- Ospina Fernández, G. (2000). *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*. Bogotá: Temis.
- Palacio Hincapié, J. A. (2004). *La contratación de las entidades estatales*. Bogotá: Librería Jurídica Sánchez R.

Presidente de la República de Colombia. (2012). Decreto 734.

Presidente de la República de Colombia. (2013). Decreto 1510.

Presidente de la República de Colombia. (2015). Decreto 1082.

Rico Puerta, L. A. (2007). *Teoría general y práctica de la contratación estatal*. Bogotá: Leyer.

Rodríguez Rodríguez, L. (2008). *Derecho Administrativo General y colombiano*. Bogotá: Temis.

Valencia Restrepo, H. (2000). *Nomoárquica, principialística jurídica o filosofía y ciencia de los principios generales del Derecho* (4ª ed.). Bogotá: Comlibros.

Zagrebelsky, G. (1999). *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta.