COMPETENCIA “*RATIONE TEMPORIS*” PARA EL EJERCICIO DE LA CLÁUSULA DE CADUCIDAD

PRIMERA PARTE

Daniel Montero Betancur

1. Resumen

Una de las cláusulas excepcionales al derecho común que mayor importancia reviste en el ámbito de los contratos del Estado, es la de caducidad.

La caducidad tiene la virtualidad de terminar o extinguir de manera anormal el negocio jurídico estatal con algunas consecuencias relevantes desde el punto de vista jurídico; sin embargo, en algunas ocasiones el estudio de la caducidad administrativa se ha efectuado a partir de las consecuencias jurídicas y no del sustrato o contenido esencial de la institución. Así se ve reflejado en la jurisprudencia patria y en los estudios realizados a nivel doctrinario. Lo anterior ha tenido una importante repercusión en la aplicación práctica de la figura, sencillamente, porque, si el análisis se reduce a la consecuencia sancionatoria

que su declaración conlleva, se distorsiona la finalidad que persigue el ordenamiento jurídico colombiano al instituir la figura.

En efecto, no puede guardar simetría el análisis de una figura de contenido estrictamente sancionatorio con el de una figura cuya finalidad es la terminación de la relación negocial ante el incumplimiento cualificado de las obligaciones a cargo del contratista de la administración.

En ese sentido, el primer supuesto que puede sufrir alteración en el análisis, es el atinente a la competencia por razón del tiempo para ejercer la facultad de declarar la caducidad del contrato, por razones que saltan a la vista. Si definitivamente la caducidad constituye una sanción, sólo podrá ejercitarse dentro del término de ejecución del contrato, pero si la caducidad es una forma de terminación anticipada del contrato – haciendo abstracción de los presupuestos que se deben cumplir para declararla-, lo cierto es que la facultad podrá ejercitarse mientras el contrato subsista.

Por constituir un aspecto que genera posiciones encontradas, fuertes debates al seno del máximo Tribunal de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en Colombia y dificultades para los operadores de la actividad contractual de la administración pública, la competencia *ratione temporis* para declarar la caducidad de los Contratos del Estado será el tema central de esta investigación, todo lo cual tiene como finalidad sentar un punto de vista razonado, con base en una

estructuración lógica del fenómeno y a partir de la clarificación de los conceptos, teniendo en cuenta, en todo caso, el sustrato de la institución.

2. Palabras clave

Cláusula, caducidad, negocio jurídico, competencia *ratione temporis*, facultad excepcional, contratación estatal, plazo, término de ejecución, extinción del negocio.

3. Abstract

One of the common law exceptional clauses is of utmost importance in the field of State contracts, is to expire.

The shelf has the potentiality to terminate or extinguish the legal transaction abnormally with some important consequences from the legal point of view. However, in some cases the study of administrative revocation was made from the legal consequences and no substrate or substance of the institution. This is reflected in case law and country-level studies doctrinaire. This has had a major impact on the practical application of the figure, simply because if the analysis is limited to the punitive consequence that his statement implies, you can get to distort the objective pursued by the Colombian legal system by instituting the figure.

In fact, symmetry can not save a figure analysis strictly punitive content with that of a figure whose purpose is the termination of business relationship with qualified breach of obligations by the contractor of the State.

In that sense, the first course that can undergo change in the analysis is that pertaining to competition because of the time to exercise the power to declare the expiration of the contract, for reasons that are obvious. If the forfeiture is definitely a penalty, only be exercised within the period of execution of the contract, but if the forfeiture is a form of early termination of the contract - leaving aside the assumptions that must be met to declare, 'the fact is that the faculty may be exercised while the lease subsists.

Because they constitute an area that generates conflicting positions, strong debates within the highest court in the jurisdiction of the Administrative in Colombia and challenges for operators contracting activity within the public administration, the *ratione temporis* competence to declare the expiration of State Contracts will be the focus of this research, all of which aims to set a reasonable view, based on a logical structuring of the phenomenon and from the clarification of concepts, taking into account, in any case the substrate of the institution.

4. Key words

Clause, expiration legal business, *ratione temporis* competence, outstanding faculty, State contracting, term, term of execution, termination of contract.

5. Problema de investigación

En el presente trabajo resulta necesario distinguir dos aspectos problemáticos, que corresponden cada uno a la temática a desarrollar, para efectos de resolver dos interrogantes distintos, consecuentes y estrechamente relacionados.

Tomando como referente el sustrato de la cláusula de caducidad, cual es, la terminación de la relación contractual inicial para poder satisfacer el objeto del contrato celebrado con otro contratista o su garante ¿qué consecuencias jurídicas producen las diversas concepciones de la jurisprudencia y la doctrina colombianas sobre la competencia *ratione temporis* de las entidades estatales para ejercer la facultad excepcional de declarar la caducidad del contrato una vez se ha evidenciado alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento grave de las obligaciones a cargo del contratista que inexorablemente conducen a la paralización del mismo?

En segundo lugar, por tratarse de un trabajo, en esencia, crítico de la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la literatura jurídica sobre la competencia *ratione temporis* que tiene la entidad estatal para declarar la caducidad del contrato por la comprobación de alguno de los supuestos antes reseñados y su impacto sobre la finalidad de la potestad excepcional, además de propositivo de una concepción propia sobre el particular, la pregunta a contestar es la siguiente:

¿La competencia *ratione temporis* de la entidad estatal para ejercer la facultad de declarar la caducidad del contrato cuando se constata el hecho constitutivo del incumplimiento cualificado por la ley, está determinada como extremo límite por la expiración del término de ejecución del contrato o puede ser posterior?

6. Marco teórico

El presente trabajo de investigación es de contenido estrictamente jurídico, cuyo punto de partida es descriptivo, en la medida en que se precisan los conceptos necesarios para el adecuado desarrollo del tema y se presentan las distintas tesis de la jurisprudencia del Consejo de Estado en torno al problema jurídico planteado; además, tiene un componente crítico en relación con la distintas posiciones que ha adoptado la jurisprudencia, y propositivo, por cuanto, a partir de la naturaleza, contenido y finalidad de la cláusula de caducidad en los contratos estatales pretende plantear un supuesto claro en torno a los extremos temporales para ejercer la facultad excepcional, de manera que su utilización responda al propósito para el cual fue prevista por el ordenamiento jurídico.

7. Resultados

El objetivo de este artículo es tratar de dilucidar, desde el punto de vista teórico, con aplicación práctica, los límites temporales para declarar la caducidad del contrato Estatal. Para el efecto, se estudiará la noción conceptual de la caducidad, el procedimiento para declararla, los supuestos de procedencia, el contenido

esencial y la finalidad de la institución. Se expondrán las distintas tesis que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha expuesto hasta la fecha en torno a la problemática, para presentar al lector las respectivas tesis que la jurisprudencia patria ha elaborado en torno al tema.

8. Introducción

En Colombia existe un régimen jurídico especial que establece las reglas y principios que rigen los contratos que celebran las entidades estatales (Guechá Medina, 2007). Dicho régimen jurídico se nutre básicamente de las normas del derecho privado (Dávila Vinuena, 2001) en la mayoría de los aspectos de orden sustancial –civil y comercial–, salvo en las materias reguladas específicamente por ese régimen que se halla contenido en el estatuto de contratación administrativa, aplicable por virtud del criterio orgánico subjetivo contemplado en la Ley (art. 2º, Ley 80 de 1993) a todas las entidades del Estado, a menos que, expresamente, los contratos por ellas celebrados no estén sometidas a dicho régimen jurídico.

La contratación estatal tiene algunas características que la diferencian de la contratación privada, siendo quizás las más relevantes el procedimiento reglado que gobierna la selección de los contratistas –etapa previa a la celebración del contrato– (Expósito Vélez, 2003) y la posición asimétrica que asumen las partes en la relación contractual como consecuencia de las prerrogativas excepcionales (Moreno Molina & Pleite Guadamillas, 2008). A nivel general, en la contratación estatal, la entidad del Estado se encuentra revestida de ciertas facultades extrañas

al derecho privado –prerrogativas excepcionales– (Rivero, 1962) que tienen por objeto, fundamentalmente, servir de instrumento para lograr el cumplimiento de los fines del Estado que se concretan a través de la actividad contractual (Fraga, 1977).

Esas facultades excepcionales pueden estar contenidas en cláusulas contractuales, que en todos los casos devienen de la ley, bien sea de manera inmediata o mediata (Marienhoff, 1998), es decir, por imposición de la ley o por autorización de la misma (art. 14, Ley 80/93). Dentro de las cláusulas contractuales, cuya inclusión es, en algunos eventos, obligatoria, pueden encontrarse, entre otras, la de caducidad, la cual, fundamentalmente, tiene la virtualidad de extinguir el negocio jurídico.

Desde el punto de vista teórico, la cláusula de caducidad no ofrece mayores dificultades.

En efecto, pese a que el ordenamiento jurídico no define la figura, los elementos que la integran permiten deducir la noción conceptual sin mayores complicaciones. Se trata de una estipulación en virtud de la cual la entidad estatal, por medio de acto administrativo debidamente motivado, puede dar por terminado el contrato, ante la presencia de algunos de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecten de manera grave y directa la

ejecución del contrato y evidencien que pueden conducir a su paralización (art. 18, ley 80/93).

Los problemas surgen al momento de poner en práctica la figura, debido a la gran cantidad de vicisitudes que se suelen presentar, como la posibilidad de incluir la cláusula en algunos tipos de contratos, el procedimiento para ejercitarla y la competencia por razón de la temporalidad para su ejercicio – *competencia ratione temporis* –.

El presente trabajo se centrará exclusivamente en el análisis de la competencia por razón del tiempo para el ejercicio de la cláusula de caducidad, pues definitivamente ha sido un tema que, a nuestro juicio, a nivel doctrinario y jurisprudencial no ha sido analizado con fundamento en la esencia o el sustrato de la institución, sino, sobre las consecuencias jurídicas que su aplicación conlleva, lo cual ha distorsionado el ámbito temporal de su ejercicio y prácticamente la ha condenado al desuso y a la restricción en determinados tipos contractuales.

La problemática expuesta fue planteada por primera vez en vigencia del estatuto de contratación contenido en el decreto ley 150 de 1976 y atraviesa el conjunto de normas reguladoras de la actividad contractual del Estado, persistiendo con mayor opulencia en vigencia de la ley 80 de 1993, con las modificaciones introducidas por la ley 1150 de 2007; sin embargo, el problema no se presenta por el vacío legal que ha existido en torno al tema, como se verá en

las líneas que siguen, sino por la falta de precisión de los conceptos que informan la figura y la finalidad que persigue el ordenamiento jurídico al otorgarle a la administración pública tan importante facultad. El Consejo de Estado de Colombia se ha ocupado del tema en varias oportunidades, pero la jurisprudencia no ha sido uniforme y, por ende, no ha perdurado en el tiempo, incluso se han expuesto tesis absolutamente contrapuestas.

En líneas generales, la posición que actualmente prevalece en la Sección Tercera del Consejo de Estado, aunque no de forma unánime entre los integrantes de la Sala, consiste en que las facultades excepcionales, particularmente la facultad de declarar la caducidad del contrato estatal en aquellos contratos en los cuales se encuentra estipulada por autorización de la ley o se entiende pactada virtualmente, sólo es posible ejercitarla durante el término de ejecución del contrato (Matallana Camacho, 2009); sin embargo, la jurisprudencia reconoce sin hesitación que el contrato no se extingue por la simple expiración del término de ejecución, de manera que fenecido éste, el contrato subsiste sin que la administración pueda echar mano de la facultad excepcional para terminarlo ante el incumplimiento cualificado de las obligaciones a cargo del contratista (Consejo de Estado. Exp. 17031, 2008).

9. Marco conceptual de la cláusula de caducidad

Como se dijo anteriormente, dentro del marco de la relación comercial gobernada por las normas que informan la contratación estatal, las partes asumen una

posición asimétrica (Benítez Caorsi, 2010)¹, es decir, una posición, desde el punto de vista jurídico, relativamente desigual (Ripert, 1948). Así como en los contratos de derecho privado suele presentarse una desigualdad relativa o desigualdad de poder negocial (Renata, 1996) como en los contratos por adhesión (*inequality of bargaining power*), en los contratos estatales también se presenta cierta desigualdad dentro de la relación contractual, pero en este caso la desigualdad está determinada, fundamentalmente, porque una de las partes intervinientes, particularmente el Estado, goza de ciertas prerrogativas (Villar Palasí & Villar Ezcurra, 1984) que le otorgan una condición de supremacía frente a su co-contratante. Surge así un poder desequilibrante que consiste en imponer la voluntad unilateral a un contratante que no está en condiciones de discutir, pues algunas de las cláusulas que causan desequilibrio están impuestas por la misma ley (Victore, 2000). Aunque, no siempre la posición asimétrica en la contratación es el resultado de las prerrogativas que se establecen a favor de uno de los contratantes; existen partes que están en condiciones económicamente fuertes y partes económicamente débiles y en esos casos, como lo dice el maestro Pérez Vives, las partes más fuertes están en condiciones de imponer cláusulas que su co-contratante, prácticamente, se encuentra en la obligación de aceptar (Pérez Vives, 1953), si quiere reportar algún beneficio.

¹ Para Juan J. Benítez Caorsi, la asimetría negocial se produce también en las relaciones negociales entre particulares, regidas exclusivamente por el derecho privado, pues en casi todos los casos existe una parte económicamente fuerte que impone sus condiciones en el contrato; por consiguiente a la parte débil no le queda otra cosa que aceptar las condiciones contractuales. Benítez Caorsi, Juan J. La revisión del contrato, segunda edición, editorial Temis, Bogotá, 2010. Págs., 12 y ss.

9.1. Prerrogativas del Estado en materia contractual

El concepto de “*facultades excepcionales*” o “*prerrogativas de la administración*” comprende todas aquellas potestades que se encuentran radicadas en cabeza de la Administración Pública (Richer, 2004) para efectos de proteger los intereses generales y garantizar la prestación de los servicios públicos (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 25 de febrero de 2009, exp. 15797), cual es la finalidad ínsita en la Contratación Estatal y del Estado o la Administración pública (Raneletti, 1945) , tal como lo dispone el artículo 3º de la Ley 80 de 1993, así: “*Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.*”

“*Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta que al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, [además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado]², colaboran con ellas en la consecución de los fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones*”.

² La parte entre corchetes fue derogada expresamente por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007.

Lo anterior implica que las facultades o prerrogativas excepcionales, abarcan un campo mucho más amplio que el de las denominadas cláusulas exorbitantes (Pequignot, 1953), concepto de extracción francesa (Laubadère, 1956), que fundamentalmente se utiliza para significar que las partes han decidido someterse en la relación negocial a un régimen de derecho público (Dupuis, 2004)³. En el orden jurídico colombiano, se han denominado cláusulas excepcionales al derecho común, concepto que ha sido adoptado por la legislación sencillamente, porque son cláusulas extrañas al ámbito de la contratación privada (Jezé, 1949), civil o comercial; además, comprende la esfera de las denominadas cláusulas de privilegio (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 25 de febrero de 2009, exp. 15797) que, al decir del profesor Jorge Dussán, se ubican de manera intermedia entre las cláusulas exorbitantes y las cláusulas especiales (Dussán Hitscherich, 2005). Éstas, a pesar de constituir *“algún tipo de ventaja para la entidad estatal contratante”*, no operan ni tienen la misma finalidad que las anteriores (Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 14 de diciembre de 2000), y no constituyen materia completamente extraña a la contratación privada. Se ubican dentro de esta categoría la cláusula de reversión y la cláusula de garantías. Obsérvese que, dada la naturaleza de estas cláusulas, puede hacerse uso de las mismas luego de fenecido el plazo contractual; de hecho, la reversión, particularmente, sólo puede ejercitarse una vez ha expirado el contrato, en tanto la cláusula de garantías puede cobrar vigencia durante el plazo

³ Resulta importante la anotación que hace Richer, Ob. Cit. Cuando señala que en algunos casos puede tratarse de contratos de derecho privado si no se incluye una cláusula exorbitante.

de ejecución del contrato o fuera de éste, de manera que a pesar de integrarse al contrato a manera de cláusulas, pueden cobrar vigencia cuando se ha extinguido o se han satisfecho las obligaciones principales que emanan del contrato que les da origen. Existen también las denominadas cláusulas “especiales” que en la legislación anterior a la Ley 80 de 1993 debían incluirse de manera obligatoria en los denominados contratos administrativos (artículo 60, D. 222 de 1983) y hoy día son objeto de convenio. Sin embargo, estas últimas no se ubican dentro de la gama de prerrogativas de la administración pública, de hecho, la prerrogativa consiste en la facultad de ejercitarlas unilateralmente, ha precisado la jurisprudencia del Consejo de Estado (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 22 de abril de 2009, rad. No. 14667), es decir, consiste en el privilegio de decisión previa o autotutela (García de Enterría & Fernández, 2004), para adoptar la decisión por sí y ante sí, sin necesidad de acudir previamente al juez del contrato (Escola, 1984), con atributos de ejecutividad y ejecutoria (Bocanegra Sierra, 2005)

Con lo anterior se quiere significar que las facultades o prerrogativas administrativas (Pequignot, 1953) no se agotan con las denominadas cláusulas excepcionales al derecho común, sino que comprenden todas aquellas potestades públicas (Solano Sierra, 1994) con la cuales cuenta la administración en desarrollo de la actividad contractual y que menguan los principios de autonomía de la voluntad e igualdad jurídica de las partes dentro de la relación jurídica (Dromi, 2009), principios rectores de la contratación en materia privada, para ubicar al

contratista del Estado en un plano de desigualdad relativo (Rivero Ortega, 2001), todo lo cual tiene origen en la “...desigualdad de propósitos perseguidos por las partes en el contrato, pues el fin económico privado se opone y se antepone a un fin público o necesidad pública colectiva que puede afectar su ejecución...” (Dromi, 2009).

Dentro del anterior contexto, se puede inferir con facilidad que dentro de las prerrogativas de la administración, como género, se ubican, la de ejercitar las cláusulas excepcionales de modificación, interpretación, terminación unilaterales y caducidad contractual, conforme lo disponen los artículos 14 a 19 de la ley 80 de 1993, a la cual se suma la facultad (que más bien constituye una verdadera obligación) de terminar unilateralmente el contrato cuando se halle viciado de nulidad absoluta en los supuestos contemplados por los numerales 1, 2 y 4 del artículo 44 de la ley 80 de 1993 (Mutis Vanegas & Quintero Múnera, 2000), conforme lo dispone el artículo 45 ibídem; la facultad de liquidar unilateralmente el contrato dentro de la oportunidad prevista por el artículo 11 de la ley 1150 de 2007; la facultad de imponer unilateralmente multas para conminar al contratista a cumplir con el objeto de las obligaciones contractuales, conforme lo dispone el inciso segundo del artículo 17 de la ley 1150 de 2007; la facultad de declarar la ocurrencia del siniestro mediante acto administrativo, cuando acaezca el hecho constitutivo del mismo, a términos de los artículos 68-4 y 68-5 del Código Contencioso Administrativo, en armonía con lo dispuesto por el artículo 7 de la ley 1150 de 2007.

Las anteriores precisiones resultan necesarias para orientar el tema objeto de la investigación y para ubicar dentro del contexto de las prerrogativas de la administración, para diferenciarlo de las cláusulas o facultades excepcionales al derecho común.

Las facultades excepcionales al derecho común constituyen la herramienta más importante que el ordenamiento jurídico ha otorgado a las entidades estatales para ejercer la dirección general, el control y la vigilancia de la ejecución del contrato e impedir la paralización o la afectación (grave) de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación de los mismos (De Solas Rafecas, 1990), todo lo cual, como se dijo, está orientado a cumplir los fines ínsitos en la contratación estatal (Jiménez Blanco, 1998). Son irrenunciables, intransferibles e indisponibles (CE., S.C.S.C, Concepto 1293, 14 dic/2000), pues en su ejercicio compromete el orden y el interés público (Palacio Hincapié, 2010).

Tales facultades, están radicadas por regla general, en cabeza de la entidad contratante y, excepcionalmente, pueden ser atribuidas al particular contratista, como ocurre, por vía de ejemplo, con la facultad de renunciar a la ejecución del contrato, cuando en ejercicio de la potestad de modificación unilateral se aumente o disminuya el valor del contrato en un 20%, o más del inicialmente previsto, en los términos previstos por el artículo 16 de la ley 80 de 1993 (Bustamante Ledesma, 1997). Se puede decir que las facultades excepcionales al derecho

común implican la no sujeción al principio de igualdad, lo cual denota el carácter de poder público con que interviene la Administración en los contratos administrativos (Bercaitz, 1980) o estatales como se suele denominar en el derecho colombiano, las cuales ubican a la Administración en un plano de superioridad jurídica frente a su co-contratante.

9.2. Definición de la caducidad administrativa

Sin duda alguna, la cláusula excepcional al derecho común que mayor importancia reviste en el campo de la contratación estatal, por su esencia, su contenido y sus consecuencias jurídicas, es la cláusula de caducidad; sin embargo, desde ahora se puede percibir que, una cosa es la caducidad propiamente dicha, otra es la cláusula de caducidad y otra las consecuencias jurídicas que su ejercicio conlleva.

Tales aspectos deben ser perfectamente diferenciados desde la perspectiva ontológica y deontológica.

El término caducidad proviene del latín “*caducus ad um*”, el cual significa que cae, que ha de caer, caduco, perecedero, destinado a la muerte. La palabra responde a la misma raíz del latín “*cado – is ere – cecidi – casum*”, que significa **terminar o morir**; estas raíces latinas guardan en común la noción de “*finitud o acabamiento*” (Gómez Corraliza, 1990).

En términos jurídico – técnicos, la caducidad puede revertir distintos significados, en algunos casos referidos a un lapso que tiene la virtualidad de extinguir (Cabenelas de Torres & Cabenelas de las Cuevas, 2006). Así, en el campo del derecho procesal, la caducidad implica el fenecimiento de la oportunidad de ejercer el derecho público subjetivo de acción por el paso del tiempo y, desde la esfera negativa, es decir, la no caducidad, constituye un presupuesto procesal para el ejercicio válido de la acción (Devis Echandía, 1974)

En el campo de la contratación estatal y haciendo abstracción de la forma contractual que reviste, requisitos, ejercicio y consecuencias jurídicas, la caducidad constituye, en estricto rigor conceptual, un modo de extinción anormal del contrato (Bercaitz, 1980); sin embargo, cuando hablamos de la forma contractual que reviste, podemos decir que se introduce a la convención como una estipulación o cláusula contractual.

Su naturaleza, como se dijo anteriormente, es completamente extraña al derecho privado, lo cual implica que no pueda ser pactada en los contratos celebrados por los particulares, porque contravendría el ordenamiento jurídico imperativo (Marienhoff, 1998); por ello constituye una cláusula excepcional al derecho común; además, se pacta por expresa disposición legal, bien sea porque el ordenamiento positivo expresamente lo imponga o simplemente lo autorice, de manera que, en algunos tipos contractuales, su inclusión es obligatoria y, por

ende, aunque no se halle expresamente prevista en el contrato se entiende virtualmente pactada (Marienhoff, 1998).

La definición de caducidad como instituto jurídico, no es unánime, lo cual se debe, en parte, a que la legislación no ofrece una noción conceptual clara del fenómeno.

En efecto, el artículo 18 de la ley 80 de 1993 consagra que:

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.

Como se puede observar, desafortunadamente la ley mezcla una cantidad de elementos que sólo generan confusión. En primer lugar, refiere que la caducidad es una estipulación contractual, cuando lo cierto es que, como se dijo anteriormente, esa es la forma contractual que reviste la caducidad para introducirla, en algunos eventos al contrato. En este sentido, se reitera, no se puede hacer referencia al instituto jurídico partiendo de la forma contractual que reviste. De hecho, ya se advirtió que en algunos eventos no es necesario

introducir la cláusula de caducidad al contrato, para que se entienda incorporada al mismo; particularmente sucede en aquellos tipos contractuales donde su inclusión es obligatoria, es decir, en aquellos 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 y en los contratos de obra.

En segundo lugar, la norma refiere que la estipulación contractual se ejercita cuando quiera que se presente *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*; no obstante, el incumplimiento cualificado no es el único supuesto que da lugar a la declaración de la caducidad, pues el ordenamiento jurídico ordena a la Administración aniquilar el contrato mediante la caducidad, por distintas causales que, valga decirlo, nada tienen que ver con el apartamiento de las obligaciones a cargo del contratista en torno al objeto de las obligaciones del contrato. Como se verá más adelante, la caducidad también debe ser declarada cuando el contratista: i) colabore con delincuencia organizada o grupos armados al margen de la ley; ii) sea declarado fiscalmente responsable; iii) incumpla la obligación de prorrogar las garantías de contrato (la cual, si bien es una obligación que se erige directamente del contrato, nada tiene que ver con el no cumplimiento del objeto de las obligaciones del contrato); iv) incumpla la obligación legal de encomendar los estudios, diseños y la ejecución de los trabajos a profesional que

posean matrícula profesional en la especialidad requerida; v) incurra en mora, en un período determinado, en el cumplimiento de las obligaciones parafiscales a su cargo y, v) en materia de minas, por las causales establecidas específicamente por el código que regula la materia.

A nivel doctrinario, algún sector suele definir la caducidad como estipulación o como cláusula contractual y otro, en cambio, lo define a partir de las consecuencias jurídicas que su aplicación conlleva.

Por ejemplo, el profesor Libardo Rodríguez define la caducidad como la *“estipulación mediante la cual se otorga a la entidad contratante la facultad (reglada o discrecional) de dar por terminado unilateralmente el contrato, cuando el contratista incurre en alguna de las causales previstas como generadoras de esta decisión”* (Rodríguez Rodríguez, 1981). En estricto sentido, la anterior definición corresponde al contenido de la caducidad como cláusula contractual, es decir, la noción, está construida a partir de la naturaleza convencional de la facultad excepcional y, a nuestro juicio, deja en un segundo plano, la esencia de la caducidad; de hecho, podría decirse que la definición no es precisa, porque, como se dijo anteriormente, en algunos eventos la caducidad no requiere estar estipulada expresamente el texto del contrato para que pueda ejercitarse.

En igual sentido, el profesor SÁCHICA sostiene que la caducidad es una cláusula exorbitante que *“pactada, da derecho a la Administración a declarar*

unilateralmente terminado el contrato, por haber ocurrido alguno de los hechos señalados por la ley o de los convenidos por las partes como causales para tal efecto” (Sáchica, 1976)

El profesor Guillermo Aldana, en cambio, considera que la caducidad constituye un mecanismo de sanción a los contratistas, que en un momento dado puede poner en juego la responsabilidad de la Administración por ejercicio ilegal de tal facultad (Aldana, 1979).

Una definición que se aproxima a la noción que la legislación actual prevé sobre la caducidad, es la que ofrece el profesor Lamprea, quien al respecto sostiene que es la estipulación mediante la cual se otorga a los entes públicos la facultad de dar por terminado un contrato cuando, a juicio de los mismos, el contratante ha incurrido en las causales de incumplimiento de lo convenido, pactada como generadora de sanción (Lamprea Rodríguez, 2007). Las observaciones que se realizaron líneas atrás, resultan ajustadas y aplicables a la definición del tratadista, pues en esencia, se reitera, la caducidad, no es más que una estipulación contractual.

El tratadista André Laubadère (Laubadère, 1956) fundamenta la caducidad en la potestad administrativa de dar por terminado unilateralmente el contrato. Por cierto, en su concepción, la caducidad no es una sanción sino una “*medida de apreciación inexcusable*” cuando se producen los motivos señalados en la Ley.

Esta definición del tratadista francés, resulta útil para efectos de nuestra investigación, pues se encuentra cimentada sobre la esencia de la caducidad.

A nuestro juicio, la institución se debe definir por el sustrato o la esencia de la misma. En ese sentido, podemos afirmar que la caducidad es uno de los modos anormales de extinguir, terminar o aniquilar el contrato estatal⁴, cuyo ejercicio supone una prerrogativa o facultad excepcional al derecho común que le otorga la ley a la administración pública (Parejo Alfonso, 2003)⁵ quien, mediante acto administrativo debidamente motivado, expedido con sujeción al debido proceso administrativo, debe declararla cuando se presente alguna de las causales contempladas por el ordenamiento jurídico, trayendo como consecuencia jurídica, la imposición de drásticas sanciones e inhabilidades al contratista que resulte afectado con la decisión administrativa, sin que, por otra parte, tenga derecho a reclamar indemnización alguna.

Al entrar a dilucidar el contenido de la facultad de declarar la caducidad, se puede decir que se introduce al contrato como estipulación o cláusula contractual, pese a que, en algunos eventos, no es necesario que la prerrogativa conste de manera expresa en el contrato, porque se entiende pactada por virtud de la ley,

⁴ Por regla general, pues existe contratos que a pesar de ser celebrados por los particulares y regirse por el derecho privado son susceptibles de ser caducados, como es el caso de algunos contratos celebrados por las empresas prestadoras de servicios públicos, bajo los supuestos contemplados por la ley.

⁵ O De la parte en el contrato que esté facultada, por virtud de la ley para ejercitarla.

según el tipo de contrato y, en otros, en cambio, su ejercicio debe ser consentido por las partes, siempre que la ley lo autorice.

Con base en la anterior definición, podemos resaltar las siguientes características:

a.- Es un modo de extinción anormal de los contratos del Estado⁶, razón por la cual no está instituida para lograr el cumplimiento del objeto del contrato, pues su finalidad no es conminatoria sino extintiva, es decir, está concebida para aniquilar unilateralmente y de manera anticipada la relación de obligación.

b.- Su ejercicio constituye una manifestación del poder de autotutela del cual gozan las decisiones administrativas (García de Enterría & Fernández, 2004).

c.- Constituye una facultad excepcional al derecho común que se introduce al contrato como estipulación contractual, virtual o implícita, o expresa, pero en todos los casos por mandato legal, de manera que el fundamento de la caducidad reposa en el contrato, aunque el origen es legal. En ese sentido, compartimos, claro está, *mutatis mutandis* en lo que resulte aplicable al derecho colombiano, los planteamientos expuestos por el profesor Miguel Marienhoff, quien afirma que el fundamento de la caducidad “no es otro que el ‘contrato’ administrativo del cual ella es una virtual consecuencia en su calidad de cláusula exorbitante ‘implícita’

⁶ Con la salvedad hecha líneas atrás.

del derecho privado”, a lo cual añade que “no debe confundirse el fundamento de la caducidad y de la revocación – acto bilateral y unilateral respectivamente- con la forma o modo de declararlas, pues esto último es siempre acto unilateral del Estado” (Marienhoff, 1998).

d.- El acto administrativo a través del cual se ejerce la facultad tiene efectos declarativos y constitutivos; declarativos en cuanto la entidad sólo constata los supuestos legales que dan lugar a caducar el contrato y constitutivos en la medida en que el acto administrativo que declara la caducidad es constitutivo del siniestro de incumplimiento.

e.- Por lo mismo, los efectos jurídicos de la caducidad son *ex nunc*, es decir, hacia el futuro, lo cual implica que el contratista tiene derecho a recibir la contraprestación pactada por la parte ejecutada del contrato hasta antes de producirse la declaración de caducidad; empero, no tiene derecho a recibir indemnización alguna por el hecho de la terminación anormal de la relación comercial.

e.- La declaración de la caducidad trae como consecuencia, sanciones e inhabilidades para el contratista que resulta afectado con la decisión, por ello, el acto administrativo que declara la caducidad es constitutivo del siniestro de incumplimiento.

f.- Cuando la causal que se arguye para declarar la caducidad es el incumplimiento de las obligaciones contractuales a cargo del contratista, el incumplimiento debe ser cualificado, es decir, debe afectar de manera grave y directa la ejecución del contrato y debe evidenciar que puede conducir a la paralización del mismo; sin embargo, como se verá más adelante, a lo largo de la investigación, ello no significa que en caso de que el objeto del contrato no se pueda cumplir, ni siquiera con mora, porque así lo determine la naturaleza del negocio, la entidad se halle coartada para declarar la caducidad cuando se produce el supuesto constitutivo de incumplimiento.

g.- El ejercicio de la facultad excepcional de declarar la caducidad del contrato, debe garantizar la realización del derecho fundamental al debido proceso, lo cual implica que se debe conceder al contratista la oportunidad de contradecir y defenderse de los supuestos endilgados para declarar la caducidad.

9.3. Procedimiento para declarar la caducidad administrativa

Hasta el momento hemos hecho precisión de algunos conceptos y elementos que debemos tener muy en cuenta para entender la secuencia del presente trabajo de investigación y, desde luego, para tener claridad de la parte propositiva que desarrollaremos en el segundo artículo.

Obsérvese que, incluso, para establecer el procedimiento administrativo que deben adelantar las entidades administrativas para efectos de declarar la

caducidad administrativa, se requiere tener muy clara y precisa la naturaleza de la institución jurídica de la caducidad.

En efecto, hemos dicho que haciendo abstracción de las consecuencias jurídicas que conlleva la declaración de la caducidad, la institución no está concebida en nuestro ordenamiento jurídico como una sanción para el contratista, por lo menos no es la finalidad esencial de la figura. En ese sentido, además se ha pronunciado la jurisprudencia constitucional (Acción de tutela, 2007).

La ley no reguló de manera expresa el procedimiento administrativo que se debe seguir para efectos de declarar la caducidad del contrato y, en parte, por esa razón existen posiciones encontradas; sin embargo, resulta claro que las entidades deben garantizar el debido proceso administrativo, dando aplicación a lo dispuesto por el artículo 29 de la Constitución Política, al margen de cualquier consideración sobre la naturaleza sancionatoria o no de la caducidad.

La discrepancia a este respecto, surge, precisamente, alrededor de cuál es el debido proceso administrativo para declarar la caducidad del contrato, lo cual está relacionado de manera inescindible con la naturaleza de la institución, pues si se sostiene que la caducidad constituye, en últimas, una sanción para el contratista, es necesario adelantar un procedimiento que garantice el cumplimiento de los elementos mínimos que informan el debido proceso correccional o sancionatorio, de lo contrario, sólo se requerirá garantizar la contradicción del afectado, en vía

gubernativa, pues además cuenta con el derecho público subjetivo de acción ante la jurisdicción especializada, con el fin de cuestionar la legalidad de la decisión administrativa.

La exposición de motivos de la ley 80 de 1993 (Congreso de la República de Colombia, 1992), precisó las diferencias entre la terminación unilateral contemplada por el artículo 17 de la posteriormente Ley 80 de 1993 y la caducidad, señalando que si bien mediante ambas figuras se termina unilateralmente el contrato, la caducidad *“es una sanción por hechos imputables al contratista”*.

Empero, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha tenido un criterio diferente, pues ha considerado que la declaración de la caducidad no constituye el ejercicio de la facultad sancionatoria del Estado, por ende, no requiere el agotamiento de un procedimiento previo en donde el contratista y los terceros que puedan estar interesados en la actuación deban ser escuchados sobre la procedencia o no de la cláusula, pues ella, en sí misma, debe responder a hechos objetivos que debe alegar y demostrar el ente estatal en el acto administrativo que se profiera para el efecto. Este acto, en consecuencia, permitirá al contratista ejercer su derecho de defensa, en primera instancia ante la Administración y, posteriormente, ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Para la Corte Constitucional la comprobación de tales hechos en el acto administrativo es producto del seguimiento de la ejecución del contrato que está obligado a realizar el ente estatal por medio de visitas, requerimientos e informes que le permitan determinar la forma en que se está cumpliendo lo pactado, procedimiento en el que ha intervenido el contratista, pudiendo reargüir lo consignado y que le permitirá a la Administración adoptar la decisión correspondiente (Corte Constitucional. T-569/98).

Por el contrario, si se considera que la caducidad tienen una finalidad sancionatoria, resultaría necesario, para efectos de garantizar el debido proceso, agotar el procedimiento previsto por el artículo 17 de la ley 1150 de 2007, lo cual se traduce en que la declaración de caducidad debe estar precedida de audiencia del afectado, con el cumplimiento de los principios que informan el debido proceso sancionatorio.

No obstante, debe anotarse que la jurisprudencia de la Corte Constitucional, si bien es cierto reconoce que, desde el punto de vista ontológico, la caducidad no es propiamente una sanción, también en algunas oportunidades ha señalado que cuando la causal invocada para declarar la caducidad administrativa es distinta al incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, ésta constituye una verdadera sanción. Es decir, cuando el fundamento de la declaratoria de caducidad es distinto al supuesto hipotético contenido en el artículo 18 de la ley 80

de 1993, a juicio de la Corte, *“es claro y prevalente el carácter sancionatorio de la medida”* (Acción de tutela, 2007).

No compartimos la posición de la Corte porque, a nuestro juicio, el sustrato y la finalidad de la caducidad no varían por la causal que se invoque para su declaración. En todos los eventos, cualquiera sea la causal legal que se arguya, la caducidad es un modo de extinguir el contrato y la finalidad no puede ser otra que proteger el interés público que se halla involucrado en la contratación estatal, cuando quiera que el contratista incurra en las casuales que el ordenamiento jurídico prevé. Cosa distinta es que las consecuencias jurídicas de su declaración sean sancionatorias, en casi todos los eventos.

Al margen de lo anterior, consideramos que para garantizar el debido proceso administrativo en el trámite orientado a declarar la caducidad del contrato, se requiere iniciar la actuación con citación del afectado y de su garante, para otorgarles la oportunidad de ejercer el derecho de defensa y contradicción, permitiéndoles allegar las pruebas que estimen pertinentes para reargüir los fundamentos que tiene la Administración pública para proceder en tal sentido.

Tal solución se impone, de una parte, con fundamento en lo previsto por el artículo 77 de la ley 80 de 1993, el cual dispone que las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa serán aplicables en las actuaciones contractuales, siempre que resulten compatibles con la finalidad y los

principios que informan el estatuto de contratación administrativa; pero, a lo anterior se suma el hecho de que el artículo 86 de la ley 1474 de 2011 estableció un procedimiento administrativo para la imposición de multas, sanciones y declaraciones de incumplimiento de los contratistas, de manera que, a nuestro juicio, este procedimiento es aplicable, también, a la actuación que tiene como fin declarar la caducidad del contrato.

La norma prevé:

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.

Contra la decisión administrativa, procede el recurso de reposición, tal como lo prevé el artículo 77 de la ley 80 de 1993 y es susceptible de impugnación judicial a través de la acción atinente a controversias contractuales, en los términos contemplado por el artículo 87 del C.C.A., dentro de los 2 años siguientes a la fecha de su ejecutoria.

9.4. Procedencia de la caducidad administrativa

La figura de la caducidad fue consagrada por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico en el Código Fiscal de los Estados Unidos de Colombia, ley 106 del año de 1873. Posteriormente, fue prevista por el artículo 4º de la ley 53 de 1909, específicamente para los contratos de construcción de obras, indicando como causal, el incumplimiento del contrato imputable a culpa del contratista, aunque dejó abierta la posibilidad de que la Administración estableciera otras causales de caducidad (Congreso de la República de Colombia, 1992).

Luego, la Ley 110 de 1912, mediante la cual se sustituye el Código Fiscal y las leyes que lo adicionan y reforman dispuso, en su artículo 41, la facultad del Gobierno para declarar la caducidad en los contratos de construcción de obras públicas o prestación de servicios, cuando ocurriera la muerte o quiebra del contratista y también dejó la posibilidad de convenir causales de caducidad diferentes a las previstas por la ley; es decir, que las causales de caducidad podían tener origen legal y también convencional.

Con la expedición de la Ley 167 de 1941, contentiva del Código Contencioso Administrativo, en el artículo 254, se consagró como obligatoria la cláusula de caducidad en contratos de construcción de obras, prestación de servicios o explotación de bienes del Estado, como también en aquellos relacionados con asuntos mineros y de hidrocarburos. Igualmente conservó como causal de caducidad la muerte del contratista pero cuando no se hubiere previsto la continuación del contrato con sus sucesores; la quiebra del contratista judicialmente declarada, y agregó lo pertinente a la apertura del concurso de acreedores por presumirse la incapacidad financiera que le impedía continuar con la ejecución del proyecto.

Por su parte, la ley 24 de 1959 y su decreto reglamentario 1564 de 1967, establecieron la no obligatoriedad de pactar cláusula de caducidad en los contratos administrativos que celebrara el Gobierno con entidades especializadas internacionales o nacionales.

Posteriormente, con la expedición del decreto ley 150 de 1976, se reiteró que serían causales de caducidad, además de las que se establecieran convencionalmente, la muerte del contratista si no se hubiere previsto la continuación del contrato con sus sucesores, la incapacidad financiera del contratista que se presume por la declaratoria de quiebra o la apertura del concurso de acreedores y se añadió como causal nueva, la disolución de la sociedad contratista.

El artículo 61 del decreto- ley 222 de 1983, contempló la cláusula de caducidad como de forzosa estipulación en todos los contratos diferentes de los de compraventa de bienes muebles o de empréstito, igualmente señaló que no era obligatoria en los contratos interadministrativos.

El artículo 62 consagró, como causales para la declaración de la caducidad las siguientes:

Las especiales previstas en el Estatuto Contractual y las pactadas convencionalmente con el fin de dar cumplimiento al contrato.

Las previstas taxativamente así:

- a.- La muerte del contratista, si no se hubiere previsto que el contrato pueda continuar con los sucesores;
- b.- Incapacidad física permanente del contratista, certificada por médico legista;
- c.- La interdicción judicial del contratista;
- d.- La disolución de la persona jurídica del contratista;
- e.-La incapacidad financiera del contratista, que se presume cuando se declara en quiebra, o se le abre concurso de acreedores o es intervenido por autoridad competente; igualmente la entidad contratante puede considerar que hay incapacidad financiera cuando el contratista ofrece concordato preventivo, se

retrasa en el pago de salarios o prestaciones sociales o es embargado judicialmente.

f-. Si a juicio de la entidad contratante, del incumplimiento de las obligaciones del contratista se derivan consecuencias que hagan imposible la ejecución del contrato o se causan perjuicios a dicha entidad.

La cláusula de caducidad así concebida, evidentemente no tenía, en todos los casos, un carácter sancionatorio como tal, ni siquiera como consecuencia jurídica, pues existían algunos supuestos de hecho que si bien podían dar lugar a la terminación del vínculo contractual, carecían de cualquier otro tipo de consecuencia con relevancia jurídica; tan solo el literal f) del artículo 62 establecía como causal de caducidad el incumplimiento de las obligaciones por parte del contratista que hicieran imposible la ejecución del contrato o causaran perjuicios a la entidad.

Algunos de los eventos contemplados como son: la muerte del contratista, siempre que no se previera la posibilidad de que el contrato pudiera continuar con sus sucesores; la incapacidad física permanente del contratista; la disolución de la persona jurídica del contratista y su incapacidad financiera sin que en este evento fuera necesario que estuviera incurso en incumplimiento del contrato, pues bastaba la declaratoria judicial de quiebra o la apertura de concurso de acreedores. Todas estas causales correspondían a hipótesis diferentes del

incumplimiento del contrato y, sin embargo, daban lugar a la declaratoria de caducidad en los términos del artículo 62 del Decreto-ley 222 de 1983.

El artículo 63 ibídem, en estricto sentido no consagró cuáles eran los efectos de la declaratoria de caducidad del contrato, en la medida que dejó a criterio de los contratantes la posibilidad de estipular en la cláusula misma los efectos o consecuencias que ésta produciría, como también las prestaciones a las cuales quedarían obligadas las partes, es decir, que a la luz del Decreto-ley 222 de 1983, los efectos de la declaratoria de caducidad del contrato eran de estipulación convencional.

No obstante, dicha disposición debía ser armonizada con lo preceptuado por el artículo 8-2 del mismo ordenamiento, norma que consagraba las situaciones de inhabilidad para celebrar contratos. Entre otras, establecía la siguiente:

No podrán celebrar contratos por sí o por interpuesta persona con las entidades a que se refiere este estatuto: 2º) quienes por hechos de que fueron responsables dieron lugar a la declaratoria de caducidad por parte de cualquier entidad pública,” y en el párrafo único de dicho artículo 8º se dispuso: “Párrafo.- Las inhabilidades a que se refieren los numerales 2º y 3º, se extenderán por cinco (5) años contados a partir de la ejecutoria de la resolución de caducidad o de la firma del contrato; la señalada en el numeral 6º se contará a partir de la fecha de la sentencia definitiva.

El artículo 64 del Decreto-ley 222 de 1983 estableció que la competencia para declarar la caducidad del contrato estaba radicada en el jefe de la entidad contratante, medida que debía formalizarse mediante acto administrativo debidamente motivado, que sería notificado personalmente a los interesados y contra el mismo procedía el recurso de reposición, dentro de los 10 días siguientes a la fecha de su notificación. Su impugnación la conocería la jurisdicción contencioso administrativa (González Rodríguez, 2003).

Cabe destacar que en estas disposiciones normativas, no se estableció el límite temporal que tenía la Administración para declarar la caducidad del contrato, es decir, no se fijó expresamente a la entidad pública la competencia temporal para aplicar la medida. En la actualidad ese vacío pervive.

La Ley 80 de 1993 actualmente vigente, consagra, como se ha venido diciendo, las potestades excepcionales que podrá ejercer la Administración para asegurar el cumplimiento de los fines que se persiguen con la contratación, no del cumplimiento del objeto del contrato, como se ha entendido de manera frecuente, a nuestro juicio, de manera desenfocada.

El artículo 14 establece en el numeral 1, el deber de la Administración de asumir la dirección general del contrato y de ejercer el control y vigilancia de su ejecución, otorgándole la facultad de entre otras, terminar unilateralmente el

contrato, donde se debe entender incluida la caducidad como modo de extinción del negocio, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación de los mismos [de los servicios], desde luego, no de la prestación contractual, como se ha entendido erradamente.

El artículo 18 de la ley 80 de 1993 introdujo una modificación importante a la figura de la caducidad, fundamentalmente en relación con las causales que dan lugar a su declaratoria, dejando como único supuesto de hecho, el incumplimiento de las obligaciones por parte del contratista, con la precisión de que el incumplimiento debe ser de tal entidad que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización.

En cuanto a los efectos de la caducidad del contrato que, como se advirtió, no fueron establecidos en estricto sentido, en el anterior Estatuto de Contratación, la Ley 80 se ocupó de precisar los siguientes: i) No habrá lugar al pago de los perjuicios que se le ocasionen por la terminación anticipada del contrato; ii) El contratista se hará acreedor a sanciones de tipo pecuniario (cláusula penal) iii) El contratista quedará inhabilitado para contratar por lapso de cinco (5) años; iv) La entidad contratante podrá tomar posesión de la obra o continuar su ejecución con el garante o a través de otro contratista a quien, a su vez, le podrá declarar la caducidad de ser necesario; v) La declaratoria de caducidad será constitutiva de

sinistro de incumplimiento; vi) La administración deberá ordenar la liquidación del contrato.

Pese a que la Ley 80 de 1993, redujo, en principio, a una sola, la causal que da lugar a la declaratoria de caducidad del contrato, también existen otras situaciones, diferentes del incumplimiento contractual, contenidas en la misma ley 80 de 1993 y en otras disposiciones, que igualmente dan lugar a la declaratoria de caducidad del contrato, entre otras se pueden referir las siguientes: i) La prevista por el artículo 90 de la ley 418 de 1997 (modificado por el artículo 31 de la ley 782 de 2002) cuando el contratista incurra, con ocasión del contrato y en relación con los grupos armados organizados al margen de la ley, en cualquiera de las siguientes causales: Ceder injustificadamente ante las amenazas proferidas por dichos grupos. Recibir, suministrar, administrar, intervenir, financiar, transferir, guardar, transportar, almacenar o conservar dineros o bienes provenientes de o con destino a tales grupos o colaborar y prestar ayuda a los mismos. Construir, ceder, arrendar, poner a disposición, facilitar o transferir a cualquier título, bienes para ser destinados a la ocultación de personas o al depósito o almacenamiento de pertenencias de dichos grupos. Paralizar, suspender o disminuir notoriamente el cumplimiento de sus obligaciones contractuales por atender instrucciones de dichos grupos. Incumplir el deber de denunciar hechos punibles, cuya comisión sea imputable a dichos grupos, conocidos con ocasión del contrato; ii) La ley 40 de 1993, consagra causales de declaratoria de caducidad del contrato por el pago en la liberación de secuestrados; iii) La consagrada en el artículo 61 de la Ley 610 de

2000, cuando el contratista ha sido declarado responsable en un juicio de responsabilidad fiscal; iv) La establecida en el inciso 2º del artículo 14 de la Ley 64 de 1978, por no cumplir el contratista con las obligaciones de protección a la ingeniería nacional; v) Las causales previstas en el artículo 112 de la Ley 685 de 2001, actual Código de Minas y vi) Las establecida por el artículo 50, parágrafo segundo de la Ley 789 de 2002, modificada por el artículo 1º de la Ley 828 de 2003, por el incumplimiento del contratista en el pago de las obligaciones parafiscales.

La ley 1150 de 2007 (artículo 9) previó, en caso de declaratoria de caducidad del contrato, la posibilidad de contratar con el proponente calificado en el segundo lugar en el proceso de selección respectivo previa revisión de las condiciones a que haya lugar, siempre y cuando el contrato se encuentre pendiente de ejecución en un porcentaje igual o superior al cincuenta por ciento (50%) del mismo, dejando a salvo los contratos de concesión. En los demás aspectos relacionados con la caducidad del contrato, se mantuvo lo establecido por la Ley 80 de 1993.

10. Marco jurisprudencial

Hasta este momento se encuentran planteados los aspectos fundamentales de la caducidad, la esencia de la institución, la forma contractual que reviste, las causales de procedencia y el procedimiento. Todos estos elementos nos servirán para analizar desde la estimativa jurídica las disposiciones del ordenamiento

positivo que la prevén y, además, observar con sentido crítico las distintas posiciones jurisprudenciales del Consejo de Estado en torno a la materia.

10.1. Las tesis jurisprudenciales en torno a la competencia *ratione temporis*

En el año de 1976 la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado (Exp. 1088) expuso que la declaración de caducidad es la “facultad de dar por terminado un contrato por incumplimiento del contratista”. En cuanto a la oportunidad para ejercerla, señaló:

Si transcurre el término establecido para su ejecución sin que ella se hubiere terminado, puede la entidad pública decretar inmediatamente la caducidad, ya que el no terminar la obra dentro del plazo previsto, bien puede considerarse como el incumplimiento por excelencia, de parte del contratista.

En dicha oportunidad aclaró el Consejo que no procede esta causal sino el momento mismo en el que el término expiró y que, por consiguiente, si bien el contrato no ha terminado por el hecho mismo del incumplimiento del contratista, la entidad pública lo puede dar por terminado en ejercicio de la facultad que le confiere la cláusula sobre caducidad.

Pero en el año de 1975 (Sent. 21 oct.) la Sección Tercera del Consejo de Estado ya había advertido que *“la declaración de caducidad debe proferirse*

durante la vida del contrato y no cuando ésta ha terminado por la expiración del plazo o de ejecución de las obras". Y agregó que en los contratos de obras públicas debe considerarse que a la Administración no se le puede obligar a continuar la ejecución de una obra que después de iniciada considere inconveniente por cualquier circunstancia para los intereses de la comunidad, aunque deberá indemnizar los perjuicios ocasionados al contratista.

Dentro de estos antiguos precedentes, por último, valga recordar que en sentencia de 1981 (Exp. 3038), el Consejo de Estado estableció que tan extemporánea es la caducidad que se decreta después del vencimiento del contrato, como la que se expide antes de perfeccionarse el contrato respectivo.

Reseñados estos antecedentes, a continuación se presenta una exposición de las variaciones que ha tenido la jurisprudencia del H. Consejo de Estado en torno al término que tiene el Estado para ejercer la cláusula de caducidad.

La jurisprudencia de la Sección Tercera ha tenido diversas posturas en torno a la oportunidad que tiene la Administración para declarar la caducidad del contrato; por algún tiempo sostuvo que el ejercicio de las potestades excepcionales establecida por la ley en favor de las entidades del Estado, entre ellas la declaratoria de caducidad del contrato, sólo podían cumplirse durante el plazo de ejecución y no después de vencido cuando éste, puesto que una de las limitaciones que afectaban su ejercicio, era precisamente el elemento temporal.

Esta posición se encuentra expuesta en varias de sus providencias.

10.1.1. Primera tesis (21 de febrero de 1986 al 28 de enero de 1988)

Inicialmente, durante el referido período, la Sala de la Sección Tercera del Consejo de Estado sostuvo que la terminación unilateral del contrato, por razón de la caducidad, solo podía ser ejercida por la Administración durante el plazo de ejecución del contrato, precisamente, para ponerle fin *"en orden al exacto cumplimiento del contrato"*; pero si lo dejaba vencer, debía acudir al juez del contrato, si quería sacar adelante sus pretensiones indemnizatorias.

A nuestro juicio, la jurisprudencia de la época indicaba que el contrato sólo se hallaba vigente hasta antes de la llegada del término o plazo de ejecución pactado; después de fenecido éste, el contrato se hallaba terminado por el vencimiento del término y, por esa razón, la Administración no podía hacer uso de los llamados "poderes exorbitantes" porque, al decir de la Sala, tales poderes fueron dados *"por la ley para lograr el cumplimiento del contrato o para facilitar su ejecución por la administración o un tercero y no para convertirla en juez del contratista más allá de sus límites temporales de competencia"*, de tal suerte que la Administración no podía dar por terminado anticipadamente, mediante la declaración de caducidad, un contrato que se hallaba terminado por el vencimiento del plazo de ejecución. En tal sentido se pronunció la Sección Tercera del Consejo

de Estado, por primera vez, en sentencia del 21 de febrero de 1986 (Exp. 4550), razón por la cual es, a nuestro juicio, la sentencia hito dentro del referido período.

La posición jurisprudencial admite varios comentarios.

En primer lugar, compartimos la posición de la Sala en cuanto a que la caducidad constituye una forma de terminación anormal de los contratos del Estado, que se manifiesta como un poder excepcional del cual goza la administración pública.

Pese a lo anterior, se equivoca la jurisprudencia al señalar que el ejercicio de la caducidad está concebido *“en orden al exacto cumplimiento del contrato”*, sencillamente porque si el contrato se extingue a través de la declaración de la caducidad, no será posible obtener el cumplimiento del objeto de las obligaciones del contrato. Precisamente, por esa razón señalamos con anterioridad que las cláusulas excepcionales al derecho común, entre ellas la de caducidad, están concebidas en el ordenamiento jurídico como mecanismos a través de los cuales se persigue el cumplimiento de los fines ínsitos en la contratación, debido al interés público que se halla comprometido con la misma, que no es otro que la prestación de los servicios a cargo del Estado. Resulta contrario a la lógica de lo razonable, sostener que la finalidad de extinguir el contrato a través de la caducidad administrativa sea lograr el cumplimiento del contrato.

En segundo lugar, no compartimos la posición de la jurisprudencia en cuanto a que, una vez fenecido el término de ejecución del contrato, cesan los “poderes exorbitantes de la administración pública” y, por ende, no es posible caducar el contrato para terminarlo de manera anticipada, después de agotado el término de ejecución.

En el segundo artículo trataremos el tema con fundamento en la dogmática jurídica; pero en este momento podemos afirmar sin hesitación alguna, que la circunstancia de que los poderes o facultades excepcionales de la administración sean irrenunciables, implica, entre otras cosas, que la Administración pública pueda disponer de ellos, mientras el contrato subsista, mientras se encuentre vigente en el orden jurídico. Y los contratos no se extinguen, por regla general, por el agotamiento del plazo, por lo menos no cuando el término o plazo está concebido en función del cumplimiento del objeto de las obligaciones pactadas, lo cual se traduce en que si las obligaciones contractuales no se cumplen dentro del término de ejecución pactado, el contrato no se extingue, sencillamente se incumple; pero, ello no implica que el contratante incumplido se libere o pueda sustraerse de la responsabilidad que su incumplimiento genera y, en tal evento, deberá cumplir la obligación, aún con mora, siempre que la naturaleza de la obligación permita que pueda cumplirse con posterioridad al fenecimiento del plazo de ejecución. En todo caso, como el contrato no se ha extinguido, no puede decirse que las cláusulas excepcionales al derecho común que se hallen pactadas

en el contrato virtual o expresamente, desaparezcan con anterioridad a la extinción del contrato por cualquier causa.

Otro aspecto que merece comentarios alrededor de la jurisprudencia citada, es el atinente a la necesidad de acudir al juez del contrato si la Administración *“quiere sacar ventajas”* del incumplimiento, cuando el término de ejecución del contrato ha fenecido; la posición jurisprudencial implica, por una parte, que el contrato siga vigente hasta tanto la jurisdicción declare la resolución del mismo, lo que impide a la administración continuar la ejecución del objeto contractual con otro contratista y, por otra parte, que las garantías ofrecidas por el contratista se tornen inanes porque no habría manera de hacerlas exigibles.

El criterio anteriormente expuesto, fue reiterado por la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia del 24 de septiembre de 1987, (Expediente 3129), al definir un asunto en el cual se cuestionaba la imposición de una multa al contratista, señalando que en esta materia el criterio aplicable es el mismo que se predica de la declaratoria de caducidad del contrato, es decir, que debe ejercitarse antes de que se produzca la expiración del término de ejecución del contrato.

En el mismo sentido se pueden observar las siguientes sentencias: del 29 de enero de 1988, Proceso 3615; del 22 de noviembre de 1989; de 9 de abril de 1992, Exp. 6491; de 15 de febrero de 1991, Exp. 5973; de 4 de mayo de 1992, Exp. 6661; de 13 de diciembre de 1993, Exp. 5859; de 22 de mayo de 1996, Exp.

9562; de 6 de junio de 1996, Exp. 2240; de 18 de julio de 1997, Exp. 10.703; de 4 de junio de 1998, Exp. 13988; de 18 de noviembre de 1999, Exp. 10781.

10.1.1. Segunda tesis (29 de enero de 1988 al 12 de septiembre de 1999)

Posteriormente, en vigencia del Decreto-ley 222 de 1983, la Sala de la Sección Tercera del Consejo de Estado precisó que la Administración podía declarar el incumplimiento del contrato (mas no la caducidad) de los contratos de tracto sucesivo, después del vencimiento del plazo de ejecución, con el fin de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, pero en todo caso, antes de efectuarse la liquidación del contrato. Se modificó así, parcialmente, la jurisprudencia de la Corporación.

Precisó que en los contratos de tracto sucesivo era posible que la Administración declarara el incumplimiento del contrato, luego de vencido el plazo de ejecución sin que el contratista haya ejecutado la totalidad del objeto contractual *“como medida obligada para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria”*.

Indicó que el fundamento de tal facultad se encuentra contenido en el inciso primero del artículo 72 del decreto-ley 222 de 1983, cuyo contenido es idéntico al que informaba al derogado artículo 61 del decreto-ley 150 de 1976.

Aclaró que la doctrina había dado una interpretación distorsionada de la norma, pues aceptaba que con la declaratoria de caducidad pudieran hacerse efectivas la cláusula penal pecuniaria y las multas, siempre que el pronunciamiento de la caducidad se hiciera dentro del “*plazo contractual*”; pero no aceptaba que pudiera declararse el incumplimiento del contrato después del vencimiento del término de ejecución, con la finalidad de hacer exigibles la pena por incumplimiento y las multas.

Insistió en que si bien no podía caducarse lo que se encuentra terminado, nada impedía que la Administración pudiera pronunciarse sobre el incumplimiento del contratista, cuando lo cierto es que, precisamente, en el evento en que el plazo venza sin que se haya ejecutado totalmente el objeto del contrato, pone en evidencia que hubo incumplimiento de las obligaciones contractuales en determinado porcentaje.

Pese a lo anterior, aceptó que si bien no es posible caducar lo que se encuentra terminado, nada impide que después de fenecido el término de ejecución pueda declararse el incumplimiento del contratista, más aún, cuando el vencimiento del plazo pone en evidencia que el contrato ya no se puede ejecutar en su integridad.

Además, precisó que el poder de declarar el incumplimiento no podía ejercerse en forma ilimitada en el tiempo, sino que solo podía ejercerse hasta antes de fenecer el término con el cual cuenta la Administración para la liquidar de los

contratos, o en el acto de liquidación mismo (Consejo de Estado, Sentencia de 29 de enero de 1988, Exp. 3615).

La sentencia sólo varió, parcialmente, la jurisprudencia que hasta la fecha venía sosteniendo; no obstante, hace precisión respecto del límite temporal del ejercicio de las prerrogativas y, por ello, constituye un hito en el referido período.

En cuanto a la caducidad mantuvo incólume la tesis, referente a que sólo podía ser declarada hasta antes del vencimiento del término de ejecución del contrato.

Solamente admitió la posibilidad de declarar el incumplimiento del contrato después de vencido el término de ejecución y hasta antes de liquidar el contrato.

Sin embargo, la tesis jurisprudencial no es, a nuestro juicio, acertada.

Resulta evidente que, a juicio de la Sala de la Sección Tercera del Consejo de Estado, cuando el término de ejecución del contrato fenece, se extingue el contrato, precisamente, por esa razón sostuvo que la caducidad no podía ser declarada con posterioridad al vencimiento del plazo de ejecución o plazo contractual, porque no podía caducarse lo que se hallaba terminado. Precisamente, por ello, la jurisprudencia admitió como única posibilidad la de declarar el incumplimiento del contrato con el fin de hacer exigibles las multas y la cláusula penal pecuniaria; sin embargo, salta a la vista que, en primer lugar, el

fenecimiento del plazo de ejecución carece de la virtualidad de extinguir el contrato; aunque, si se aceptara que el plazo de ejecución extingue el contrato, una vez fenecido éste, por obvias razones no podría declararse la caducidad, pero tampoco podría declararse el incumplimiento del contrato, pues la declaración de incumplimiento, parte del supuesto de que el contrato se halla vigente para el momento en que se produjo el hecho constitutivo del incumplimiento que, para el caso expuesto por la jurisprudencia del Consejo de Estado, se produce en el momento mismo en que vence el término de ejecución del contrato.

Lo anterior pone en evidencia la contradicción en la que incurre la jurisprudencia del Consejo de Estado, la cual fue reconocida y corregida con posterioridad.

10.1.2. Tercera tesis (13 de septiembre de 1999 al 19 de noviembre de 2008)

Años más tarde, la Sala de la Sección Tercera del Consejo de Estado (Exp. 10.264, 1999) cambió radicalmente su jurisprudencia y admitió que la Administración se encuentra investida de la potestad de declarar la caducidad del contrato aún después de fenecido el plazo de ejecución y hasta la etapa de liquidación, precisando, en esta oportunidad, cuál era el concepto de vigencia del contrato estatal; el análisis fue efectuado a partir de la importancia que reviste el plazo de ejecución, sobre el cual señaló que el Código Civil, no consagra su llegada como uno de los modos de extinción de las obligaciones, sino como

extremo temporal a partir de la cual se hace exigible la obligación; igualmente, señaló que existe un plazo de liquidación del contrato y que una vez efectuada ésta, debía entenderse que el contrato quedaba extinguido.

Precisó las diferencias entre el plazo del contrato y el plazo de ejecución, señalando que si bien en la mayoría de los casos éste coincide con la ejecución de la obra, la entrega del suministro, la prestación del servicio, lo cierto es que el plazo de ejecución está destinado al cumplimiento de las obligaciones principales, y una vez fenecido, las partes no quedan liberadas de pleno derecho mientras no cumplan con todas las obligaciones contraídas, lo cual sólo se puede determinar al momento de liquidar el contrato, etapa en la que, la Administración puede valorar el cumplimiento total de las obligaciones a cargo del contratista y de manera especial definir si éste es satisfactorio; es cuando puede apreciar la magnitud de los atrasos en que incurrió el contratista y le pone término a la vinculación de las partes.

Con fundamento en lo anterior, precisó que el contrato estatal tiene dos plazos: uno para la ejecución y otro para la liquidación y no tienen jurídicamente el mismo alcance las expresiones contrato vencido y contrato extinguido, teniendo en cuenta que *“....La extinción del contrato (...) se configura cuando éste ha sido liquidado, (...) no puede estar ausente en la etapa de liquidación (...) la potestad de autotutela de la administración para declarar su incumplimiento”* y en general ejercer las potestades *‘sancionatorias’...*” (Exp. 2419, 1980).

Acogió el concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado el 8 de noviembre de 1976 (Concepto 1088), en relación los límites temporales para el ejercicio de la prerrogativa de declarar la caducidad del contrato, precisando que si transcurre el término establecido para la ejecución de la obra sin que ella se hubiere terminado, podía la entidad pública decretar inmediatamente la caducidad, pues el no terminar la obra dentro del plazo previsto, puede considerarse como el incumplimiento por excelencia por parte del contratista.

En últimas, la Sección Tercera del Consejo de Estado retomó la doctrina sentada en la sentencia del 29 de enero de 1988 (exp. 3615), con la precisión de que después del vencimiento del plazo contractual no sólo puede la entidad pública declarar el incumplimiento del contrato, sino también declarar la caducidad del mismo, asumiendo que *“....Hoy a la luz del art. 18 de la Ley 80 de 1993, a diferencia de lo que sucedía en los estatutos contractuales anteriores, es claro que los conceptos de caducidad e incumplimiento son equivalentes....”*.

Este criterio se mantuvo durante varios años; pero, recientemente, la Sala de la Sección Tercera del Consejo de Estado, acogiendo el criterio mayoritario de sus integrantes, modificó su postura en el sentido de que la Administración tan sólo era competente para declarar la caducidad del contrato, dentro del plazo de su ejecución, pero, agotado éste, no podía ejercer dicha facultad excepcional.

Como se puede observar, el fundamento de la tercera tesis estriba en que el contrato estatal termina con la liquidación del mismo, lo cual no es jurídicamente aceptable; en efecto, la liquidación del contrato no es una de las formas de extinción de las obligaciones; de hecho, se debe producir después de que el contrato ha terminado y no antes, porque, tal como lo ha dicho jurisprudencia del Consejo de Estado, la liquidación del contrato *“...sin reparos es un auténtico corte de cuentas entre los contratistas, en la cual se define quién debe a quién y cuánto....”* (Consejo de Estado, 1984 Exp. No. 2796; 11 de mayo de 1990, Exp. No. 5335; 2 de diciembre de 1993, Exp. No. 8310 y 29 de julio de 1996, Exp. No. 9.477).

10.1.3. Tesis actual

En sentencia de 20 de noviembre de 2008 (expediente 17031), la Sala de la Sección Tercera del Consejo de Estado⁷ modificó nuevamente su jurisprudencia para señalar que la caducidad del contrato sólo puede declararse durante el plazo de ejecución y mientras se encuentre éste vigente, y no durante la etapa de la liquidación, lo cual se infiere de: a) los elementos que definen la institución; b) la finalidad de la medida excepcional, cual es la protección del interés público, c) la etapa de liquidación del contrato no está concebida para la adopción de la

⁷ Aunque debe anotarse que la posición contó con el voto favorable de tres de los cinco Consejeros que, para la época integraban la Sección Tercera de la Corporación y, por lo mismo, no trascendió en el sentido de recoger la jurisprudencia vigente. Hoy día la Sala de la Sección Tercera del Consejo de Estado, conformada por nueve Consejeros de Estado, no ha sentando su posición al respecto.

caducidad del contrato y d) el hecho de que se pueda recibir o aceptar en mora el cumplimiento de la obligación, no puede ser entendida como una extensión regular del plazo previsto en el contrato para ejecutarlo.

Consideró que la sola división de plazos que pueda tener el contrato de acuerdo al tenor del mismo y de la ley, o sea, el plazo de ejecución y el plazo para liquidarlo, no es un criterio suficiente para establecer el límite temporal del poder excepcional de declarar la caducidad del contrato, porque tan sólo mira una de sus particularidades, cual es el efecto punitivo de la medida en orden a reprimir las faltas contractuales del contratista.

Señaló que la potestad excepcional y, por lo mismo, su ejercicio, encuentra justificación primordialmente en el interés público de que el objeto del contrato - tendiente a satisfacer una necesidad general o a garantizar la continuidad del servicio público, a efectos de que no se paralice frente a un incumplimiento contractual.

Precisó que si bien la conducta del contratista incumplido es objeto de reproche, la Administración pública no puede convertirse en juez de contratista por fuera de los *“...límites materiales y temporales establecidos por el Legislador para la correcta utilización de esta facultad exorbitante...”* debido a que la finalidad de la cláusula no es otra que *“...asegurar la satisfacción de los fines estatales y los intereses generales, permitiendo continuar con su objeto (sic) dar por terminado el*

contrato en vista de un incumplimiento grave de las obligaciones del contratista....”.

En conclusión, luego de fenecido el plazo de ejecución, desaparece la facultad para declarar la caducidad del contrato, de modo que, en adelante, la Administración sólo podrá declarar unilateralmente el incumplimiento del contratista, con el objeto de hacer efectiva la cláusula penal y las garantías que amparen el contrato. Cualquier otra consecuencia jurídica que se pretenda derivar del incumplimiento del contrato, deberá exigirse a través de la acción atinente a controversias contractuales, frente al juez del contrato.

Según la Sala, la caducidad es una atribución para “*afrontar*” el incumplimiento del contrato; por consiguiente, su ejercicio es viable dentro del término estipulado para la ejecución de las obligaciones; pero vencido el plazo de ejecución “*no es posible satisfacer la concurrencia de sus requisitos legales materiales*” y en ese sentido, fenecido el plazo de ejecución, la finalidad de la potestad se pierde y con ella la facultad para imponerla.

11. Conclusión general

Como pudimos apreciar, las vicisitudes relacionadas con la competencia *ratione temporis* para el ejercicio de la caducidad administrativa emergen, en primer lugar, de la confusión que existe sobre el concepto de término o plazo del contrato, que

la mayoría de las veces se relaciona con el plazo de ejecución y, en segundo lugar, de entender la caducidad como una medida de estirpe sancionatoria.

En efecto, por algún período la jurisprudencia del Consejo de Estado entendió que el contrato estatal existe, mientras no haya fenecido el término o plazo pactado para el cumplimiento de las obligaciones del contrato, lo cual significa que una vez agotado éste, el contrato deja de existir en el universo jurídico. Como consecuencia de lo anterior, se ha entendido que no puede ser declarada la caducidad luego de fenecido el plazo del contrato, sencillamente porque no podría decretarse la terminación de lo que se encuentra terminado por el paso del tiempo.

La tesis jurisprudencial que acogió la Sala mayoritaria de la Sección Tercera del Consejo de Estado con ocasión de la sentencia del 20 de noviembre de 2008 (exp. 17.031) incurre en varias contradicciones, pues si bien acepta que el contrato estatal no se extingue por el fenecimiento del término o plazo y que las obligaciones pueden ser cumplidas por el contratista luego de expirado el término de ejecución, desde luego, con mora, sostiene que la caducidad sólo puede ser declarada dentro del término de ejecución, fundamentalmente porque expirado el término de ejecución no es posible que el incumplimiento en que incurre el contratista afecte “la ejecución del contrato” y pueda presentarse “su paralización”, de modo que, la caducidad declarada con posterioridad al vencimiento del plazo de ejecución, sólo tendría una finalidad sancionatoria. Consideramos que la

jurisprudencia incurre en una falacia al considerar que cuando la norma contenida en el artículo 18 de la ley 80 de 1993 hace referencia a que el incumplimiento sea de tal magnitud que afecte la “ejecución del contrato” esté haciendo alusión a la ejecución en el ámbito temporal. A nuestro juicio, cuando la norma señala que el incumplimiento debe ser de tal gravedad que “*afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato*”, se refiere a que el objeto de las obligaciones no pueda ser satisfecho, es decir, el concepto “ejecución” se refiere a cumplimiento o satisfacción del objeto de las obligaciones del contrato para cumplir la finalidad que se ha propuesto la administración pública con su celebración. De hecho, la jurisprudencia de la Sala, como acabamos de indicar, acepta que el objeto de las obligaciones puede ser satisfecho con posterioridad al fenecimiento del término de ejecución del contrato, con mora; y, siendo así, no podría afirmarse al mismo tiempo que con el vencimiento del término de ejecución no se puede presentar afectación en la ejecución del contrato.

12. Bibliografía

LIBROS Y PUBLICACIONES

Benítez Caorsi, J. J. (2010). *La revisión del contrato* . Bogotá D.C.: Temis S.A.

Bercaitz, M. Á. (1980). *Teoría Genreal de los Contratos Administrativos*. Buenos Aires: Depalma .

Bocanegra Sierra, R. (2005). *Teoría del acto administrativo*. Madrid: Iustel.

- Bustamante Ledesma, Á. (1997). *Derecho Administrativo Colombiano*. Medellín : Medellín.
- Cabenelas de Torres, G., & Cabenelas de las Cuevas, G. (2006). *Diccionario Jurídico elemental*. Buenos Aires: Healista.
- Congreso de la República de Colombia. (23 de 09 de 1992). Gaceta del Congreso 75. *Exposición de motivos, Ley 80 de 1993*. Bogotá D.C, Colombia.
- Dávila Vinuenza, L. G. (2001). *Régimen jurídico de la contratación estatal. aproximación crítica de la Ley 80 de 1993*. Bogotá: Legis.
- De Solas Rafecas, J. M. (1990). *Contratos Pivados de la Administración*. Madrid: Tecnos.
- Devis Echandía, H. (1974). *Teoría General del Proceso*. Bogotá.
- Dromi, J. R. (2009). *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Ciudad Argentina.
- Dupuis, G. (2004). *Droit administratif*. Paris: Maison editorial Armand Colin.
- Dussán Hitscherich, J. (2005). *Elementos del Contrato Estatal*. Bogotá: Universidad Jorge Tadeo Lozano.
- Escola, H. J. (1984). *Compendio de Derecho Admnistrativo* . Buenos Aires: Depalma, Abrendo Surcos.
- Expósito Vélez, J. C. (2003). *La configuración del contrato de la Adminsitación Pública en el drecho colombiano y el español* . Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Fraga, G. (1977). *Derecho Administrativo* . México: Porrúa.
- García de Enterría, E., & Fernández, T. -R. (2004). *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Thomson Civitas.

- Gómez Corraliza, B. (1990). *La caducidad*. Madrid: Montecorvo.
- González Rodríguez, M. (2003). *El contencioso contractual*. Bogotá: Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Guechá Medina, C. N. (2007). *Contratos Administrativos*. Bogotá: Universidad Santo Tomás y Grupo Editorial Ibáñez.
- Jezé, G. (1949). *Los Principios Generales de Derecho Administrativo*. Paris: Reus.
- Jiménez Blanco, A. (1998). *Manual de Derecho Administrativo*. Madrid: Ariel.
- Lamprea Rodríguez, P. A. (2007). *Contratos Estatales*. Bogotá D.C.: Temis.
- Laubadère, A. (1956). *Traite Théorique Contrats Administratifs*. Paris: LGDJ.
- Marienhoff, M. S. (1998). *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo - Perrot.
- Matallana Camacho, E. (2009). *Manual de Contratación de la Administración Pública*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Moreno Molina, J. A., & Pleite Guadamillas, F. (2008). *La nueva ley de contratos del sector público. Estudio sistemático*. Madrid: La Ley.
- Mutis Vanegas, A., & Quintero Múnera, A. (2000). *Contratación estatal. Análisis y perspectivas*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Palacio Hincapié, J. Á. (2010). *La contratación de las entidades estatales*. Bogotá: Librería Jurídica Sánchez.
- Parejo Alfonso, L. (2003). *Derecho Administrativo - Instituciones*. Barcelona: Ariel.
- Pequignot, G. (1953). *Des contrats administratif*. Paris: Etrait du jurisclausser.
- Pérez Vives, Á. (1953). *Teoría general de las obligaciones*. Bogotá D.C.: Temis.

- Raneletti, O. (1945). *Teoria degli atti amministrativi speciali*. Milano.
- Renata, M. (1996). Contratos de adesao e contratos de consumo. *Revistas dos Tribunais*, 76.
- Richer, L. (2004). *Droit des contrats administratifs*. Paris: LGDJ.
- Ripert, G. (1948). *Le regime démocratique et le droit civil moderne*. Paris: LGDJ.
- Rivero Ortega, R. (2001). *Introducción al derecho administrativo económico*. Salamanca: Ratio Legis.
- Rivero, J. (1962). *Droit Administratif*. Paris: Instituto de Derecho Público, Universidad Central de Venezuela.
- Rodríguez Rodríguez, L. (1981). *Derecho Administrativo Colombiano*. Bogotá D.C.: Temis.
- Sáchica, L. C. (1976). Las cláusulas compromisorias y de caducidad en los contratos administrativos. *Revista de la Cámara de Comercio de Bogotá*, 85.
- Solano Sierra, J. E. (1994). *Contratación Administrativa*. Bogotá: Ediciones Librería el Profesional.
- Victore, L. (2000). *Les contrats desequilibres*. Marseille : Puam.
- Villar Palasí, J. L., & Villar Ezcurra, J. L. (1984). *Principios de Derecho Administrativo*. Madrid: Universidad de Madrid.

LEGISLACIÓN NACIONAL

Decreto Ley 150 de 1976. (Enero 27). *“Por el cual se dictan normas para la celebración de contratos por parte de la Nación y sus entidades descentralizadas”*. Diario Oficial, 34.492.

Decreto 222 de 1983. (Febrero 2). *“Por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones”*. Diario Oficial, 36.189.

Ley 80 de 1993. (Octubre 28). *“Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”*. Diario Oficial, 41.094.

Decreto 1150 de 2007. (Julio 16). *“Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos”*. Diario Oficial, 46.960.

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Sentencia T-569 de 1998. M.P.: Alfredo Beltrán Sierra.

Sentencia C-574 de 1998. M.P.: Antonio Barrera Carbonell.

Sentencia C-709 de 2001. M.P.: Alfredo Beltrán Sierra.

Sentencia SU-1070 de 2003. M.P.: Jaime Córdoba Triviño.

JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 3ª. Sentencia del 21 de octubre de 1975. C.P.: Alfonso Castilla Sáiz.

Sala de Consulta y Servicio Civil. Sentencia del 8 de noviembre de 1976.

Expediente 1088. C.P. Samuel Arango Reyes.

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 3ª. Sentencia del 2 de octubre de 1980. Expediente 2419.

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 3ª. Sentencia del 19 de noviembre de 1981. Expediente 3038. C.P.: Jorge Valencia Arango.

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 3ª. Sentencia del 21 de febrero de 1986. Expediente 4550. C.P.: Carlos Betancur Jaramillo.

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 3ª. Sentencia del 24 de septiembre de 1987. Expediente 3129. C.P.: Julio César Uribe Acosta.

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 3ª. Sentencia del 29 de enero de 1988. Expediente 3615. C.P.: Carlos Betancur Jaramillo.

Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección 3ª. Sentencia del 1 de octubre de 1992. Expediente 6631. C.P.: Carlos Betancur Jaramillo.

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 3ª. Sentencia del 12 de noviembre de 1993. Expediente 7809. C.P.: Daniel Suárez Hernández.

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 3ª. Sentencia del 14 de diciembre de 1993. Expediente 5859. C.P.: Daniel Suárez Hernández. Con Salvamento de voto del C.: Juan De Dios Montes Hernández.

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 3ª. Sentencia del 26 de septiembre de 1996. Expediente 6640. C.P.: Juan De Dios Montes Hernández.

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 3ª. Sentencia del 18 de febrero de 1999. Expediente 10775. C.P.: Ricardo Hoyos Duque.

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 3ª. Sentencia del 11 de mayo de 1999. Expediente 10196. C.P.: Ricardo Hoyos Duque.

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 3ª. Sentencia del 13 de septiembre de 1999. Expediente 10264. C.P.: Ricardo Hoyos Duque.

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 3ª. Sentencia del 22 de junio de 2000. Expediente 12723. C.P.: María Elena Giraldo Gómez.

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 3ª. Sentencia del 31 de julio de 2000. Expediente 12723. C.P.: María Elena Giraldo Gómez.

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 3ª. Sentencia del 5 de diciembre de 2006. Expediente 25000-23-26-000-1994-00044-01 (13750). C.P.: Ruth Stella Correa Palacio.

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 3ª. Sentencia del 27 de marzo de 2008. Expediente 14939. C.P.: Ramiro Saavedra Becerra.

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 3ª. Sentencia del 30 de julio de 2008. Expediente 70001-23-31-000-1997-06303-01(23003). C.P.: Mauricio Fajardo Gómez.

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 3ª. Sentencia del 13 de agosto de 2008. Expediente 68001-23-31-000-1995-00782-01 (15342). C.P.: Ramiro Saavedra Becerra.

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 3ª. Sentencia del 20 de noviembre de 2008. Expediente 17031. C.P.: Ruth Stella Correa Palacio.