

APLICABILIDAD DE LA CADUCIDAD EXCEPCIONAL EN LA
CONTRATACIÓN ESTATAL

MERLY PATRICIA PABÓN MOYA

UNIVERSIDAD SANTO TOMAS
FAULTAD DE DERECHO
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO
VILLAVICENCIO

2014

APLICABILIDAD DE LA CADUCIDAD EXCEPCIONAL EN LA
CONTRATACIÓN ESTATAL

MERLY PATRICIA PABÓN MOYA

Informe final para optar el título De Especialista En Derecho Administrativo

Tutor(a)

Mg. LAURA MILENA MALAGÓN RUBIO

Magister en Derechos Humanos

UNIVERSIDAD SANTO TOMAS
FAULTAD DE DERECHO
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO
VILLAVICENCIO

2014

Autoridades Académicas

P. CARLOS MARIO ALZATE MONTES., O.P.

Rector General

P. EDUARDO GONZALEZ GIL., O.P.

Vicerrector Académico General

P. JOSE ANTONIO BALAGUERA CEPEDA., O.P.

Rector Sede Villavicencio

P. ALVARO JOSE ARANGO RESTREPO., O.P.

Vicerrector Académico Sede Villavicencio

AB. GILMA YAMILE CUBILLOS

Secretaria de División Sede Villavicencio

Mg. SONIA PATRICIA CORTES ZAMBRANO

Decana Facultad de Derecho

Nota De Aceptación

SONIA PATRICIA CORTES ZAMBRANO

Decana Facultad de Derecho

LAURA MILENA MALAGÓN RUBIO

Director Trabajo de Grado

Villavicencio, Octubre de 2014

Tabla De Contenido

	Pág.
Introducción	6
1 Problema de investigación	7
1.1 Objetivo específico	7
2 Desarrollo del tema	8
2.1. Definición de contrato estatal	8
2.2. Los principios generales de la contratación estatal	10
2.3 Clasificación de la clausulas exorbitantes según la Ley 80 de 1993	11
2.4 Especies de clausulas exorbitantes.	12
2.4.1 Para evitar la paralización de la ejecución o culminación del objeto del contrato a cargo del Administración.....	12
2.4.2 Por causas relacionadas por el contratista	13
2.4.3 Para sancionar el incumplimiento de las obligaciones del contratista	13
Conclusión	23
Referencia bibliografía.....	26

Introducción

La aplicabilidad de la caducidad de los contratos estatales es hoy uno de los temas mas controvertidos dentro de las normas que rigen o regulan la contratación de la Administración, no solo por considerarla como la máxima expresión de superioridad del estado frente a los particulares con los que contrata, sino por que además, hay aspectos del tratamiento administrativo a que se debe someter dicha facultad que no esta definida plenamente, y es por ello que la declaratoria de caducidad puede generar una serie de abusos hacia el contratista, causando con esa situación una serie de vacios entre el estatuto de contratación y la administración que han tenido que ser resueltos por el Consejo de estado a través de jurisprudencias.

Por lo anterior vemos como la Ley 80 de 1933 quiso quitar de nuestro ordenamiento jurídico la difusión normativa existente en materia de contratación estatal, basándose en el principio de la universalidad, pero esto no es de todo cumplimiento debido a la promulgación de normas que regulan la contratación estatal. No obstante lo anterior, no se puede olvidar de la aplicación de los principios rectores de la función pública contenida en la Constitución Política de Colombia¹ y por la Ley 14 37 de 2011 (C.P.A.C.A), desarrollados por la Ley 80 de 1993, lo que hace imperioso el respecto y la estricta sujeción que debe observar cualquier entidad publica sin importar que régimen que rige su funcionamiento.

Teniendo en cuenta lo antes referido, se propone como objetivo general en este articulo desarrollar un estudio que tenga por finalidad la exposición de los diferentes postulados aplicables a la caducidad, los cuales serán de utilidad en el transcurso de los celebración de contratos de la Administración, entregando con ello algunos elementos de juicio que mitiguen a la solución de problemas en la practica contractual y como herramienta para salvaguardar los intereses del contratista.

Palabras Claves: Contratos, contrato estatal, caducidad, ley 80 de 1993, autonomía de la voluntad, incumplimiento del objeto contratado.

¹ Constitución Política de Colombia articulo 209

1 Problema de investigación

Así mismo teniendo en cuenta que la Administración Pública tiene la potestad de hacer uso de las denominadas cláusulas excepcionales, como también los efectos que sobrevienen al contratista por su declaratoria e incluso para la misma Administración, se consideran pertinentes y constituyen parte del objeto de estudio del presente artículo, los siguientes cuestionamientos:

¿Es posible la declaratoria del incumplimiento del contrato sin que implique la terminación del mismo o que solo se realice el cobro de las pólizas por incumplimiento realizando cesión del mismo?

1.1 Objetivo específico

Establecer que efectos proceden cuando la administración declara la caducidad del contrato por incumplimiento del contratista o cuando la decisión de la administración es infundada por no configurarse un incumplimiento grave que afecte la ejecución del contrato o por obedecer a motivos diferente a los estipulados. Analizando la responsabilidad de la administración cuando no declara la caducidad.

2 Desarrollo del tema

2.1. Definición de contrato estatal

Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, como el contrato de obra, contrato de consultoría, contrato de prestación de servicios, contrato de concesión, de encargos fiduciarios y de fiducia pública.

Los contratos estatales presentan algunas características que se pueden identificar en cuanto a su formación, a los intereses que intervienen y a las cláusulas excepcionales que contienen²

El perfeccionamiento del contrato corresponde al momento en el cual surgen las obligaciones para las partes, es decir, con posterioridad a la adjudicación. Lo sustancial del acto jurídico contractual con el Estado, debe regirse por las normas propias del derecho público, atendida su naturaleza estatal, no obstante, existe una serie de disposiciones jurídicas del derecho privado que le resultan aplicables, como las que se relacionan con los postulados de la autonomía de la voluntad de las partes o el desarrollo y contenido de ciertas obligaciones.

El tratadista Younes Moreno³ dice:

“refiriéndose al estatuto contractual que la Administración celebra bajo la denominación de contratos estatales, tanto los contratos previstos en el derecho común, como los contratos regidos por normas especiales de derecho público como los contratos de obra, de consultoría, de concesión y de prestación de servicios.

Con la denominación de “contrato estatal”, se acoge el criterio orgánico para su distinción, con lo cual, en adelante, sólo interesará, para determinar su naturaleza, que una de las partes del contrato

² Jairo Ramos Acevedo- cátedra de Derecho Administrativo General y Colombiano- ediciones jurídicas – Gustavo Ibáñez 2003

³ Diego Younes Moreno- Curso de Derecho Administrativo 5ª edición.

sea una Entidad Estatal de las que define el artículo 2° de la Ley 80 de 1993, independientemente del régimen por el que haya de regirse “Juan angel Palacios Hincapie, obra citada, pag 35”.

Por lo tanto, el mencionado contrato estatal se funda en la expresión de la intención de las partes para autorregular una determinada situación, si bien el contrato estatal tiene unas especiales características en razón a sus cometidos estatales que le corresponde buscar, no pierde la connotación de todo contrato en cuanto al acuerdo que obliga a las dos partes intervinientes⁴

Esta categoría contractual, sienta sus bases sobre dos pilares fundamentales, como son, la autonomía de la voluntad⁵ y por otra, la satisfacción del interés público, donde este ultimo fue el que dio origen a la intromisión del derecho publico con el objeto de regular ciertos aspectos los cuales son el requisito de perfeccionamiento y ejecución; como son las clausulas excepcionales entre otras, que surgen en la etapa de ejecución de dichos contratos.

Así las cosas, se justifica que la Ley 80 de 1993 le haya otorgado a las entidades publicas la dirección general y control de la ejecución del contrato con el objeto de dirigirlo hacia la satisfacción de los cometidos estatales y el cumplimiento de las finalidades que la constitución y la Ley le impusieron a la Administración Publica⁶. Para lo cual la Ley doto a las entidades contratantes de dichos poderes excepcionales para salvaguardar los cometidos y finalidades de los contratos, cuando su incumplimiento se vea amenazado por la paralización o la afectación grave de llevar a cabo la culminación o ejecución del contrato; Asegurando, de esta manera su inmediata ejecución. De igual manera, debe tenerse en cuenta que haya eventos en que dichas clausulas no provienen del acuerdo de voluntades sino que nacen de la ley, es decir, que su no estipulación expresa en los contratos, no niegan su existencia, ni su efectividad⁷ las cuales deben ser ejercidos por la entidades publicas a través de un acto administrativo debidamente motivado, el cual puede ser impugnado en la vía gubernativa, únicamente por medio del recurso de reposición y en sede jurisdiccional , a través de la acción prevista en el artículo 77 de la Ley 80 de 1993, la cual a su vez

⁴ Davila Vinueza Luis Guillermo- Régimen Jurídico de la Contratación Estatal, segunda edición, legis editorial. S.A. Bogotá, P 343

⁵ Ley 80 de 1993 artículo 32

⁶ Constitución Política de Colombia, artículo 209

⁷ DAVILA VINUEZA, LUIS GUILLERMO, Régimen Jurídico de la contratación estatal, segunda edición, legis S.A. Bogotá, Colombia , 2003 P 425

debe ser presentada de conformidad con las normas y procedimientos previstos en el C.P.A.C.A⁸

Para entender si en la contratación pública se está llevando a cabo la aplicabilidad de la caducidad debemos analizar una serie de nociones elementales para la contratación propiamente dicha entre ellas tenemos:

2.2. Los principios generales de la contratación estatal

Para el Tratadista Palacio Hincapié, la Ley 80 de 1993 ha establecido expresamente tres principios que rigen la contratación estatal, a saber: El principio de la transparencia, el de la economía y el de la responsabilidad y aunque no le da el nombre de principio, consagra el de la ecuación económica contractual. Igualmente al hablar de la interpretación de las reglas contractuales, dispone que en ella se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata dicha Ley, pero además los mandatos de la buena fe, la igualdad y equilibrio entre las prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos “ idem, pag 53“. Igualmente el estudio de los elementos de los contratos administrativos, donde todos contratos administrativos, como actos jurídicos, están integrados por una serie de elementos cuya presencia es esencial para su existencia. Estos elementos son: sujetos, acuerdo de voluntades, objeto, motivo, forma y fin.

Los sujetos: Son la entidad Administrativa y el particular; La Entidad Administrativa debe actuar en ejercicio de la función administrativa y deberá sujetarse respecto de sus facultades, de su presupuesto y el particular deberá ser persona natural o jurídica con capacidad para contratar y estar inscrita en el registro de contratistas o proveedores de la cámara de comercio.

Acuerdo de voluntades: Es la manifestación del deseo de las partes para obligarse, sin que medie error o intimidación.

El objeto: Es la misma prestación realizada o buscada por las partes, es un dar o hacer.

⁸ Ley 1437 de 2011

El motivo: Son las situaciones de hecho que tanto la administración como el particular han tenido para celebrar el contrato.

La forma: Hace referencia a todo el procedimiento legal que la administración esta obligada a realizar, esto es la etapa pre-contractual hasta llegar a la adjudicación y firma del contrato. Todo esto con la salvedad de los casos en que las leyes prevén la adjudicación directa.

Por ultimo el fin: En cuanto a la Administración el fin debe ser la satisfacción del interés general y en relación con el particular, su interés personal.

2.3 Clasificación de la clausulas exorbitantes según la Ley 80 de 1993

Como ya analizamos el poder del control y dirección de los contratos, esta a cargo de la administración o entidad estatal, quien es el que cumple dicha función mediante los mecanismos que la Ley le otorga a través de las denominadas clausulas excepcionales, denominadas así, por que con ellas se quiebra el principio de libertad contractual basados en la autonomía de la voluntad e igualdad contractual.

Es así como esta potestad permite que el Estado pueda dirigir y controlar el contrato, en beneficio de un interés general, para conseguir la ejecución idónea, oportuna y adecuada del objeto pactado, lo cual seria imposible cumplir si la Administración tuviera que someterse a la espera de una decisión judicial y así evitar la paralización de la obra o prestación del servicio, estas potestades excepcionales o de clausulas exorbitantes que generalmente se incluyen en determinados contratos son conferidos por la ley a una parte (Administración publica) y no tiene en cuenta el acuerdo de voluntades, es por ello que la no estipulación de ellas en un contrato niegan su existencia y la exigibilidad, ya que la ley señala que cuando no se estipulan dichas clausulas se entenderán incorporadas en el contrato.

Es evidente entonces que el contrato estatal es un instrumento jurídico utilizado por la Administración publica y los recursos del tesoro, por ello la ley le otorga una preeminencia en el ejercicio de esas potestades excepcionales al derecho común,

mediante la expedición de actos administrativo motivados, entendiéndose estas potestades como la caducidad, la interpretación, la modificación, la terminación unilateral, las multas, la declaratoria de incumplimientos y la clausula penal pecuniaria.

Es de resaltar que no en todos los contratos que celebran las entidades estatales contienen la obligatoriedad de la aplicación de las clausulas excepcionales, puesto que solo seria aplicables en aquellos contratos que se desarrolla un interés publico de manera directa.

2.4 Especies de clausulas exorbitantes.

En la mencionada Ley a partir del articulo 14 hace una enumeración taxativa de las diferentes clausulas excepcionales, que de acuerdo al contrato, así mismo dependerá la obligatoriedad de la aplicación de las mismas. Sin embargo estas clausulas cumplen la función de garantizar la salvaguarda del interés general, empero existen motivaciones especificas por parte de la entidad contratante, para escoger una clausula determinada, desechando la aplicación de las demás. Podemos entonces expresar que las clausulas excepcionales previstas en la Ley 80 de 1993 se pueden clasificar así:

2.4.1 Para evitar la paralización de la ejecución o culminación del objeto del contrato a cargo del Administración.

2.4.1.1 Interpretación unilateral del contrato.

Esto es cuando existe falta de acuerdo entre las partes, o también llamado ausencia del consentimiento de las partes sobre todo a parte del clausulado que tenga la condición de conducir a la paralización o afectación grave de la ejecución del contrato.

Es importante indicar que dicha interpretación unilateral de una disposición del acto jurídico o contrato que no puede desbordar su sentido y contenido, pues así no se estaría interpretando sino que se estaría modificando dicho contrato.

2.4.1.2 Modificación unilateral del contrato.

Siempre y cuando exista la necesidad de introducir variaciones en el contrato para impedir la paralización o afectación grave en la culminación del objeto contratado, aquí también es importante resaltar que en los casos en que la administración contratante imponga modificaciones que alteren más del 20 % del valor del contrato, surge para el contratista el derecho a renunciar a la ejecución del mismo; no sin antes la administración ordenar la liquidación y tomar las medidas necesarias para garantizar la terminación del objeto contractual. Esta modificación contractual doctrinariamente es conocida como el IUS VARIANDI, dicho poder debe ejercerse dentro de los límites establecidos para evitar una aplicación desbordada que genere perjuicios a los contratistas.

2.4.2 Por causas relacionadas por el contratista

2.4.2.1 Terminación unilateral del contrato

Ante la ocurrencia de situaciones que alteran la normal ejecución del contrato, la Administración tiene la facultad de terminar unilateralmente un contrato; Estas situaciones se encuentran vinculadas a la misma persona del contratista o a su situación financiera, que pone entre dicho la ejecución del contrato.

2.4.3 Para sancionar el incumplimiento de las obligaciones del contratista

2.4.3.1 Caducidad

La cláusula de caducidad es una valiosa herramienta que tienen las entidades estatales para dar por terminado un contrato incumplido y para imponer sanciones al contratista que ha faltado a sus obligaciones. Dice la norma 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.* La caducidad genera inhabilidad al contratista durante un período de cinco años.

Como se ve la sanción es drástica y si se aplicase muchos serían los contratos objeto de esta medida y otro sería el comportamiento de los contratistas. Sin embargo, la norma tiene dos problemas que llevan a que sea de muy rara utilización:

1. la expresión *que puede conducir a su paralización*, genera multitud de dudas, varias de ellas plausibles; por ejemplo si se ha verificado que el constructor en lugar de emplear varillas de acero de media pulgada, usa varillas de un cuarto, ¿quién puede concluir que esta irregularidad lleva a la *paralización* del contrato?

Como es claro en el ejemplo, tal hecho es grave incumplimiento, pero no necesariamente conducen a la paralización del contrato. Por lo tanto este ingrediente normativo de la paralización debe ser eliminado de la norma y dar lugar a la caducidad tan sólo ante *hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecten de manera grave y directa la ejecución del contrato.*

2. Existe otro problema de índole psicológico en el sentido de que el funcionario público considera excesiva la pena de la inhabilidad quinquenal, y en consecuencia se abstiene de declarar la caducidad para no actuar como elemento causante de la pérdida del trabajo del contratista durante tan largo período de tiempo. Se me dirá que el funcionario está obligado a generar la sanción tal como lo hace el juez al condenar al reo; sin embargo, existen múltiples estudios que demuestran que la pena excesiva conduce a que el funcionario no la aplique y a que la misma sociedad no exija su aplicación.

Por ello que debería existir una nueva modulación en la aplicación de sanciones al contratista que genera la declaratoria de la caducidad para evitar que en nuestro proceso contractual ocurran hechos tan nefastos como los que ocurren a diario en nuestro país.

Aunado a lo anterior se debería realizar una nueva estructuración al régimen disciplinario para el servidor público encargado de declarar la caducidad, por cuanto hoy en día tan sólo existe una referencia a este tema en el Código Disciplinario e

increíblemente es una referencia dirigida a refrenar al servidor público a la hora de aplicar la caducidad. Dice la norma que es falta gravísima *declarar la caducidad de un contrato estatal o darlo por terminado sin que se presenten las causales previstas en la ley para ello.*

Y está bien que exista esta norma, pues la caducidad no puede ser instrumento de persecución o injusticia frente a un contratista. Sin embargo, no es menos cierto que esta norma debería contar con su espejo por lo cual se propone incorporar en el mismo código un nuevo tipo de falta gravísima hacia el funcionario que no *declarar la caducidad del contrato estatal cuando haya lugar a ello*, y así sería casi seguro que habría menos incumplimientos en los contratos estatales.

Otro punto a tener en cuenta frente a la declaratoria de caducidad, tiene que ver con los bandazos del Consejo de Estado sobre la oportunidad temporal para su aplicación. En efecto, conforme a la sentencia de 2.000, con radicación 10540, el Alto Tribunal vio como apropiado que la caducidad se declarara después de que ha vencido el plazo del contrato:

"En este sentido la sala retoma y reitera la doctrina sentada en la sentencia de enero 29 de 1988, Exp. 3615, en cuanto rectificó la tesis anterior sobre el término para el ejercicio de las potestades excepcionales en la actividad contractual y sostuvo que la administración podrá declarar el incumplimiento (o la caducidad) después del vencimiento del plazo contractual de ejecución y antes de la liquidación o dentro del acto liquidatorio mismo, pero no después de la expedición de éste."

Igualmente, por medio de sentencia del 2.008, con radicación 17031, replanteó su posición así:

"El Consejo de Estado reexaminó el criterio que venía usando para asegurar que la caducidad, como poder exorbitante de la administración, podía ser declarada durante el plazo de la ejecución y en la etapa de la liquidación. La corporación, luego de evaluar los límites temporales de la caducidad, concluyó que esta solo puede declararse durante el plazo de ejecución y mientras esté vigente el contrato, mas no durante la etapa de la liquidación, pues de lo contrario el acto administrativo estaría afectado de nulidad por incompetencia."

Sin lugar a duda, para los intereses del Estado es mucho más conveniente la primera posición, es decir que la administración pueda declarar la caducidad del contrato luego de que ha vencido el plazo contractual, pues como de manera muy sabia lo dijo la primera sentencia en cita: *"Es verdad que vencido el plazo del contrato éste se coloca en la etapa de liquidación, pero no resulta razonable sostener que en esta fase la*

administración no pueda hacer uso de sus potestades sancionatorias frente al contratista, puesto que vencido el plazo del contrato es cuando la administración puede exigir y evaluar su cumplimiento y de manera especial definir si éste es satisfactorio; es cuando puede apreciar la magnitud de los atrasos en que incurrió el contratista"

Sin embargo es la segunda tesis, la de 2.008, la que hoy rige gracias al infortunado replanteamiento jurisprudencial del Consejo de Estado. Por ello, se propone que por disposición legal, la caducidad se pueda aplicar no sólo durante la etapa de ejecución del contrato, sino, también vencida ésta, de manera anticipada a la liquidación.

Ahora bien la naturaleza jurídica de la caducidad, al igual que las otras cláusulas exorbitantes, son una manifestación del poder de la Administración de las que puede afirmarse que tienen su origen en la ley, pues es ésta quien las ha reglamentado y autoriza, salvo en los contratos que refiere el parágrafo del artículo 14 del estatuto contractual.

Más allá de la legalidad misma, ha de decirse que la existencia de dichas cláusulas y por ende la caducidad, que en apariencia crean desigualdad entre las partes contratantes, encuentran justificación en la necesidad del Estado de brindar protección al interés general y a los recursos del tesoro; constituyen tales prerrogativas un mecanismo de dirección y control de los contratos que celebra el Estado en beneficio precisamente de la colectividad. Existiendo una causales expresas para declarar la caducidad donde de la definición legal de la caducidad, se desprende que ésta sólo puede declararse cuando se presenten hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecten de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencia que puede conducir a su paralización, concepto que encierra la noción de sanción para el contratista. En otras palabras, se eliminaron las causales de caducidad, diferentes al incumplimiento, traídas en el artículo 62 del Decreto-Ley 222 de 1983. Estas causales pasaron al régimen de la terminación unilateral del contrato, cuya declaratoria, no implica sanción para el contratista, traslado de causales que innegablemente fue sano y justo frente a la situación de éste "Juan AngelHincapie, obra citada, pag, 266 y 267 "

Así las cosas y con una estricta interpretación normativa, podría decirse, aunque ello realmente no es así, que solamente aquellos hechos constitutivos de incumplimiento dentro de las obligaciones contractuales a cargo del contratista, que afecten la ejecución del contrato de modo que no haya duda en cuanto a que tendrá lugar su paralización, dan lugar a la declaratoria de la caducidad por parte de la Administración contratante. Donde con solo el desacato del contratista hacia sus obligaciones adquiridas respecto del objeto del contrato, con la consecuencia del perjuicio a la Administración por la paralización del contrato, daría lugar a la declaratoria de caducidad. Sin embargo, tal como se estudia a continuación, existen factores externos al objeto mismo del contrato que conducen al mismo resultado, por mandato de la Ley.

Dicha caducidad tiene una oportunidad para poder ser declarada por la Administración Pública donde es evidente que a partir de la adjudicación se traba una relación convencional entre el oferente y la Administración, en forma que notificado el acto administrativo, es irrevocable. Desde este momento surge la obligación para el contratista de hacer todas las diligencias necesarias para aportar los documentos, garantías y paz y salvos pertinentes, tendientes a perfeccionar el contrato. Si el contratista no procede a ello, la Administración no puede hacer otra cosa que hacer efectiva la garantía de seriedad de la oferta⁹, pues no puede exigírsele al contratista el cumplimiento de las obligaciones del contrato que habría de perfeccionarse; sino que sólo puede requerirlo para que perfeccione el contrato o hacer efectiva la póliza de seriedad de la oferta y adjudicar dentro de los 15 días siguientes el contrato a quien haya quedado en segundo lugar, según lo dispone el artículo citado.

“La adjudicación es el acto en el cual la Administración selecciona al proponente idóneo, pero ella sólo genera un vínculo que mira hacia un acto futuro, quedando comprendida en lo que José Roberto Dromi denomina, “precontrato administrativo.”

Al tener un pleno convencimiento de la existencia del incumplimiento por parte del contratista que da lugar a la declaratoria de la caducidad existe entonces un trámite administrativo que ha de surtir para declarar la caducidad, implica que previo a la resolución que la profiere, deben existir unos actos constitutivos de

⁹ Ley 80 de 1993 artículo 30

incumplimiento por parte del contratista, con el ya mencionado efecto grave de la paralización del objeto del contrato, que es lo que constituye precisamente el fundamento o motivación de la Administración para aplicar la sanción de caducidad. Incluso, con motivo de tales actos y antes de que se declare la caducidad, muy seguramente existirán requerimientos de la Administración al contratista dados los incumplimientos de éste, si se tiene en cuenta, tal como lo afirmara Palacio Hincapié¹⁰, que el incumplimiento de tales obligaciones no tiene lugar de un día, sino que debe existir continuidad en los incumplimientos pese a los requerimientos efectuados, la Administración proferirá la resolución en la que declara la caducidad al contratista. Contra la decisión que declara la caducidad, procede por vía gubernativa, únicamente el recurso de reposición (artículo 77, inciso 2º) que deberá interponerse dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación¹¹ y será objeto de la Acción Contractual, ante la jurisdicción contenciosa Administrativa, de conformidad con el citado artículo 77 de la Ley 80 de 1993.

Al respecto, el Consejo de Estado, en sentencia del 24 de septiembre de 1998, pronunció:

Que la declaratoria de caducidad, debe, proferirse mediante resolución motivada, haciendo efectivas la cláusula penal y las multas contractuales a que hubiere lugar. Dicha resolución prestará mérito ejecutivo contra el contratista y las personas que hayan constituido las respectivas garantías y se hará efectiva por jurisdicción coactiva. En firme dicha providencia, se procederá a liquidar el contrato sin que haya lugar al pago de indemnización alguna a favor del contratista. Adicionalmente, se ha establecido que en ningún caso la aplicación de esta cláusula podrá ser sometida a conciliación o a decisión arbitral. (Artículo 83 de la Ley 104 de 1993).

Teniendo en cuenta que la Administración misma es quien impone la sanción de caducidad al contratista, considero que el funcionario debe ser lo suficientemente imparcial en la decisión que adopte, pues por decirlo de alguna manera, está siendo juez y parte en el asunto que debe resolver. Conveniente resulta el hecho de que, frente a los incumplimientos del contratista en la ejecución del contrato no sean, por ahora, del conocimiento de los jueces, lo anterior si se tiene en cuenta que ello dilataría la ejecución del mismo hasta que haya un pronunciamiento definitivo del Juez y acá si podríamos hablar de una paralización total de la ejecución del contrato.

¹⁰ PALACIO INCAPIE

¹¹ C.P.A.C.A artículo 76

Una vez adquirido el convencimiento y existiendo el trámite para declarar la caducidad debemos establecer la oportunidad que tiene la Administración para declarar dicha caducidad, anteriormente, se tenía por cierto que la declaración debía hacerse oportunamente, dentro del término de vigencia del contrato, pues tal como lo consagraba la definición, mediante ella se terminaba la relación obligacional¹². Este fue el criterio reiterado por la Jurisprudencia del Consejo de Estado según el cual, vencido el plazo del contrato ya no podía declararse la caducidad del mismo y sólo era procedente la declaratoria del incumplimiento con el fin de hacer efectiva la cláusula penal. La decisión del Consejo de Estado fijó un límite después de vencido el plazo para declarar el incumplimiento, en cuyo criterio no puede declararse el mismo después de liquidado el contrato, liquidación que debe hacerse dentro de un término racional de cuatro meses, sugerencia que después adoptó la legislación (Artículo 60, inciso 1°).

Por los conceptos expuestos anteriormente la Administración tiene que llegar al total convencimiento de que por el incumplimiento se hará imposible la ejecución del contrato, por lo cual dicho incumplimiento tiene que ser grave y no de cualquier obligación, sino de aquella que incida en la culminación del contrato.

El incumplimiento de las obligaciones de un contratista siempre es progresivo y por eso la Entidad podrá ir determinando cuándo se llega al grado de incumplimiento del cual se deduce que será imposible la ejecución del contrato; Algunos tratadistas, consideran que es obligación de la Administración en estos casos, requerir previamente al contratista para que dé cumplimiento oportuno a sus obligaciones, pero tal requisito, no obstante que no es obligatorio en Colombia, se cumple con la actuación inmediata y la vigilancia que del contrato ejerce la interventoría, no sólo requiriendo al contratista sino aplicando las multas que como intimidatorios que son, aquí cumplen su principal función.

La decisión que toma la Administración, debe provenir del representante legal de la Entidad, debe ser lo suficientemente motivada, es decir, que allí se debe expresar de manera clara y sin que haya duda de ello, de los distintos hechos y

¹² Consejo de Estado, Sentencia del 21 de febrero de 1980- Sección Tercera

circunstancias, cuya autoría le es atribuida al contratista, quien realiza el incumplimiento de sus obligaciones contractuales, pues en la motivación se va a encontrar el respaldo a su legalidad, toda vez que si la decisión es infundada por no configurarse un incumplimiento grave que afecte la ejecución del contrato y que evidencia su paralización o por obedecer a motivos diferentes a los previstos, se podrá pedir su nulidad con la consiguiente condena al pago de los perjuicios causados al contratista, pago que puede comprometer patrimonialmente al funcionario que procedió de manera antijurídica¹³.

Finalmente, la declaratoria de caducidad será constitutiva del siniestro de incumplimiento, con el objeto de hacer efectiva la correspondiente póliza mediante la cual se garantizaron las obligaciones contractuales, para que la Entidad ordene al garante la ejecución del contrato, si lo estima conveniente, aspecto este que es novedoso en la actual legislación, pues el contrato administrativo es *intuitupersonae*, calificativo que consagra expresamente el artículo 41 de la Ley 80 de 1993. Sin embargo, en el régimen consagrado en el Decreto 222 de 1983, se le podía autorizar al garante la ejecución del contrato cuando él hacía uso de la opción que le otorgaba la cláusula contenida en la póliza, siempre y cuando la Entidad lo considerara conveniente, caso en el cual, la compañía aseguradora debía ejecutar el contrato, no ella sino por conducto de alguien que estuviera en capacidad de terminar la ejecución de las obligaciones en las mismas condiciones técnicas que se previeron en el pliego. Generalmente, era una opción que no se aceptaba, pero en el nuevo Estatuto, la Entidad no le permite elegir al garante, sino que puede ordenarle la ejecución del contrato¹⁴

La nueva regulación le da libertad a la Administración para declarar o no la caducidad, es decir, le es facultativo hacerlo, pues ella debe apreciar la gravedad del incumplimiento y deducir del comportamiento del contratista, si podrá llevar a cabo la ejecución del objeto del contrato. Pero si la Entidad pública se abstiene de declarar la caducidad en caso de incumplimiento, ordena el párrafo segundo del artículo 18,

¹³ Juan Ángel Hincapié, obra citada, pag 285

¹⁴ Ley 80 de 1993 artículo 18'

que deberá adoptar las medidas de control e intervención necesarias que garanticen la ejecución del objeto contratado. Pero además consagra una previsión importante, en el evento de que se declare la caducidad, pues ello

“No impedirá que la entidad contratante tome posesión de la obra o continúe inmediatamente la ejecución del objeto contratado, bien sea a través del garante o de otro contratista, a quien a su vez se le podrá declarar la caducidad, cuando a ello hubiere lugar.

La potestad es discrecional cuando frente a los hechos constitutivos de la causal, la Administración sólo está en la obligación de analizar su incidencia y con base en el interés público determinar si la considera suficiente para declarar la caducidad, teniendo en cuenta además que según el régimen de la Ley 80 de 1993, esos hechos hagan prever que el contrato no se ejecutará. El poder sancionatorio de la Administración, cuando sea el caso, se ejerce en forma gradual, dependiendo de la magnitud del incumplimiento del contratista, yendo desde el simple requerimiento hasta la declaración de caducidad, que como ya se dijo, es la medida más grave que puede tomar la Administración y con la cual pone término al contrato.

La caducidad es considerada por todos los tratadistas como la medida que la Administración sólo debe tomar cuando ya es claro que constituye el único medio para declarar la situación anormal que presenta la ejecución del contrato; Es decir declarar la caducidad cuando ya es claro que el contratista no ejecutará el contrato, pues si a pesar del incumplimiento que viene presentando, y de los continuos requerimientos y medidas administrativas que tome la Entidad, el contratista es capaz de ejecutar el contrato, no podrá declararse la caducidad.

Cuando se esta en presencia de una de las causales de declaración discrecional, la Administración decidirá si tolera al contratista por considerar el interés general más determinante o si por el contrario, es más conveniente declarar la caducidad; Habrá entonces de revisarse, por lo tanto, las circunstancias de cada caso en particular a fin de establecer si realmente se justifica o no la declaratoria de caducidad teniendo en cuenta siempre que la base que debe primar en la aplicación de la facultad que tiene la Administración está precisamente en el interés general.

Otro aspecto importante, en tratándose de la responsabilidad de la Administración, tiene que ver con el cumplimiento de sus obligaciones frente al contratista, pues su actuación puede dar lugar a que el contratista también llegue al incumplimiento y lo coloque en condiciones de no ejecutar el contrato, como ocurre con el retardo en los pagos que le corresponde hacer, con la entrega del inmueble en el cual habría de ejecutarse la obra, con la no entrega de los planos y diseños, etc. En estos casos no se puede declarar la caducidad al contratista pues, el retraso se debe a circunstancias que le son imputables a la Entidad y si lo hace, el acto puede ser anulado con los consecuentes perjuicios para la Administración y para sus funcionarios.

Conclusión

Se tiene que la opinión general sobre la aplicación de la caducidad en los contratos estatales es considerada desfavorable para los contratistas, lo anterior por la potestad mal infundada que se le ha otorgado a la administración, lo anterior coinciden con los comentarios encontrados por los tratadistas en el estado del arte, según el cual, desde la obligatoriedad contemplada en la Ley 80 de 1993, esta condenada a una aplicación inadecuada.

Así mismo Analizando el temario podemos concluir que la caducidad generalmente se da por incumplimiento del contratista, ese incumplimiento debe ser culposo, pues si por fuerza mayor o caso fortuito aquél se coloca en condiciones de incumplir, la Entidad debe exonerarlo de responsabilidad y buscar otra solución, en aras del interés público, ya que la caducidad en estos casos sería improcedente, toda vez que los fenómenos constitutivos de fuerza mayor, liberan de responsabilidad al obligado o deudor.

Aunado a lo anterior a nadie se le escapa que la máxima sanción que se pueda imponer a un contratista durante el desarrollo de la relación obligacional, es declararle la caducidad, sanción que no sólo hace exigible la cláusula penal pecuniaria, sino que además inhabilita al contratista para contratar con el Estado y lo coloca en condiciones de descrédito que lo conducen finalmente a la **quiebra**".

Por último se puede indicar que al hablar de las cláusulas exorbitantes, se hacía referencia al poder sancionatorio que tiene la Administración y que le permite ejercer el control y dirección del contrato para que el objeto de éste se cumpla en la forma prevista, con el cumplimiento idóneo y oportuno del mismo. Ese poder de imponer sanciones, dice MANUEL MARIA DIEZ, existe fuera del contrato y clasifica las sanciones en pecuniarias, coercitivas y resolutivas. Refiriéndose a las primeras, dice este autor, que tiene un objeto preventivo, “ el de intimidarlo” y un fin de reparación del perjuicio sufrido, con lo cual se ubica su concepto en lo que se denomina en el régimen contractual colombiano como multas y cláusula penal”.

En este sentido, hay que distinguir que las multas son una sanción impuesta al incumplimiento parcial del contratista, cuando su conducta obligacional puede corregirse para la ejecución oportuna del contrato. Pero existe un incumplimiento de las obligaciones que no admiten la simple aplicación de multas, que se da cuando se afecta gravemente el cumplimiento del objeto contractual y por ende se le causa un perjuicio a la Entidad. En este caso, la Entidad en lugar de imponer la multa, debe proceder a declarar el incumplimiento del contrato para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, con lo cual no solamente se sanciona al contratista, sino que se cobran los perjuicios tasados en dicha cláusula”.

A pesar de la existencia de opiniones encontradas acerca de la aplicación de las cláusulas exorbitantes en determinados contratos, se considera que la administración adquiera la competencia de aplicar directamente las potestades excepcionales en los eventos en que su incorporación no sea forzosa, toda vez que esta no se pueda excusar en un vacío legal para incumplir las precisas finales que se le han impuesto. Por esto si no existen herramientas diferentes que le ayuden a solucionar el problema que se pueda presentar por incumplimiento del objeto contratado y en aras de hacer prevalecer en interés general, queda habilitada jurídicamente para aplicar las referidas potestades siguiendo con precisión los principios que la ley 80 dicta al respecto.

Aunado a lo anterior la nueva reglamentación le da la libertad a la administración para declarar o no la caducidad, es decir, le es facultativo hacerlo pues su labor recae en apreciar la gravedad del incumplimiento y deducir del comportamiento del contratista, si podrá llevar a cabo o no la ejecución del contrato.

Como posibles soluciones al tema de la aplicabilidad de la caducidad es importante utilizar de manera adecuada la herramienta del registro de proponentes para poder detectar y descalificar en el proceso de selección objetiva aquellos contratistas que tengan deudas fiscales o parafiscales o simplemente para no delegar labores en personal no calificado o que desacaten la obligación de prorrogar las garantías del contrato. Ello resultaría mucho más favorable para la administración e incluso menos lesivo para el contratista, pues aquella no tendrá que ver afectada la

ejecución del objeto del contrato al tener que declarar la caducidad al contratista por tales razones antes expuestas, y éste por obvias razones no padecerá los efectos de la declaratoria al no ser ya uno de los extremos de la relación contractual.

Cabe resaltar por ultimo que en cabeza de quien esta representada la administración en el momento de suscribir el contrato, tenga la mayor sensatez y medida para sopesar con claridad, el interés general y los mismos recursos de la administración, los hechos o circunstancias que constituyen incumplimiento de las obligaciones contractuales del contratista y especialmente en la incidencia de estos en la paralización del mismo contrato, para con ello poder declarar, sin ningún problema la caducidad al contratista. El no hacerlo implica exponer no solamente el patrimonio de la administración sino el suyo propio.

Referencia bibliografía

Ley 80, Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Art 18. (1993)

Palacio Hincapié, Juan Ángel. (1997). *Derecho Procesal Administrativo*, Medellín, Librería jurídica Sánchez,

Ramos Acevedo, Jairo (2003). Cátedra de Derecho Administrativo General y colombiano. Bogotá. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez

Younes Moreno, Diego. (1997) Curso de Derecho Administrativo, 6ª edición, Bogotá. Editorial Temis.

Rodríguez, Libardo (2002 y 2005) Derecho Administrativo General y Colombiano- Bogotá, Temis

Vidal Perdomo (1991) Derecho Administrativo, Bogotá Temis, S.A.

Ibáñez, Gustavo y Pachón, Lucas Carlos. (1999). Diccionario de la Administración pública Colombiana. Bogotá. Edición Jurídica Ibáñez.

Alvarado Bustamente, Ledesma, (1997), Derecho Administrativo, Colombia Medellín, Editorial Librería Jurídica.

C.P. Betancur Jaramillo, Carlos. Sentencia del 10 de octubre. (Consejo de Estado, 1992)

C.P. Hoyos Duque, Ricardo. Sentencia del 18 de marzo, (Consejo de Estado, sección tercera, 2004)

-----Sentencia 27 de marzo, (Consejo de Estado, sección tercera, 1996)